



Université d'Oran 2 Mohamed Ben Ahmed
Faculté de Droit et des Sciences Politiques

THÈSE

Pour l'obtention du diplôme de Doctorat en
Sciences En Droit Public
Spécialité : Droit public économique

**L'arbitrage en matière de partenariat public-privé :
étude de droit comparé**

L'auteur :
Mme AHMANE Kheira

**Thèse soutenue publiquement le 12 novembre 2025
Devant le jury composé de :**

Mme BELKHIR Hind	Professeur	Université Oran 2	Présidente
M. TRARI-TANI Mostefa	Professeur	Université Oran 2	Rapporteur
M. SLIMANI Abdelghani	M.C. -A-	Université Oran 2	Examineur
Mme HADDADI Rym Chihab	M.C.-A-	Université Alger 1	Examinatrice
M. MESSAD Rafilk	M.C. -A-	Université de Tizi Ouzou	Examineur
M. OUABRI Farid	M.C. -A-	Université Alger 1	Examineur

Année universitaire 2025/2026

À Mes parents et à mes frères pour leur soutien indéfectible

À mon âme sœur, mon époux Mohamed Anis

À mon trésor, mon fils Nazim

Remerciements

*Tout d'abord, je tiens à remercier mon encadrant
le Professeur TRARI-TANI Mostefa, pour avoir accepté l'encadrement
de cette thèse. Je tiens aussi à lui exprimer ma reconnaissance pour
sa confiance, sa disponibilité et ses précieux conseils qui m'ont aidé
pour mener à bien la réalisation de cette thèse.*

*Je tiens à remercier également, les membres de jury
d'avoir accepté l'évaluation de cette thèse.*

*Mes remerciements s'adressent aussi à tous ceux qui m'ont
accompagné durant ma formation résidentielle en France, notamment,
les membres du Centre de Recherche Juridiques de l'Université de
Franche Comté, Mme Catherine TIRVAUDEY, Mme Béatrice
LAPEROU-SCHENEIDER et Monsieur Laurent KONDRATUK, de
l'Université de Franche-Comté et au Professeur Philippe
DELEBECQUE de l'Université Paris I Panthéon-Sorbonne.*

*Je remercie également, maître Mustapha HAMZA, arbitre
international et expert en matière de projet finance, pour ses
précieux conseils.*

Sommaire

Introduction

PREMIERE PARTIE : LA PERTINENCE DE L'ARBITRAGE COMME MODE DE REGLEMENT DES LITIGES RELATIFS AUX CONTRATS DE PARTENARIAT PUBLIC-PRIV É

TITRE 1 : La nature juridique des partenariats public-privé

Chapitre 1 : Les différentes formes de partenariat public-privé

Chapitre 2 : La qualification juridique des partenariats public-privé

TITRE 2 : L'admission de l'arbitrage en matière de partenariat public-privé

Chapitre 1 : La capacité du partenaire public à compromettre

Chapitre 2 : L'arbitrabilité des litiges découlant des contrats de partenariat public-privé.

DEUXIEME PARTIE : LE RÉGIME JURIDIQUE DE L'ARBITRAGE EN MATIERE DE PARTENARIAT PUBLIC- PRIVÉ

TITRE 1 : Le régime juridique de l'arbitrage lié à son origine conventionnelle.

Chapitre 1 : Le fondement consensuel du recours à l'arbitrage en matière de PPP

Chapitre 2 : Le consentement à l'arbitrage basé sur un instrument normatif d'investissement

TITRE 2 : Le régime juridique de l'arbitrage lié à sa fonction juridictionnelle

Chapitre 1 : Le régime juridique de l'instance arbitrale

Chapitre 2 : Le sort de la sentence arbitrale

Conclusion générale

Liste des Principales abréviations

ACEUM	Accord Canada- États-Unis-Mexique
AFDI	Annuaire Français de Droit International
AII	Accords internationaux sur l'investissement
AJDA	Actualité Juridique du Droit Administratif
ALENA	Accord de Libre-Échange Nord-Américain
AMGI	Agence Multilatérale de Garantie des Investissements
APC	Assemblée Populaire Communale
ASEAN	Association des Nations de l'Asie du Sud-Est.
BERD	Banque Européenne pour la Reconstruction et le Développement
BOT	Build Operate Transfer
CCI	Chambre de Commerce Internationale
CCJA	Cour Commune de Justice et d'Arbitrage
C.E.F.	Conseil d'État français
CEI	Communauté des États Indépendants
CNUCED	Conférence des Nations Unies sur le Commerce et le développement
CNUDCI	Commission des Nations Unies pour le Droit du Commerce International
CPATPP	Comprehensive and Progressive Agreement for Trans-Pacific Partnership
CPCAA	Code de Procédure Civile et Administrative, Algérien.
CRCICA	Cairo Regional Centre for International Commercial Arbitration
DFBO	Design Finance Build Operate
DSP	Délégation de service public
EPC	Engineered/Procured/Constructed project
EPE	Entreprise Publique Économique
EPIC	Établissement Public à caractère Industriel et Commercial

FIRRMA	The foreign Investmmt Risk Review Modernization Act
JORADP	Journal Officiel de la République Algérienne Démocratique et Populaire
JORF	Journal Officiel de la République Française
JOUE	Journal Officiel de l'Union Européenne.
LCIA	The London Courte of International Arbitration
LGDJ	Librairie Génarale de Droit et de Jurisprudence
MERCOSUR	Mercado Comùn Del Sur (Marché Commun du Sud).
NAFTA	North American Free Trade Agreement
NCPC	Nouveau Code de Procédure Civile (France).
NPF	Nation la Plus Favorisée
OCDE	Organisation de Coopération et de Développement Économique.
OHADA	Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires
PFI	Private Finance Initiative
PPP	Partenariat Public Privé
RCADI	Recueil des Cours de l'Académie du Droit International
RCDIP	Revue Critique de Droit International Privé
RFDA	Revue Française de Droit Administratif
RGDIP	Revue Générale de Droit International Public
TBI	Traité Bilatéral d'Investissement.
T.C.	Tribunal des Conflits
TMI	Traité Multilatéral d'investissement.
URSS	Union des Républiques Socialistes Soviétiques
USMCA	United States-Mexico-Canada Agreement

Introduction

1. La présente étude porte sur l'arbitrage en matière des partenariats public-privé. Les partenariats public-privé (PPP) constituent aujourd'hui un instrument essentiel de modernisation de l'action publique et un nouvel outil de management public. Ils permettent à l'État et aux personnes publiques de collaborer avec des opérateurs privés pour réaliser, financer et exploiter des infrastructures et des services essentiels. Cette coopération, motivée par la recherche d'efficacité, de performance et d'innovation, s'inscrit aussi, dans un contexte marqué par des contraintes budgétaires, des besoins croissants en infrastructures et une exigence accrue de qualité du service public.
2. Le concept même de partenariat public-privé (PPP) ou bien, en anglais « *Public Private Partnership* » demeure complexe et parfois controversé. En effet, malgré de nombreuses tentatives doctrinales et institutionnelles visant à en préciser la portée, il s'agit d'une notion générique englobant une diversité de mécanismes institutionnels et contractuels. Les PPP regroupent ainsi différentes formes de collaboration par lesquelles le secteur public mobilise les compétences techniques, financières ou managériales du secteur privé. Cette coopération vise la réalisation, la valorisation ou la gestion d'infrastructures ou de services collectifs, avec un partage plus ou moins marqué des risques et responsabilités. La variété des montages possibles explique la difficulté d'isoler une définition univoque, la notion étant appréhendée différemment selon les législations, doctrines ou institutions internationales.
3. Une partie de la doctrine insiste sur le caractère fonctionnel plutôt que strictement juridique des PPP. Ainsi, pour M. LOMBAERT, les PPP ne constituent pas une catégorie technique précise mais un instrument économique destiné à encourager la coopération entre les secteurs public et privé¹. Laurent Richer, de son côté, souligne que les PPP reposent essentiellement sur la notion de risque, qui constitue un critère déterminant de leur structuration économique². Cette diversité d'approches confirme que la notion de PPP doit être appréhendée comme un cadre souple, adaptable aux besoins des États et aux spécificités de chaque projet, plutôt qu'un concept juridique rigide.

¹ LOMBAERT, Bruno : « Les partenariats public-privé (PPP) : un défi pour le droit des services publics » édition La Charte, Bruxelles, 2005. P. 22.

² Richer, Laurent : « Droit des contrats administratifs » 7^{éd.} LGDJ, Paris, 2010. PP. 608.

4. Les institutions internationales jouant un rôle croissant dans la promotion et l'encadrement des PPP, en raison de leur importance dans les politiques de développement et de lutte contre la pauvreté. La Banque mondiale, le FMI et d'autres institutions financières multilatérales encouragent activement le recours aux PPP, en particulier dans les pays confrontés à un déficit d'infrastructures ou à un déficit des deniers publics. A cet effet, ces institutions publient régulièrement des guides, des recommandations et des modèles contractuels visant à harmoniser les pratiques et à renforcer la sécurité juridique des partenariats. La CNUDCI et l'OCDE, en tant qu'organes normatifs, accordent-elles aussi une attention particulière à la définition du cadre juridique des PPP, en raison de leur caractère transnational et de leur lien direct avec l'investissement privé international³.
5. L'OCDE, dans son rapport de 2008, met en avant le rôle du transfert de risque dans la qualification d'un PPP. Selon cette institution, un partenariat public-privé suppose: « *Un accord entre l'État et un (ou plusieurs partenaires privés parmi lesquels figurent éventuellement les opérateurs et financiers), en vertu duquel les partenaires privés fournissent un service selon des modalités qui permettent de concilier les buts de prestations poursuivies par l'État et les objectifs de bénéfice des partenaires privés, l'efficacité de la conciliation dépendant d'un transfert suffisant du risque au partenaire privé* ».⁴ Cette définition insiste sur la nécessité d'un transfert de risque suffisamment significatif vers le partenaire privé, ce qui permet de distinguer les PPP d'autres formes contractuelles, comme les marchés publics, où une telle logique de risque est moins présente. Cette conception met donc l'accent sur l'efficacité contractuelle et la responsabilité économique de l'opérateur privé.
6. La CNUDCI adopte une approche plus large dans ses travaux relatifs aux projets d'infrastructures à financement privé⁵. Ses recommandations, mises à jour en 2019, par les dispositions législatives types sur les PPP, ont défini ces derniers comme « *Le terme -partenariat public-privé – (PPP) désigne l'accord entre une autorité contractante et une entité privée, pour l'exécution d'un projet en*

³ DE CAZALET, Bruno; CROTHERS, John: "Presentation of the UNCITRAL model legislative provisions on privately financed infrastructure projects addendum to UNCITRAL legislative guide" IBLJ, n°1, 2004, p.33.

⁴ OCDE : « Les partenariats public-privé : partager les risques et optimiser les ressources » rapport 2008. Les éditions de l'OCDE, Paris. P. 59.

⁵ CNUDCI : « Guide législatif des projets d'infrastructures à financement privé » Publications de Nations Unies, New York, 2000, Cf. aussi, CNUDCI : « Dispositions législatives types de la CNUDCI des projets d'infrastructures à financement privé », Publications des Nations Unies, New York, 2004.

*contrepartie de paiement à effectuer par l'autorité contractante ou les usagers de l'ouvrage, y compris à la fois, les projets qui impliquent un transfert du risque lié à la demande au partenaire privé (PPP concessifs) et les autres types de PPP qui ne comportent pas ce transfert de risque, (PPP non concessifs)''*⁶. Cette définition inclut à la fois les PPP concessifs, où le risque est supporté par le partenaire privé, et les PPP non concessifs, où ce risque demeure assumé par la personne publique. L'approche de la CNUDCI est donc extensive, puisqu'elle englobe même les partenariats dans lesquels le transfert de risque est limité.

7. Cette approche élargie reflète la volonté de la CNUDCI de tenir compte de la multiplicité des scénarios contractuels rencontrés dans la pratique. Contrairement à l'approche de l'OCDE, centrée sur le risque, la CNUDCI met davantage l'accent sur la coopération contractuelle elle-même, indépendamment du niveau de risque transféré. Cette flexibilité permet d'intégrer dans la catégorie des PPP un ensemble très varié de contrats, dès lors qu'ils associent le secteur public et le secteur privé à la réalisation d'un projet, quels qu'en soient les modes de rémunération ou de financement.
8. L'Union européenne a également contribué à l'évolution du concept de PPP à travers son Livre vert sur les PPP et le droit communautaire des marchés publics et des concessions. Bien que le Livre vert ne propose pas de définition unique des PPP, il identifie leurs caractéristiques essentielles et souligne la nécessité d'assurer la transparence, la mise en concurrence et l'égalité de traitement des opérateurs économiques. Il avance que *« le terme de partenariat public-privé « PPP » n'est pas défini au niveau communautaire. Ce terme se réfère en général à des formes de coopération entre les autorités publiques et le monde des entreprises qui visent à assurer le financement, la construction, la rénovation, la gestion ou l'entretien d'une infrastructure ou la fourniture d'un service »*.⁷
9. L'Union européenne adopte ainsi une vision large des PPP, incluant les formes institutionnalisées telles que les sociétés d'économie mixte, et considère que le PPP constitue avant tout un mode de réalisation d'activités économiques déléguées à un tiers, quel que soit le fondement juridique retenu.

⁶ CNUDCI: « UNICITRAL model legislative provisions on public-private partnership » United Nations, Vienna, 2020. P.1.

⁷ Commission des Communautés Européennes : « Livre vert sur les partenariats public-privé et le droit communautaire des marchés publics et des concessions » Bruxelles, 30 avril 2004. P. 3. <https://www.marche-public.fr/Marches-publics/Textes/Documents/livre-vert-ppp.pdf>

- 10.** Le Livre vert ne fixe pas un régime spécifique propre aux PPP, mais les analyse à travers le prisme des règles générales applicables aux marchés publics et aux concessions. Les principes de non-discrimination, de transparence et de proportionnalité y occupent une place centrale, garantissant une gouvernance conforme aux exigences du droit européen. Cette approche confirme l'importance croissante des PPP dans l'arsenal juridique européen, en tant qu'instrument de politique publique mobilisant des financements privés tout en respectant les impératifs de concurrence loyale.
- 11.** En définitive, les PPP se caractérisent par plusieurs éléments structurants : la multiplicité des missions confiées au partenaire privé, couvrant la conception, le financement, la réalisation ou l'exploitation ; la longue durée contractuelle ; le rôle prépondérant du financement privé ; le transfert de risque, variable selon les modèles ; et un mode de rémunération fondé sur des paiements publics, des redevances d'usagers ou une combinaison des deux. Ces caractéristiques expliquent la complexité des PPP et la nécessité d'un encadrement juridique renforcé.
- 12.** L'importance du risque dans les PPP rend indispensable une régulation approfondie, afin de prévenir les déséquilibres et les échecs contractuels. Compte tenu de la complexité des projets et de l'implication fréquente d'opérateurs privés étrangers, dans des missions traditionnellement, dévolues à l'État. En effet, les PPP constituent souvent le cadre de contractualisations transfrontières susceptibles de générer des litiges internationaux⁸. Cela soulève la question de la pertinence du recours à l'arbitrage pour résoudre ces différends, notamment lorsque l'équilibre entre intérêts publics et privés demeure fragile. En effet, l'intérêt général, valeur cardinale de l'action publique, constitue un premier obstacle conceptuel à l'usage de l'arbitrage, mode privé de règlement des différends, dans un domaine touchant à la souveraineté et aux prérogatives de puissance publique.
- 13.** L'arbitrage est généralement perçu par les partenaires privés comme une garantie essentielle, en raison de sa neutralité, de sa rapidité et de sa confidentialité. Les investisseurs étrangers, particulièrement sensibles au risque juridique et

⁸ Nimrod Roger Tafotie Youmsi : « Build, Operate and Transfer : Modalité de partenariat public-privé : Approche law and economics » éditions Larcier 2013. Collection de la Faculté de Droit, d'Économie et de Finance de l'Université de Luxembourg. P. 51.

administratif, privilégient souvent ce mode de règlement des différends pour éviter une justice étatique qu'ils pourraient percevoir comme partielle au profit de la puissance publique. L'arbitrage, en se fondant sur des normes transnationales et des règles professionnelles largement acceptées, apparaît ainsi comme un outil privilégié pour sécuriser les investissements engagés dans les PPP.

14. À l'inverse, les partenaires publics expriment parfois des réticences à recourir à l'arbitrage, en raison des impératifs inhérents à leur mission : protection de l'intérêt général, continuité du service public, respect des exigences de légalité administrative. L'immunité juridictionnelle, attribut de la souveraineté étatique, joue un rôle non négligeable dans cette hostilité des personnes publiques vis-à-vis l'arbitrage. La soumission d'un différend impliquant une personne publique à une juridiction arbitrale est donc perçue comme un possible renoncement à une prérogative fondamentale de l'État.
15. L'arbitrage appliqué aux PPP se trouve ainsi au croisement d'intérêts potentiellement contradictoires. Il doit concilier la flexibilité et l'efficacité souhaitées par les opérateurs privés avec les impératifs de protection de l'intérêt général défendus par la personne publique. D'où la nécessité d'interroger la pertinence même de l'arbitrage dans ce domaine, puis d'analyser le régime juridique qui lui est applicable : régime de droit commun ou régime spécifique lié à la nature hybride des PPP ?
16. C'est dans cette perspective que la présente étude entend examiner si l'arbitrage constitue un mode pertinent de règlement des différends nés des PPP et, dans l'affirmative, identifier le régime juridique applicable. Cette analyse suppose d'étudier la nature juridique des contrats de PPP, leur arbitrabilité, ainsi que les limites et garanties nécessaires pour préserver l'intérêt public tout en assurant la confiance des investisseurs privés.
17. Dans ce cadre, plusieurs hypothèses de recherche peuvent être formulées. Une première hypothèse consiste à envisager que l'arbitrage constitue effectivement un mode pertinent de résolution des litiges nés des partenariats public-privé, en raison de la technicité de ces contrats, de l'implication d'investisseurs étrangers et de la nécessité de garantir neutralité et efficacité.
18. Une seconde hypothèse conduit à considérer que la nature hybride des PPP, mêlant intérêt général et intérêts privés, impose de soumettre l'arbitrage à un régime juridique spécifique, distinct du droit commun de l'arbitrage commercial.

19. Enfin, une troisième hypothèse amène à penser que l'arbitrage international, tel qu'il se pratique dans le commerce institutionnel, ne peut être transposé aux PPP sans adaptation, en raison des prérogatives de puissance publique et du rôle du juge administratif dans la protection de la légalité.
20. L'étude confrontera ces hypothèses afin de déterminer, d'une part, la pertinence du recours à l'arbitrage dans les PPP et, d'autre part, le régime juridique qui doit lui être appliqué.
21. Pour répondre à ces interrogations, cette étude se structure en deux parties : une première partie consacrée à la pertinence de l'arbitrage pour résoudre les litiges relatifs aux PPP (**Première partie**) et une seconde partie portant sur le régime juridique de l'arbitrage applicable à l'arbitrage en matière de partenariat public-privé (**Deuxième partie**).

**Première partie : La pertinence de
l'arbitrage comme mode de règlement des
différends relatifs aux contrats de
partenariat public-privé**

22. L'arbitrage est considéré comme une justice privée détachée de tout ordre juridictionnel ou étatique, il constitue le mode privilégié de règlement des différends en matière des contrats internationaux. En revanche, et surtout dans les pays de dualisme juridictionnel, l'arbitrage mettant en présence une partie publique est vu d'un mauvais œil. Les PPP sont des contrats conclus par des personnes morales de droit public détentrices de pouvoir exorbitants, visant à la protection de l'intérêt général et à la promotion des infrastructures et services publics. Ainsi, les pouvoirs publics tendent à soumettre leurs litiges à leur propre ordre juridictionnel interne, afin de protéger l'intérêt général. Ceci contrairement à leurs partenaires privés étrangers, privilégiant le recours à l'arbitrage.

23. Pratiquement, la majorité de ces contrats sont conclus avec des sociétés étrangères ou sont caractérisés par un élément d'extranéité. Ainsi, nous allons vérifier l'hypothèse selon laquelle, l'internationalité de la relation contractuelle ouvre la voie devant l'arbitrage pour qu'il soit le mode le plus pertinent pour la résolution des litiges. De surcroît, ces contrats étant attribués à des sociétés privées cherchant du profit et exploitant les projets en cause, selon des règles commerciales. Cela milite pour la privatisation de ces contrats. En effet, ces contrats ont une nature juridique hybride, tantôt privée, tantôt publique, tantôt interne et tantôt internationale, nécessitant, une étude approfondie (**Titre 1**). L'étude de la nature juridique des PPP a un double intérêt. Elle permet d'une part de rechercher la question de l'arbitrabilité des litiges y découlant, selon la nature du contrat donné, privé ou public, à caractère interne ou international (**Titre 2**), d'autre part, la catégorisation des PPP permet quant à elle, d'élucider le régime juridique de l'arbitrage applicable à contrats, pour savoir s'il s'agit d'un arbitrage commercial international, ou bien d'un arbitrage d'investissement.

Titre 1 : La nature juridique des partenariats public-privé :

24. L'étude de la nature juridique de PPP est une question très complexe. Cela est dû d'une part à la diversité des formes que les PPP peuvent prendre. En effet, la divergence de la qualification juridique de ces formes en droit comparé, complique cette tâche.

25. Tout d'abord, Les PPP peuvent prendre des formes simples entre le partenaire public et le partenaire privé, ou bien des formes complexes mettent en œuvre un ensemble ou un schéma contractuel, mettant en jeu plusieurs contractants (Chapitre1).
26. D'autre part, la qualification juridique des PPP nécessite aussi, une étude approfondie pour les assembler dans des catégories juridiques. Ainsi, les PPP peuvent être de prime abord, qualifiés comme des contrats administratifs, s'ils ne présentent aucun élément d'extranéité. En revanche, le caractère administratif s'estompe si le contrat en cause, a un caractère international (Chapitre 2).

Chapitre 1 : Les différentes formes de PPP en droit comparé

27. En droit comparé, les PPP sont perçus de deux manière. Soit, d'une façon *lato sensu*, où ils sont définis généralement, comme toutes formes institutionnelles ou contractuelles d'association à longue terme, entre le secteur public et le secteur privé, dont l'objet est la création et le développement des infrastructures et pour la gestion des services et/ou ouvrages publics. Soit d'une façon *strico sensu* où des techniques innovantes de financement interviennent comme la technique de *project finance*.

L'acception *lato sensu* des PPP permet aux autorités publiques de coopérer avec le secteur privé en vue de se procurer les capitaux privés de ce dernier et/ou de son savoir-faire en la matière. Ces formes se caractérisent par un partage de risques entre les deux partenaires, public et privé. A cet effet, l'acception *lato sensu* comprend même les formes contractuelles multiséculaires telles que la concession de travaux publics ou la concession de service public.

28. La notion de PPP n'a pas de contours prédéfinis puisqu'elle n'a pas trouvé l'unanimité au sein des institutions internationales, ni au sein de la doctrine ni dans le droit comparé. A cet effet, on peut considérer selon le critère organique d'une part, que tous les contrats entre le secteur public et le secteur privé, constituent des formes de PPP. Mieux encore, le vocable « *secteur public* » pourrait prendre une dimension plus large lorsqu'il intègre à la fois, l'administration publique (État, collectivités locales et établissements publics administratifs) plus les autres personnes publiques soumises au droit privé, telles

que les établissements publics à caractère industriel et commercial ou les entreprises publiques économiques. Néanmoins, les contrats conclus par ces derniers avec le secteur privé, sont soumis actuellement au droit privé. C'est ainsi que nous allons nous focaliser sur les PPP conclus par l'administration publique et exclure les contrats conclus par les organismes infra étatiques soumis au droit privé, de notre champ d'étude, puisque le droit privé est plus libéral en matière contractuelle et ne nécessite pas une réglementation impérative qui remettrait en cause le principe de l'autonomie de la volonté. De surcroît, l'arbitrabilité de ces contrats n'est plus contestée actuellement.

29. D'autre part, les PPP sont liés par le critère matériel de PPP consistant en la création et le développement des infrastructures publiques ainsi que la gestion et la promotion des services publics. Ainsi, nous allons exclure de notre étude les contrats de l'administration publique qui ne portent pas sur cet objet.

30. En effet, les formes de PPP peuvent être classifiées sous différents angles, à savoir, par le mode de financement de l'infrastructure, par le mode de rémunération du partenaire privé, de la part du partenaire public ou bien par l'usager de l'ouvrage ou le service public, ou encore, selon le guide de la CNUDCI, entre les formes concessives où le partenaire public concède la gestion des services public au partenaire privé et celles non concessives dans lesquelles le partenaire public garde la gestion publique des services publics.

31. Nous préférons dans ce chapitre classifier les PPP selon le mode de financement, à savoir, un financement classique, dit *corporate* où le partenaire privé finance lui-même l'ouvrage support du service public et des techniques de financement innovantes telles que la technique de *project finance*. C'est ainsi que deux catégories de PPP peuvent en résulter, des PPP classiques dont certains contrats de concession et les contrats de délégation de service public (**section 1**) et des PPP innovants dont les BOT, les PFI et le marché de partenariat en droit français (**Section 2**).

Section 1 : Les formes classiques de partenariat public-privé

32. Malgré l'apparition toute récente du terme PPP comme alternative à la défaillance de financement public et la gestion publique. Il s'avère que le PPP comme un phénomène qui existait depuis longtemps, à travers des formes classiques et multiséculaires de PPP, ayant construit leurs propres régimes juridiques, telles que la concession de service public ou de travaux public voire même la délégation de service public dont on ne peut nier leur importance, dans la mesure où elles existent jusqu'à nos jours pour la gestion des services publics locaux. En outre, le contrat de concession constitue le socle juridique de référence de nouveaux montages contractuels tels que le montage BOT⁹ qu'on va traiter dans la section suivante.

33. Ces formules classiques avec les nouveaux PPP, forment la notion *lato sensu* des PPP. Nous avons regroupé ces contrats sous le qualificatif « *classique* » dans la mesure où ces contrats reposent sur une technique de financement ayant un caractère classique ou ce qu'on appelle le financement « *corporate* ». C'est-à-dire, c'est le partenaire privé (concessionnaire ou délégataire) qui finance le projet ou se porte garant principal des crédits bancaires accordés.

34. Actuellement, il existe en droit comparé, deux formes classiques de partenariat public-privé qui sont le contrat de concession dans son acception *lato sensu*, avec ses variantes, concession de service public ou concession de travaux publics (**Sous-section 2**). Ainsi que la délégation de service public (DSP) ou gestion déléguée qu'est généralement, un mode de gestion des services publics locaux (**sous-section 1**). Notons que la concession, selon sa conception *strico sensu*, est considérée comme une forme de délégation de service public. Alors qu'actuellement, en droit français, la notion de la concession s'est élargie pour contenir la DSP comme une forme particulière de la gestion des services publics locaux.

⁹ Nimrod Roger Tafouti Youmsi, " Build, operate and transfer, modalité de partenariat public-privé : Approche Law and Economics". Op.cit. note. 8. p. 113.

Sous-section 1 : La convention de délégation de service public

35. La délégation de service public (DSP) est une notion d'origine française qui est développée par la doctrine dans les années 1980 en intégrant dans une catégorie générique, certains contrats conclus dans la pratique par les collectivités territoriales et portant sur une dévolution de gestion d'un service public à un délégataire public ou privé. Cette catégorie générique qu'est la délégation de service public (DSP) s'appelle aussi conventions de gestion déléguée ou bien de dévolution de service publics¹⁰. Il s'agit d'une façon non exhaustive, de l'ancien contrat de concession de service public et les formules avoisinantes portant sur la délégation de gestion des services publics, comme l'affermage, la régie intéressée et la gérance.

36. La DSP a été consacrée législativement, en droit français en 1992, dans le code des collectivités territoriales et la loi SAPIN en 1993 relative à la prévention de la corruption et la transparence de la vie économique et des procédures publiques.¹¹ Cette dernière a pour vocation de soumettre la conclusion des contrats de DSP au principe de transparence et de la mise en concurrence. En ce qui concerne la concession de service public constituant une forme de DSP, il s'agit de l'ancienne conception *stricto sensu* de la concession de service public. Cette dernière était basée sur le critère de la rémunération par l'utilisateur du service public.

37. Le contrat de concession s'agissait depuis longtemps et sous l'ancien régime en France, de confier à un prestataire privé la gestion d'un service public ou de travail public à ses risques et périls. D'ailleurs, à l'occasion de l'arrêt du Conseil d'État français du 30 mars 1916 dans l'affaire du Gaz de Bordeaux, fixant les conditions du recours à la théorie de l'imprévision, que la jurisprudence avait donné la définition classique de la concession comme étant « *le contrat qui charge un particulier ou une société d'exécuter un ouvrage public ou d'assurer un service public, à ses frais, avec ou sans subventions, avec ou sans garanties d'intérêt, et que l'on rémunère en lui confiant l'exploitation de l'ouvrage public ou l'exécution du service public avec le droit de percevoir des redevances sur les usagers de l'ouvrage ou sur qui bénéficient du service public* »¹². En effet, le mode de rémunération de l'opérateur privé avait été considéré comme le critère de distinction entre les marchés

¹⁰ RICHER, Laurent : « Droit des contrats administratifs », op.cit. note. 2. P. 607.

¹¹ Loi n° 93-122 du 29 janvier 1993 relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques, Journal officiel de la République française, 30 janvier 1993.

¹² CE : 30 mars 1916 : Compagnie Générale d'Eclairage de Bordeaux, n° 59928, Recueil Lebon, p. 125.

publics et la concession de service public. On est devant un marché public si la rémunération de l'opérateur provient de l'autorité adjudicatrice alors qu'on est devant une concession de service public si la rémunération provient de l'utilisateur¹³. Nous allons voir dans la sous-section suivante que ce critère n'existe plus après la promulgation de l'ordonnance n°2016-65 du 29 janvier 2016 relative aux contrats de concession ayant élargi la notion de concession.¹⁴

38. En droit comparé, nous constatons que la DSP existe seulement, dans trois pays à savoir, la France, l'Algérie, et le Maroc.

Au Maroc, La DSP est connue sous l'appellation de gestion déléguée, codifiée par la loi n°54-05 relative à la gestion déléguée des services publics¹⁵. Pratiquement, plusieurs services publics locaux ont été délégués aux sociétés privées étrangères, comme Véolia ou Vivendi. Surtout dans les domaines de l'eau potable et la distribution de l'électricité et du gaz.

39. En Algérie, le premier texte prévoyant la délégation conventionnelle de service public est la loi 05-12 relative à l'eau. Cette dernière a prévu trois modes de gestion de service public de l'eau et de l'assainissement. Il s'agit de :

- 1- La régie autonome par la commune¹⁶ ;
- 2- La concession de service public entre l'État ou la commune, d'une part agissant en tant qu'autorité concédante, et une personne morale de droit public agissant comme concessionnaire (L'Algérienne des Eaux et l'Office National d'Assainissement)¹⁷ ;
- 3- La délégation de service public, entre l'État ou le concessionnaire agissant en tant qu'autorité délégante et une personne morale de droit public ou privé ou une filiale d'exploitation créé à cet effet¹⁸.

40. On peut déduire de cette loi que la concession de service public ne constitue pas une forme de DSP ni une forme de partenariat public-privé, pour les services

¹³RICHER, Laurent et LICHÈRE, François, « Droit des contrats administratifs » 10^{ème} édition, 2016, LGDJ, Lextenso édition. Issy-les-Moulineaux Cedex.. P. 567.

¹⁴ L'ordonnance n°2016-65 du 29 janvier 2016 relative aux contrats de concession, <https://www.legifrance.gouv.fr/loda/id/JORFTEXT000031939947>

¹⁵ Dahir n° 1-06-15 du 15 moharrem 1427 (14 février 2006) portant promulgation de la loi 05-54 relative à la gestion déléguée des services publics, Bulletin Officiel n°5404 du 16 mars 2006

¹⁶ Article 101 de la loi 05-12 du 04 août 2005 relative à l'eau. JORADP n°60 du 04 septembre 2005.

¹⁷ Article 102 et 103. Ibid.

¹⁸ Article 101 de la loi 05-12 du 04 août 2005 relative à l'eau ; op.cit. note n°16. Article 104 et s.

publics de l'eau et de l'assainissement. Elle est en revanche, un mode distinct de gestion publique de ces services, dans la mesure où elle ne lie que des parties relevant du secteur public (des contrats « *in house* »). D'autre part, la convention de délégation de service public a été traitée dans cette loi d'une façon trop sommaire dans la mesure où le législateur ne l'a pas défini et a contenté de prévoir ses parties seulement, et les missions dévolues au délégataire. En outre, le législateur n'a pas prévu les formes de DSP suivant la même démarche que son homologue français.

41. La loi relative à la commune de 2011 n'a pas aussi, considéré la concession de service public comme un mode de DSP, mais un mode distinct, en énumérant les modes de gestion des services publics communaux, en l'occurrence, la régie, l'établissement public, la concession d'un service public et la délégation de service public¹⁹.

42. Ce n'est qu'en 2015 que la convention de délégation de service public a été règlementée en Algérie d'une façon détaillée et multisectorielle, en vertu du décret présidentiel n°15-247 portant réglementation des marchés publics et délégation de service public et le décret exécutif n°18-199 relative à la délégation de service public²⁰. Cependant, cette réglementation ne concerne que les services publics locaux, délégués par les collectivités locales ou les établissements publics sous leur tutelle²¹. Cela, contrairement à la DSP dans la loi relative à l'eau qui peut prendre une dimension nationale.

43. Les deux textes réglementaires algériens ont exclu les délégations unilatérales de gestion de service public, de leur champ d'application. Ces deux textes n'évoquent que la délégation conventionnelle. En effet, en Algérie comme en France, on distingue la délégation unilatérale du service public à la délégation contractuelle. La première consiste à déléguer unilatéralement, la gestion d'un service public à un organisme public ou privé par voie législative, réglementaire ou sur autorisation administrative. Les exemples typiques des organismes exerçant des missions de service public par voie de délégation unilatérale de service publics sont ; les ordres professionnels, les

¹⁹ Les articles de 151 à 156 de la loi 11-10 du 22 juin 2011 relative à la commune, JORADP n°37 du 03 juillet 2011.

²⁰ Le décret présidentiel n°15-247 du 16 septembre 2015 portant réglementation des marchés publics et délégations de service public, JORADP n°50 du 20 septembre 2015. Cf. aussi, le décret exécutif n°18-199 du 02 août 2018 relative à la délégation de service public. JORADP n°48 du 02 août 2018.

²¹ Ibid. article 4.

fédérations sportives nationales, les mutuelles sociales, les cliniques privées, les écoles privées, etc²².

44. En France, l'application des règles de mise en concurrence pèsent sur les délégations unilatérales de service public, dans la mesure où l'autorité délégante peut déléguer unilatéralement le service public à un tiers, afin d'échapper aux règles de mise en concurrence. La haute assemblée précise que : « *l'habilitation unilatérale n'est légale que dans deux cas : Si un texte la prévoit ou si l'opérateur n'intervient sur un marché concurrentiel. Dans les autres cas, le recours au contrat de DSP est obligatoire* »²³. En tout état de cause, la délégation unilatérale, échappe du champ de notre étude dans la mesure où les contentieux de la dévolution du service public par voie unilatéral ne peuvent être résolus par voie arbitrale. Il trouve en revanche, son mode de résolution des litiges au sein du contentieux de légalité (DSP unilatérale par voie administrative) ou du contentieux de constitutionnalité (DSP unilatérale par voie législative).

45. La convention de délégation de service public est définie dans la réglementation algérienne comme un contrat administratif entre une collectivité locale ou un établissement public à caractère administratif, sous sa tutelle (ou plusieurs dans le cadre d'un groupement) responsable d'un service public non régalién, agissant comme autorité délégante, d'une part et une personne morale publique ou privée de droit algérien d'autre part, agissant comme délégataire. En vertu de ce contrat, l'autorité délégante confie la gestion du service public dont elle a la responsabilité, au délégataire, en contrepartie d'une rémunération liée substantiellement, aux résultats d'exploitation. Le délégataire peut aussi, se voir chargé de la réalisation d'ouvrages ou d'acquisition de biens nécessaires au fonctionnement du service public²⁴. Selon la réglementation algérienne, il existe quatre modes de délégation de service public : La concession de service public, l'affermage, la régie intéressée et la gérance.

²² ZOUAIMIA, Rachid : « La délégation unilatérale de service public au profit de personnes privées », Idara, n° 42, 2011, pp. 49-74. Alger.

²³ Richet, Laurent ; Lichère, François : « Droit des contrats administratifs », op.cit. note n°4. P.575.

²⁴ Cf. l'article 207 du décret présidentiel n°15-247 et les articles 2, 3, 4, 5, 6 du décret exécutif n°18-199 relatif à la délégation de service public, op.cit. note 20.

Formes de DSP en droit algérien	Les missions des parties :	Mode de rémunération du délégataire	Les risques transférés au délégataire :
La concession	<p>Les missions du délégataire :</p> <p>1- L'exploitation du service public en son nom et pour son compte, aux risques et périls du délégataire, sous le contrôle partiel de l'autorité délégante.</p> <p>2- Le financement des frais d'établissement, l'acquisition des biens et la réalisation d'ouvrages nécessaires à l'exploitation du service public.</p>	Des redevances perçues sur les usagers	<p>1- Les risques d'investissement</p> <p>2- Les risques commerciaux.</p>
L'affermage	<p>1- Les missions du délégataire (fermier) :</p> <p>L'exploitation et l'entretien des services, par le fermier en son nom et pour son compte, à ses risques et périls sous le contrôle partiel de</p>	<p>La rémunération du délégataire=</p> <p>Les redevances perçues sur les usagers – La redevance annuelle</p>	<p>1- Les risques commerciaux.</p> <p>2- Les risques industriels liés à l'exploitation du service.</p>

	<p>l'autorité délégante.</p> <p>2- Les missions de l'autorité délégante :</p> <p>Le financement de l'établissement du service public.</p>	<p>versée à l'autorité délégante, soustraite de sa rémunération.</p>	
La régie intéressée	<p>Les missions du délégataire (régisseur)</p> <p>L'exploitation ou l'exploitation et l'entretien d'un service public, pour le compte de l'autorité délégante sous le contrôle et la direction de l'autorité délégante.</p> <p>Les missions de l'autorité délégante :</p> <ul style="list-style-type: none"> -Elle finance l'établissement du service public. - Elle conserve la direction et le contrôle total sur l'établissement et l'exploitation du service public. - La détermination des tarifs, en association avec le délégataire. 	<p>Une partie fixée par : un pourcentage du chiffre d'affaire avec prime de productivité. Et éventuellement une part des bénéfices.</p>	<p>Les risques d'investissement sont à la charge de l'autorité délégante.</p> <p>Les risques commerciaux et les risques industriels d'exploitation sont partagés entre l'autorité délégante et le délégataire.</p>
La gérance	Les missions du		

	délégataire : <ul style="list-style-type: none"> - La gestion ou la gestion et l'entretien de service public, pour le compte de l'autorité délégante, sans risques transférés au délégataire. Les missions de l'autorité délégante : <ul style="list-style-type: none"> - Le financement, la direction et son contrôle. - La fixation des tarifs. 	Une prime fixée en pourcentage de chiffre d'affaire.	Aucun risque n'est transféré au délégataire
--	--	--	---

Tableau n°1 : les formes de DSP selon la réglementation algérienne²⁵

46. La définition de la DSP en droit algérien, a pris les mêmes critères existant en droit français dans la loi *MURCEF* caractérisant la *DSP*, à savoir le critère de la rémunération liée aux résultats d'exploitation²⁶. À la différence que le droit français n'ayant pas prévu les formes de la DSP a consacré les évolutions jurisprudentielles, et a exclu implicitement, le contrat de gérance et certains contrats de régie intéressée de son champ d'application. Ainsi, la jurisprudence en liant la rémunération aux résultats d'exploitation a exclu le contrat de gérance des formes contractuelles de la DSP. Dans la mesure où le délégataire dans ce contrat, perçoit un prix versé par l'autorité délégante et par conséquent, la jurisprudence l'a qualifié d'un marché public dans la

²⁵ Tableau établi par l'auteur à partir du décret exécutif n°18-199 relatif à la délégation de service public, précité

²⁶ L'article 38 de la loi SAPIN modifié par l'article 3 de la loi n° 2001-1168 du 11 décembre 2001 (portant mesures urgentes de réformes à caractère économique et financier (*MURCEF*)) https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexteArticle.do;jsessionid=895DAA2FCC5B107C4D9B3ED031AEDC03.tplgfr34s_3?cidTexte=JORFTEXT000000711604&idArticle=LEGIARTI000006355216&dateTexte=20190315&categorieLien=id#LEGIARTI000006355217 consulté le 01 mars 2025).

mesure où la rémunération du délégataire n'est pas liée substantiellement, aux résultats d'exploitation²⁷. Pour la régie intéressée où une partie de la rémunération consiste à un prix et une autre partie consiste en un intéressement aux résultats d'exploitation (CE, 30 juin 1999, SMITOM)²⁸. Le juge peut selon le cas, considérer certains contrats de régie intéressée comme étant un marché public ou comme étant une DSP, en se référant aux modalités de rémunération dans le contrat en cause, si elle est ou pas liée aux résultats d'exploitation.

47. On peut déduire que la réglementation algérienne en prévoyant la régie intéressée et le contrat de gérance comme deux formes de DSP, contredit la définition de la délégation de service public, prévue par l'article 207 du décret présidentiel 15-247 portant réglementation des marchés publics et délégations de service public. Cette définition a lié la rémunération du délégataire aux résultats d'exploitation d'une façon substantielle. Paradoxalement, la rémunération dans le contrat de gérance n'est pas liée aux résultats d'exploitation puisque l'article 210 a prévu que la rémunération du délégataire étant un prix forfaitaire versé par l'autorité délégante qui lui rembourse aussi, en cas de déficit. Par conséquent, le délégataire dans ce contrat ne supporte aucun risque d'exploitation. En outre, cette considération a créé l'amalgame entre le contrat de gérance et les marchés publics de services à caractère répétitif (les marchés à commande selon l'article 34 de la réglementation algérienne des marchés publics et DSP).

48. Finalement, en France La DSP est devenue en 2016, une forme de contrat de concession, en vertu de l'ordonnance n° 2016-65 du 29 janvier 2016 relative aux contrats de concession. Cette dernière a pour vocation de simplifier le droit de la commande publique et regrouper toutes les formes contractuelles dont les autorités publiques confient l'exploitation d'un service public ou d'un travail public en contrepartie soit du droit d'exploiter l'ouvrage ou le service public soit de ce droit

²⁷ CE. 7 avril 1999, Commune de Guilhaud-Granges, , n° 156 008, 7/10 SSR, rec. Lebon, p. 878.

²⁸ Conseil d'État français, 30 juin 1999, Syndicat mixte du traitement des ordures ménagères centre-ouest Seine-et-Marnais (SMITOM), n° 198147, 7/10 SSR, rec. Lebon Il s'agit d'un contrat de régie intéressée dont la rémunération est mixte : 70 % consiste en un prix versé par SMITOM et 30% une partie variable suivant les recettes d'exploitation. Dans cette affaire, le juge a considéré que les 30% variable de la rémunération est suffisante pour qualifier le contrat comme une DSP <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriAdmin.do?idTexte=CETATEXT000008001262&dateTexte=> (consulté le 15 mars 2019).

assorti d'un prix, en une seule catégorie juridique, en l'occurrence, le contrat de concession²⁹.

Sous-section 2 : Le contrat de concession selon sa conception *lato sensu*

49. Étant apparu depuis des lustres, le contrat de concession constitue la principale forme de PPP. Trouvant sa parenté en droit français, la concession est la pierre angulaire des contrats administratifs et sur la base de laquelle, la jurisprudence administrative en France a construit plusieurs théories relatives aux contrats administratifs, telles que la théorie du fait du prince, la théorie de l'imprévision, etc. Les pays du droit romano-germanique et de l'Europe continentale ont adopté ce contrat qui a été importé aussi, par plusieurs pays et aussi a été développé dans les pays du droit anglo-saxon.

50. En Algérie, le contrat de concession a été utilisé d'une manière très large. Il a été utilisé en droit privé pour les concessions commerciales, telles que les contrats de concession dans le domaine de l'automobile. Ce type de concession échappe de notre étude puisqu'il ne peut être considéré comme une forme de partenariat public-privé. Il a été utilisé aussi, en droit public entre le secteur public et privé. Ainsi, le contrat de concession au profit du secteur privé, a vu le jour dans les années 1990, la période dans laquelle où on assiste à l'ouverture de l'Algérie sur l'économie de marché. Désormais, le terme concession a été conçu d'une manière très large.

51. En effet, la concession en droit public peut prendre plusieurs formes. Il peut s'agit de la concession du domaine privé de l'État au profit des investisseurs ou des agriculteurs (§1). Il a été utilisé également, dans le domaine de l'exploitation des richesses naturelles (§2). Enfin, le terme concession a été utilisé en matière de gestion

²⁹ L'article 5 de l'ordonnance 2016-65 relative aux contrats de concessions a défini le contrat de concession « Les contrats de concession sont les contrats conclus par écrit, par lesquels une ou plusieurs autorités concédantes soumises à la présente ordonnance confient l'exécution de travaux ou la gestion d'un service à un ou plusieurs opérateurs économiques, à qui est transféré un risque lié à l'exploitation de l'ouvrage ou du service, en contrepartie soit du droit d'exploiter l'ouvrage ou le service qui fait l'objet du contrat, soit de ce droit assorti d'un prix.

La part de risque transférée au concessionnaire implique une réelle exposition aux aléas du marché, de sorte que toute perte potentielle supportée par le concessionnaire ne doit pas être purement nominale ou négligeable. Le concessionnaire assume le risque d'exploitation lorsque, dans des conditions d'exploitation normales, il n'est pas assuré d'amortir les investissements ou les coûts qu'il a supportés, liés à l'exploitation de l'ouvrage ou du service ».

des services publics ou des travaux publics. Cette dernière forme est considérée comme une forme de PPP par excellence, puisqu'elle remplit les deux critères de PPP. Le critère organique, étant donné que les parties contractantes sont des parties publiques et privées et le critère matériel, étant donné que l'objet du contrat est la promotion et la gestion des infrastructures et services publics (§3). Ces types de concession, bien qu'ils lient une partie publique à une partie privée, ne constituent pas toujours des formes de PPP. Nous allons en vérifier en cherchant l'existence dans ces contrats, du critère matériel des PPP, à savoir le développement des infrastructures et/ou la gestion des services publics, avec un partage de risques entre les deux partenaires public et privé.

§1- La concession des terrains relevant du domaine privé de l'État

52. Les terrains relevant du domaine privé de l'État, qu'ils soient destinés à l'investissement économique ou agricole, peuvent être concédés au secteur privé.

53. Pour les terrains agricoles, la loi 10-03 fixant des conditions ainsi que les modalités d'exploitation des terres agricoles du domaine privé de l'État a défini dans son article 4³⁰, la concession comme un acte par lequel, l'État accorde à une personne physique de nationalité algérienne le droit d'exploiter des terres agricoles relevant au domaine privé de l'État, pour une durée maximale de quarante ans, renouvelable, en contrepartie d'une redevance annuelle.

54. Alors que les terrains relevant du domaine privé de l'État destinés à la réalisation des projets d'investissement, peuvent être concédés à toute personne physique ou morale, nationale ou étrangère, résidente ou non résidente, sur demande de cette dernière auprès de l'Agence Algérienne de Promotion de l'Investissement (AAPI)³¹. Cette concession est convertible en cession se conclut par voie de gré à gré,

³⁰ La loi 10-03 du 15 août 2010 fixant les conditions et les modalités d'exploitation des terres agricoles du domaine privé de l'Etat. (JORADP n°46 du 18 août 2010).

³¹ L'article 12 de la loi n° 23-17 du 15 novembre 2023, fixant les conditions et les modalités d'octroi du foncier économique relevant du domaine privé de l'État, destiné à la réalisation de projets d'investissement, JORADP n°73 du 16 novembre 2023.

par décision de l'AAPI, pour une durée de trente-trois ans, renouvelable moyennant une redevance locative annuelle.³²

55. A notre avis, malgré l'existence du critère organique des PPP, ce type de contrat de concession ne saurait être considéré comme une forme de PPP, puisqu'il ne contribue pas au développement des services publics ou ouvrages publics, mais vise en principe, la réalisation des projets privés d'investissement.

56. En outre, ce contrat de concession puisqu'il comporte une redevance annuelle locative versée à l'État, est assimilé au contrat de location ou d'affermage avec la différence que ce dernier a pour objet la gestion d'un service public alors que pour la concession du foncier agricole ou économique, il s'agit de la réalisation d'un investissement économique ou agricole.

§2- Le contrat de concession pour l'exploitation des ressources naturelles

57. La concession de l'exploitation des ressources naturelles, peut porter sur les ressources naturelles relevant du domaine public, telles que les hydrocarbures ou les ressources en eau.

58. En effet, selon l'article 19 de la constitution algérienne, les ressources naturelles relèvent de la propriété de la collectivité publique.³³ Cela a été confirmé aussi par l'article 5 de la loi 19-13 régissant les activités d'hydrocarbures.³⁴ Par ce fait, il est tout à fait normal que les autorités publiques veillent et se portent garantes sur toutes les activités exercées sur les ressources naturelles. Ces dernières sont régies par des régimes spécifiques au travers des textes sectoriels.

59. Ainsi, pour exploiter ces ressources, le secteur privé devrait être habilité par lesdites autorités publiques, à travers soit une habilitation unilatérale ou conventionnelles

³²La loi n° 23-17 du 15 novembre 2023, fixant les conditions et les modalités d'octroi du foncier économique relevant du domaine privé de l'État, destiné à la réalisation de projets d'investissement, op.cit. n°31. Article 16

³³ Article 19 constitution de 2020, après sa révision par le référendum du 1 novembre 2020. JORADP n°82 du 30 décembre 2020.

³⁴ Article 5 de la loi 19-13 du 11 décembre 2019 régissant les activités d'hydrocarbures, JORADP n°79 du 22 décembre 2019.

60. Pour les habilitations unilatérales, on peut citer le secteur minier où les activités de recherche et d'exploitation des mines autres que les hydrocarbures, sont soumises au régime de permis miniers délivrés par l'Agence Nationale des Activités Minières.³⁵ Ces permis sont octroyés au secteur privé, sur demande de toute personne ayant les capacités techniques et financières nécessaires.³⁶ Encore, on peut citer le domaine d'utilisation des ressources en eau où on distingue entre deux régimes, le régime de l'autorisation d'utilisation des ressources en eau, et le régime de la concession d'utilisation des ressources en eau, selon le cas. Pour le régime de l'autorisation, cette dernière est délivrée par l'autorité compétente, pour toute personne physique ou morale, de droit public ou privé, pour la réalisation des puits ou forages pour le prélèvement d'eau souterraines, ou la réalisation d'ouvrages de captage de source tous autres ouvrages de prélèvement d'eau souterraine ou superficielle non destinés à une exploitation commerciale.³⁷ Cette habilitation unilatérale ne constitue pas une forme de PPP. Il s'agit juste des autorisations ou des permis relevant de la catégorie des actes administratifs unilatéraux, de nature non contractuelle et inarbitrables par essence.

61. En revanche, certains régimes d'exploitation des ressources naturelles ont une nature contractuelle. C'est le cas des concessions d'utilisation des ressources en eau et les concessions amont et aval pour exercer des activités d'hydrocarbures.

62. Pour le cas de la concession d'utilisation des ressources en eau, elle est accordée sur demande à toute personne physique ou morale, de droit public ou privé, dans les cas énumérés dans l'article 77 de la loi 05-12 relative à l'eau, entre autres, l'aménagement de captage d'eaux minérales naturelles ou d'eau de source pour une exploitation commerciale ; l'installation d'infrastructures d'utilisation des eaux usées épurées pour l'usage agricole ou industriel ; l'établissement d'installation sur les eaux superficielles et des lacs pour le développement d'aquaculture, la pêche continentale ou bien des activités de sport et loisirs nautiques...et enfin, l'établissement d'installations de dessalement d'eau de mer ou de déminéralisation d'eaux saumâtres³⁸. C'est ce dernier cas qui fait l'objet de PPP innovants entrepris en Algérie, dans la mesure où la concession a été accordée à des sociétés de projets dans treize

³⁵ Article 40 de la loi n°14-05 du 24 février 2014 portant loi minière, JORADP n°18 du 30 mars 2014.

³⁶ Ibid. article 64.

³⁷ Article 75 de la loi 05-12 relative à l'eau, op.cit. note n°16.

³⁸ La loi 05-12 relative à l'eau, op.cit. note n°16. article 77.

stations de dessalement de l'eau de mer en Algérie. Cette concession constitue le socle juridique de PPP en s'appuyant sur la technique de *project finance* que nous allons étudier dans la section suivante.

63. Alors que pour les contrats relatifs aux activités d'hydrocarbures, ces derniers relèvent d'un régime assez particulier puisqu'ils sont soumis à la loi 19-13 régissant les activités d'hydrocarbures. Ainsi, il faudrait examiner l'existence des critères organiques et matériels des PPP pour vérifier si ces contrats relèvent de la catégorie de PPP.

64. Tout d'abord, il faut savoir que les réformes de 2005 entreprises dans le secteur, ont établi une ligne de démarcation entre d'une part, l'État détenteur de prérogatives de puissance publique et propriétaire du domaine des hydrocarbures et d'autre part, la SONATRACH autrefois délégataire de puissance publique détenteur de tous les titres miniers. Toutefois, ces prérogatives récupérées ne sont pas exercées directement, par l'État, mais à travers deux agences de régulations dotées de la personnalité juridique ainsi qu'une autonomie financière. Il s'agit de l'Agence nationale de valorisation des ressources en hydrocarbures (ALNAFT) et l'autorité de régulation des Hydrocarbures (ARH). Ces deux agences ne relèvent pas à la catégorie d'EPIC ou EPA mais il s'agit plutôt d'un organe *sui generis* inspiré des *boards* connus en droit américain.³⁹

65. Pour les activités de l'amont, ALNAFT octroie à la SONATRACH par un contrat de concession amont, le droit d'exercer des activités de recherche et/ou d'exploitation, pour une durée initiale de trente ans⁴⁰. Au titre de cette concession, la SONATRACH peut exercer seule ou en transférant une partie de ses droits et obligations contractuelles avec un ou plusieurs cocontractants nationaux ou étrangers, en concluant un contrat d'hydrocarbures⁴¹. Ce dernier prend la forme soit d'un contrat de participation ; un contrat de partage de production ou un contrat de services à risque⁴². Avec l'obligation de la SONATRACH de détenir au moins 51% du capital

³⁹ TRARI-TANI, Mostefa : « *Le nouveau cadre juridique de la prospection, de la recherche et de l'exploitation des hydrocarbures en Algérie* » RDAI/IBLJ, année 2008, n°1. Pp. 53.

⁴⁰ Article 74 de la loi 19-13 régissant les activités d'hydrocarbures, op.cit. note n°34.

⁴¹ Ibid. article 75.

⁴² La loi 19-13 régissant les activités d'hydrocarbures, op.cit. note n°34. Les articles 76 à 88.

dans les trois formes de contrats autorisées avec des sociétés étrangères.⁴³ L'État est toujours présent comme partie à ces contrats puisque la concession amont et les contrats d'hydrocarbures, devraient être approuvés par décret prise en Conseil des ministres.⁴⁴

66. La SONATRACH se voit aussi concessionnaire exclusive, à travers une concession de transport par canalisation octroyée par le ministre.⁴⁵ C'est ainsi que le critère organique de PPP est rempli pour les contrats d'hydrocarbures liant ALNAFT, la SONATRACH et ses cocontractants privés.

67. S'agissant le critère matériel, bien que les ressources naturelles relèvent de la propriété de la collectivité publique, toutefois, les activités d'hydrocarbures ne constituent pas un acte ou une mission de service public, mais un acte de commerce selon l'article 9 de la loi régissant les activités d'hydrocarbures. À cet effet, ces contrats ne peuvent pas constituer une forme de PPP. En revanche, la SONATRACH devrait solliciter ALNAFT ou l'ARH pour certaines activités nécessitant des prérogatives de puissance publique, telles que l'expropriation par l'État, des terrains nécessaires pour l'exercice des activités amont et du transport par canalisation.⁴⁶

§3- Le contrat de concession de service public et contrat de concession de travaux publics

68. La notion du contrat de concession a connu plusieurs mutations en France, allant à le diviser à plusieurs catégories : concession de travaux, concession de service public et concession d'aménagement. Puis à partir de 1992, la concession de services publics territoriaux a été classifiée avec d'autres contrats voisins portant sur une dévolution de service public en une catégorie générique qu'est la délégation de service public.

69. Cependant, et sous l'influence du droit de l'Union Européenne et notamment, la directive européenne 2014/23/UE du 26 février 2014 sur l'attribution de

⁴³ BENCHIKH, Majid : « *La loi pétrolière 19-13 du 11 décembre 2019, dans un contexte de rejet du système politique par le soulèvement populaire : - ouverture du domaine pétrolier à la concurrence et offre d'avantages fiscaux aux sociétés étrangères-* », L'année du Maghreb, 2020 n°23.

⁴⁴ Article 65 de la loi n°19-13 régissant les activités d'hydrocarbures. Op.cit. note. 34.

⁴⁵ Ibid. article 2.

⁴⁶ Ibid. article 16 et 17.

contrats de concession⁴⁷ et le droit transnational, et pour éviter les sous qualifications jugées impertinentes, ayant créé des problèmes de conflits de qualification⁴⁸ la concession a gagné du terrain en droit transnational et aussi en France, et en vertu de l'ordonnance du 29 janvier 2016 relative au contrat de concession. Ce contrat a fini par s'élargir et englober toutes les dérivés de concession et c'est ainsi que le terme de concession a restitué sa gloire et devenu une notion accordéon qui englobent toutes les formes contractuelles dans lesquelles, le secteur privé délègue l'exploitation d'un service et/ou d'un ouvrage public, avec un transfert de risque lié à l'exploitation, et ce quoi que ce soit le mode de rémunération du concessionnaire, une rémunération liée aux résultats d'exploitation, ou un prix versé par la collectivité publique en contrepartie de l'exploitation. Ainsi, après 2016, la tendance s'est renversée et les formes de délégation de service public basées sur le transfert de risque, sont devenues une forme de concession. La même logique a été entreprise dans le droit transnational, ce droit considère actuellement, le contrat de concession comme la principale forme de PPP. La notion des PPP a été élargie pour éviter l'inflation des qualifications des formules de PPP. La CNUDCI a qualifié le contrat portant sur un financement privé de projet d'infrastructure, de concession dans les différentes dispositions de son guide législatif⁴⁹. Par ailleurs, les spécialistes de la Banque Mondiale, ont considéré les PPP avec toutes ses formes, comme des variantes de la concession⁵⁰.

70. Ainsi, le contrat de concession selon l'article L. 1121.1 du nouveau code français de la commande publique est un contrat par lequel une autorité concédantes confie l'exécution de travaux ou la gestion d'un service public à un opérateur économique, en lui transférant le risque lié à l'exploitation de l'ouvrage public ou du service, en contrepartie d'un droit d'exploitation de l'ouvrage ou du service ou bien de ce droit assorti d'un prix.⁵¹ En en déduit que le critère de l'origine de la rémunération n'est plus fonctionnel pour distinguer entre le contrat de concession et le marché

⁴⁷La directive 2014/23/UE du 26 février 2014 sur l'attribution de contrats de concession <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/PDF/?uri=CELEX:32014L0023&from=DA> (consultée le 29 septembre 2024)

⁴⁸ A titre d'exemple, le contrat entre la Grande Bretagne et la France pour la réalisation et l'exploitation du tunnel sous la Manche, la partie anglaise qualifie le contrat de BOT et la partie française le qualifie par concession

⁴⁹ CNUDCI : « Guide législatif sur les projets d'infrastructures à financement privé » op.cit. note n°5

⁵⁰ Richer(Laurent), Lichère (François) : « Droit des contrats administratifs », op.cit. note n°12, p. 607.

⁵¹ Code français de la commande publique, Ordonnance n° 2018-1074 du 26 novembre 2018 portant partie législative du code de la commande publique. <https://www.legifrance.gouv.fr/loda/id/LEGIARTI000037700368/2018-12-06/>

public, mais plutôt c'est le critère du transfert du risque de l'exploitation au concessionnaire qui est déterminant et constitue la ligne de démarcation entre ces deux modes de commande publique. Il est permis aussi, que le risque supporté par le concessionnaire, pourrait être partiel et que l'autorité concédante pourrait garder une partie du risque.

71. La part du risque transféré au concessionnaire, devrait impliquer une réelle exposition aux aléas du marché. En d'autres termes, toute perte potentielle ne doit pas être négligeable. On peut entendre par les aléas du marché, selon l'arrêt *Stadler* le risque de concurrence entre les opérateurs économiques, d'inadéquation entre l'offre et la demande, d'insolvabilité des débiteurs, d'absence de couverture des dépenses d'exploitation, etc.⁵²

72. Les principaux types de concession connus depuis longtemps dans la pratique sont la concession de travaux publics et de services publics (exemple : la distribution de l'eau potable dans la mesure où les réseaux de distribution sont exploités par le concessionnaire qui fournit de l'eau potable aux usagers) ; la concession de service public (transport des voyageurs), la concession de travaux publics sans services publics (exemple : l'exploitation de forces hydrauliques, ou bien l'exploitation de l'énergie éolienne)⁵³.

73. S'agissant des services publics, le législateur a distingué entre les services publics locaux et les services publics par secteur.

74. En ce qui concerne les services publics locaux, l'ancien code de la commune de 1990 abrogé, fût à notre connaissance, le premier texte algérien prévoyant la concession au profit du secteur privé. Ce code avait considéré le contrat de concession comme un mode exceptionnel et unique de gestion des services publics communaux par le secteur privé, dans le cas où ces derniers ne peuvent être exploités en régie ou en établissement public⁵⁴. Puis, ce code a été abrogé par la loi 11-10 relative à la commune, laquelle a considéré dans ses articles 155 et 156, la concession de service public et la délégation de service public comme deux modes distincts de

⁵² CJUE, 10 mars 2011, Privater Rettungsdienst und Krankentransport Stadler contre, Zweckverband für Rettungsdienst und Feuerwehralarmierung Passau, aff. C-274/09, ECLI:EU:C:2011:130.

⁵³ Richer(Laurent), Lichère (François) : « Droit des contrats administratifs », op.cit. note n°12. p. 571.

⁵⁴ L'article 138 de la loi 90-08 du 07 avril 1990, relative à la commune, JORADP n°15 du 11 avril 1990 (abrogée).

gestion des services publics communaux. Toutefois, cette loi n'a pas défini ces deux modes de gestion de services publics communaux. Elle s'est contentée de prévoir que la concession devrait obéir à un cahier des charges-type, fixé par voie réglementaire alors que la DSP peut se faire par un contrat programme ou marché de commande conformément à la législation en vigueur, ce qui sème l'ambiguïté entre ces deux modes de gestion de services publics.⁵⁵ Alors, que la concession s'est rétrécie est devenue une forme de délégation de services publics en vertu du décret présidentiel 15-247 portant réglementation des marchés publics et des délégations de services publics.⁵⁶

75. Tandis que les services publics par secteur, à partir de l'année 1996 une série de lois sectorielles et éparses ont traité la concession dans plusieurs secteurs, en l'occurrence, la réalisation et gestion des autoroutes⁵⁷, la gestion des services publics de l'eau et de l'assainissement⁵⁸, l'aviation civile⁵⁹, la gestion des ports et le transport maritime⁶⁰, les services de télécommunication⁶¹, la distribution de l'électricité et du gaz⁶², etc. Ces textes ont tous convenu de permettre le recours au contrat de concession au profit des personnes morales de droit algérien. Ces textes n'ont pas défini le contrat de concession d'une manière précise. Ils l'ont traité d'une façon sommaire et se contentent d'ouvrir la possibilité au secteur public de concéder la gestion des services publics aux personnes morales de droit public ou privé. Le mode de rémunération du concessionnaire n'est pas déterminé, sauf pour la concession des autoroutes où l'article 167 de la loi de finances pour 1996 prévoit que la rémunération du concessionnaire se fait par la perception des péages sur l'usager.

⁵⁵ Les articles 155 et 156 de la loi 11-10 du 22 juin 2011 relative à la commune, op.cit. note 19.

⁵⁶ Supra. §.38.

⁵⁷ Les articles 166 et 167 de l'ordonnance n°95-27 du 30 décembre 1995 portant loi de finances pour 1996, JORADP n° et le décret exécutif n°96-308 du 18 septembre 1996 relatif aux concessions d'autoroutes

⁵⁸ Ordonnance n°96-13 du 15 juin 1996 portant modification de la loi n°83-17 du 16 juillet 1983 relative à l'eau (abrogée). JORADP n°37 du 16 juin 1996.

⁵⁹ La loi 08-02 du 23 janvier 2008 modifiant et complétant la loi 98-06 du 27 juin 1998 fixant les règles générales de l'aviation civile. JORADP n°04 du 27 janvier 2008.

⁶⁰ La loi n°98-05 du 25 juin 1998 modifiant et complétant l'ordonnance n°76-80 du 23 octobre 1976 portant code maritime. JORADP n°47 du 27 juin 1998.

⁶¹ La loi n°2000-03 du 05 août 2000 fixant les règles générales relatives à la poste et aux télécommunications. JORADP n°48 du 06 août 2000 (abrogée par la loi n° 18-04 du 10 mai 2018 fixant les règles générales relatives à la poste et aux communications électroniques, JORADP n°27 du 13 mai 2018).

⁶² La loi n° 02-01 du 05 février 2002 relative à l'électricité et à la distribution du gaz par canalisation. JORADP n°08 du 06 février 2002.

76. A cet effet, la notion de concession dans ces textes sectoriels est une notion large qui comprend toutes les formes de la gestion des services publics par le secteur privé, quel que soit le mode de rémunération, des redevances perçues sur les usagers ou bien par l'autorité concédante

77. Par ailleurs, le code domanial algérien a aussi, permis dans son amendement en 2008, le recours au contrat de concession en vertu de son article 64 bis, lequel prévoit que la concession de l'utilisation du domaine public est un acte par lequel l'autorité concédante confie par un contrat au concessionnaire, dans le but de service public, le droit de financer, de construire et/ou d'exploiter une dépendance du domaine public ou bien un ouvrage public, pour une durée déterminée à l'issue de laquelle, l'ouvrage ou l'équipement public revient à l'autorité concédante. Dans le cas de la gestion des services publics, le concessionnaire perçoit des redevances auprès des usagers pour couvrir les frais liés à l'investissement et au fonctionnement des services publics.⁶³ Le cahier des charges et la convention types applicables aux concessions d'infrastructures à caractère marchand, destinées à des missions de service public, a été approuvé par le décret exécutif n° 15-305.⁶⁴

78. La Tunisie a aussi, promulgué en 2008 un texte sur la concession. C'est à travers ce texte que cette ordonnance a encadré la concession comme une forme de PPP en englobant sous cette qualification, toutes les formes contractuelles dans lesquelles l'autorité publique délègue la gestion et l'exploitation d'un service public ou bien des domaines ou outillages publics, en contrepartie d'une rémunération perçue sur les usagers⁶⁵. Ainsi en Tunisie, le contrat de concession est considéré comme une

⁶³ Article 64 bis de la loi 90-30 du 1^{er} décembre 1990 portant loi domaniale, ajouté par l'article 19 de la loi n°08-14 du 20 juillet 2008, JORADP n°44 du 03 août 2008.

⁶⁴ Décret exécutif n°15-305 du Le cahier des charges et la convention types applicables aux concessions d'infrastructures à caractère marchand, destinées à des missions de service public

⁶⁵ L'article 2 de la loi tunisienne, n°2008-23 du 1^{er} avril 2008 relative au régime de la concession, a défini la concession comme : « *La concession est le contrat par lequel une personne publique dénommée "concedant" délègue, pour une durée limitée, à une personne publique ou privée dénommée « concessionnaire », la gestion d'un service public ou l'utilisation et l'exploitation des domaines ou des outillages publics en contrepartie de rémunération qu'il perçoit sur les usagers à son profit dans les conditions fixées par le contrat.*

Le concessionnaire peut être en plus chargé de la réalisation, la modification ou l'extension des constructions, ouvrages et installations ou d'acquérir des biens nécessaires à l'exécution de l'objet du contrat.

Le contrat peut autoriser le concessionnaire à occuper des parties du domaine revenant au concédant afin de réaliser, de modifier ou d'étendre les constructions, ouvrages et installations susvisés.

L'occupation temporaire du domaine public ne constitue pas, au sens de la présente loi, une concession ».

http://www.iort.gov.tn/WD120AWP/WD120Awp.exe/CTX_66384-1-

[VNStfEqUek/RechercheTexte/SYNC_56442814](http://www.iort.gov.tn/WD120AWP/WD120Awp.exe/CTX_66384-1-VNStfEqUek/RechercheTexte/SYNC_56442814) consulté le 13 avril 2019.

forme de PPP, à côté du contrat de partenariat public-privé *stricto sensu* de la loi 2015-49⁶⁶, lequel est considéré comme un outil de financement et de gestion privée aux ouvrages publics en contrepartie d'une rémunération purement publique et sans délégation de gestion, qu'on va aborder dans la section suivante⁶⁷.

Section 2 : Les formes innovantes de partenariat public-privé ou les PPP *stricto sensu*

79. Malgré l'existence ancienne des PPP comme phénomène, le terme PPP n'est apparu que récemment, dans les pays anglo-saxons, et plus spécifiquement, aux États-Unis, dans les années 1970 pour les projets d'aménagement urbain, puis ils ont été promus en Grande Bretagne avec la politique du *Private Finance Initiative (PFI)* au début des années 1990 et en France, au début des années 2000. Ce qui est considéré par certains auteurs, de pseudo découverte ou une fausse nouveauté⁶⁸. A vrai dire, il s'agit d'un renouveau des partenariats public-privé, dans les pays anglo-saxons, dans la mesure où de nouvelles formes de PPP y sont apparues, s'appuyant sur des techniques innovantes de financement entre autres, la technique de financement dite « *project financing* » (**Sous-section 1**) et créant ainsi des montages contractuels à la fois innovants et complexes et mettant en jeu, plusieurs acteurs, et un partage de risque adéquat et beaucoup plus poussé, par rapport aux anciennes formes de PPP. Ce renouveau est derrière l'avènement du terme. « Partenariat public-privé ». Ces formes constituent des PPP *stricto sensu*.

80. Plusieurs facteurs ont poussé les pays anglo-saxons à revoir les modèles classiques de PPP. En effet, il existe des projets complexes nécessitant plusieurs missions allant de la conception, la construction, l'exploitation, à l'entretien et maintenance de l'infrastructure publique de grande envergure. Ces opérations nécessitent quant à eux, l'intervention de plusieurs acteurs ainsi que des financements colossaux et un savoir-faire existant chez le secteur privé. Ces opérations ne peuvent

Cf. aussi, MEZIOU, Ahmed "The Law on Concession No2008-23: The legal regime for Public-Private Partnerships in Tunisia", in Eur. Procurement & Pub. Private Partnership L. Rev. 172 (2012). Cf. aussi. MEZIOU, Ahmed : "The PPP Law Reform in Tunisia: What Changes Will Be Introduced in the Legal Framework", 8 Eur. Procurement & Pub. Private Partnership L. Rev. 324 (2013).

⁶⁶ Cf. infra. §168.

⁶⁷ Cf. infra. § 110.

⁶⁸ LICHÈRE, François : "Les contrats de partenariat : Fausse nouveauté ou vraie libéralisation dans la commande publique ? » Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger, n°120/2004.

pas être l'objet d'une concession classique ni à un marché public pour plusieurs raisons, entre autres, ces projets nécessitant des sommes faramineuses n'existant ni chez le secteur public ni chez le concessionnaire privé, tels que les projets de construction des ports, des hôpitaux, des villes universitaires, etc. Ces grands projets ne peuvent être financés par la méthode classique dite financement « *corporate* » où le promoteur du projet finance toutes ces missions. C'est la raison pour laquelle que ce mode classique de financement a été remplacé par des modes innovants de financement, tels que la technique de *project finance*. En effet, l'introduction de cette technique sur les contrats classiques de PPP, est considérée comme une panacée pour résoudre les situations difficiles précitées.

81. Par conséquent, l'intervention des banques prêteuses et les banques multilatérales pour le développement, est nécessaire pour le financement de tels projets, via la technique de *project finance*, avec des financements structurés ou des pools bancaires (**sous-section 1**). Ces dernières partagent, non seulement la mission de financement, mais des risques importants inhérents à ce genre de projet. Telles sont les facteurs ayant poussé le recours au financement de projet pour financer ces mégas projets.

82. En effet, Introduire la technique de *project finance* sur les formes classiques de PPP, crée des montages contractuels complexes en liant, par plusieurs contrats, plusieurs acteurs, à savoir ; des pools bancaires, sociétés de construction d'exploitations, etc. Connus suivant les phases des contrats de contrats BOT et leurs dérivés. Ces formules avec les modèles anglais issus de la politique *PFI* (*Project finance initiative*) constituent le modèle anglo-saxon (**sous-section 2**), ayant connu une large expansion dans le monde entier (**Sous-section 3**).

Sous-section 1 : La technique de « *Project finance* » : vecteur des nouveaux PPP

83. La technique de « *Project finance* » ou par sa traduction française financement de projet ou plus judicieusement, financement sur projet, est définie comme étant : « *une technique de financement où les prêteurs acceptent de financer un projet en se basant uniquement sur sa rentabilité et sa valeur propre. Le remboursement du prêt dépend partiellement (recours limité aux sponsors) ou*

*uniquement des cash-flows générés par le projet lui-même. La capacité du projet à générer des revenus constitue dès lors la pierre angulaire du project financing »*⁶⁹.

84. Dans cette technique, les banques financent une nouvelle structure créée pour construire et exploiter un projet. Le point marquant dans cette technique consiste en l'acceptation des banques prêteuse du remboursement de ses dettes en se référant, essentiellement sur les *cash-flows* futurs générés par le projet. Ainsi, elles ne recourent pas aux investisseurs privés ni à l'État hôte pour le remboursement des prêts accordés, « un financement sans recours », et même si elles font recours aux promoteurs, ce dernier reste limité « un financement avec un recours limité ». C'est ainsi qu'il diffère de l'approche classique de financement, où le promoteur privé reçoit des dividendes puis il rembourse la banque prêteuse. En effet, la technique de *project finance* est appliquée dans des domaines très variés. Ainsi, elle est utilisée par les investisseurs industriels privés dans le secteur industriel et les usines de cogénération électrique. Elle est utilisée aussi, dans le domaine de la recherche et d'exploitation de ressources naturelles. Il s'est avéré également, que cette technique est aussi bénéfique dans le domaine des infrastructures, dans la mesure où le *cash-flow* persiste mieux dans le temps par rapport au domaine industriel ou aux ressources naturelles dont les *cash-flows* sont condamnés respectivement, par l'obsolescence technique ou l'épuisement⁷⁰.

85. Les promoteurs du projet, créent une société *ad hoc*, appelée communément, la société de projet « *Special purpose vehicle* » dont ils sont actionnaires, pour délimiter leurs patrimoines au patrimoine propre de la société du projet. Plusieurs tentatives de définition de cette entité *ad hoc* ont été données par la doctrine, entre autres, la définition selon laquelle une société de projet est « *une unité économique viable sur le triple plan économique, commercial et financier et dont le cash-flow est jugé suffisant pour assurer, avec une marge couvrant les aléas, le service de la dette, la couverture des risques opératoires et la juste rémunération du capital* »⁷¹.

86. Si on introduit la technique de « *project finance* » sur par exemple, un contrat classique de concession, il deviendrait un montage contractuel complexe, tel

⁶⁹ Nimrod Roger Tafotie Youmsi : « Build, Operate and Transfer : Modalité de partenariat public-privé : Approche *law and economics* » Op.cit. note n° 8. P. 7. Selon cet auteur, le terme exact est le financement sur projet, dans la mesure où cette technique repose sur les cash-flows du projet.

⁷⁰ LYONNET DU MOUTIER, Michel : « *Financement de projet et partenariat public-privé* » 2^{ème} édition, EMS, 2012. P. 23.

⁷¹ SEKFALI, Zine : « Droit des financements d'entreprises » 2^{ème} éd. RB éditions, Paris 2018. P. 467.

que la formule BOT. Cela va impliquer l'intervention de plusieurs personnes, liées par plusieurs contrats. A savoir, les actionnaires de la société de projet (les sponsors), les prêteurs seniors et juniors (crédits subordonnés), garants, l'État ou ses émanations, comme autorité concédante. Etc.⁷².

Sous-section 2 : Les montages contractuels complexes

87. L'introduction de la technique de *project finance*, sur un contrat traditionnel de concession de travaux publics va créer un réseau de contrats ou bien un montage contractuel complexe. Ce dernier met en présence une multitude de contrats sous-jacents adossés au contrat de concession « *back to back* »⁷³. Cet ensemble de contrats a été dénommé communément un montage BOT (§1).

88. Par ailleurs, certains projets, sont caractérisés par l'absence de l'utilisateur payeur ou par leur caractère régalien. En même temps, Ces projets nécessitent des sommes excédant les capacités financières des pouvoirs publics. C'est ainsi que la politique *Private Finance Initiative (PFI)* s'est élargie pour constituer une alternative aux marchés publics et autres contrats à paiement public (§2). Nous allons voir que le modèle anglo-saxon a connu un essor considérable dans le monde entier. En outre, malgré le caractère informel de ces montages en droit anglo-saxon, ils ont inspiré plusieurs législateurs dans le monde entier, dont le législateur français avec l'avènement des « marchés de partenariat » inspirés de la politique anglaise du PFI (§3).

§1- Le montage contractuel « BOT » et ses dérivés : un renouveau pour le contrat de concession

89 Les montages BOT, l'acronyme de *Build* (construire) *Operate* (exploiter) and *Transfer* (transfert de propriété) sont des montages contractuels complexes, issus de l'imbrication de plusieurs contrats sous l'effet, de la méthode de *project finance*. Le terme BOT a été dégagé pour la première fois, au début des années 1980, par le premier ministre Turc Turgut Ozal. Cette technique commençait à apparaître dans les

⁷² Cf. Infra. § 92.

⁷³ Un contrat adossé à un autre, dit « *back to back* » veut dire que les termes et les conditions du contrat doivent être identiques au second, en l'occurrence, le contrat de concession dans les montages BOT. Cf. LYONNET DU MOUTIER, Michel : « Financement de projet et partenariat public-privé », op.cit. note n°70. P.36.

années 1980, où l'illustration la plus marquante était la conclusion d'un montage BOT par la Grande Bretagne et la France d'une part et la société Eurotunnel pour la réalisation du tunnel sous la Manche⁷⁴. Ce contrat fût parmi les premières expériences d'association de la technique de *project finance* et le contrat de concession⁷⁵.

90. En effet, le BOT comme son nom l'indique littéralement, implique trois opérations chronologiquement successives⁷⁶. Celle de construire un ouvrage ou une infrastructure, puis l'exploiter et finalement, transférer sa propriété à l'autorité publique. De prime abord, cela nous rappelle de la définition de la concession classique donnée par le Conseil d'État français en 1916, dans l'arrêt de la Société d'éclairage de Bordeaux⁷⁷. Cependant, les choses ne sont pas aussi simples. Il est vrai que le contrat BOT repose sur un contrat de concession, comme socle juridique de référence, selon l'approche juridique. Cependant, l'approche économique le considère comme une modalité de *project finance*⁷⁸.

91. Les montage BOT se caractérise par un partage de risque entre plusieurs acteurs, prêteurs, actionnaires, société de projet, sociétés de construction, sociétés d'exploitations, garants, etc. Ce qui accentue un transfert de risque beaucoup plus significatif par rapport à celui d'autres formes traditionnelles de PPP.

92. Plusieurs montages dérivés du BOT se dégagent selon les exigences du projet. Ainsi, la mission de la société de projet pourrait viser à construire une nouvelle infrastructure dans les montages BOO (*Build, Own and Operate*) ; le BOOT (*Build, Own, Operate, Transfer*), DBFO (*Design, Build, Finance, Operate*), BOL (*Build, Operate and Lease*)⁷⁹, ainsi que d'autres montages visant à créer des infrastructures inexistantes. En revanche, il existe d'autres montages pour réhabiliter ou de moderniser des infrastructures vétustes ou déjà existantes, tels que ROO (*Rehabilitate, Own, Operate*), MOT (*Modernize, Operate and Transfer*) etc.

⁷⁴ WAKED JABER, Rita : « La notion du contrat administratif international : Essai d'une théorie générale à travers l'exemple du contrat BOT (*Build, Operate and Transfer*) », LGDJ Paris 2013. P.22.

⁷⁵ DE CAZALET, Bruno: "The evolution of the concession and public private partnership legal concepts over the last 20 years under common law influence", IBLJ, 2014, page 271.

⁷⁶ BEN HAMIDA, Walid : « *Les contrats de BOT à l'heure du nouveau droit des investissements internationaux* ». in : KAHN, Philipe et W. WÄLD, Thomas : « *Les aspects nouveaux du droit des investissement internationaux/New aspects of international investment law* » Académie du Droit International de La Haye, 2007. P. 275.

⁷⁷ Cf. Supra §38.

⁷⁸ Nimrod Roger Tafotie Youmsi : « Build, Operate and Transfer : Modalité de partenariat public-privé : Approche law and economics ». Op.cit. note n°8. Pp. 110.

⁷⁹ Nimrod Roger Tafotie Youmsi : « Build, Operate and Transfer : Modalité de partenariat public-privé : Approche law and economics ». Op.cit. note n°8. page 44.

93. En somme, le montage contractuel complexe comprend un contrat de concession entre le partenaire public et la société de projet appelé aussi, accord de projet définissant les droits et obligations des parties (A). Cette société de projet est liée aussi avec les parties financières avec des contrats de prêts (B). En s'assurant des emprunts ou émettant des obligations seniors ou subordonnées. Les prêteurs mettent en places une série de mécanismes contractuels visant à s'assurer de la propriété des *cash-flows*, pour qu'ils soient prioritairement, au service de la dette senior à laquelle ils doivent être largement, supérieurs, des contrats de garanties et finalement, elle sous-traite la majorité de ses engagements contractuels à des sociétés spécialisées, par des contrats de construction de type clés en main et des contrats d'exploitation et de maintenance (C). Tous ces acteurs vont partager les risques afférents au projet.

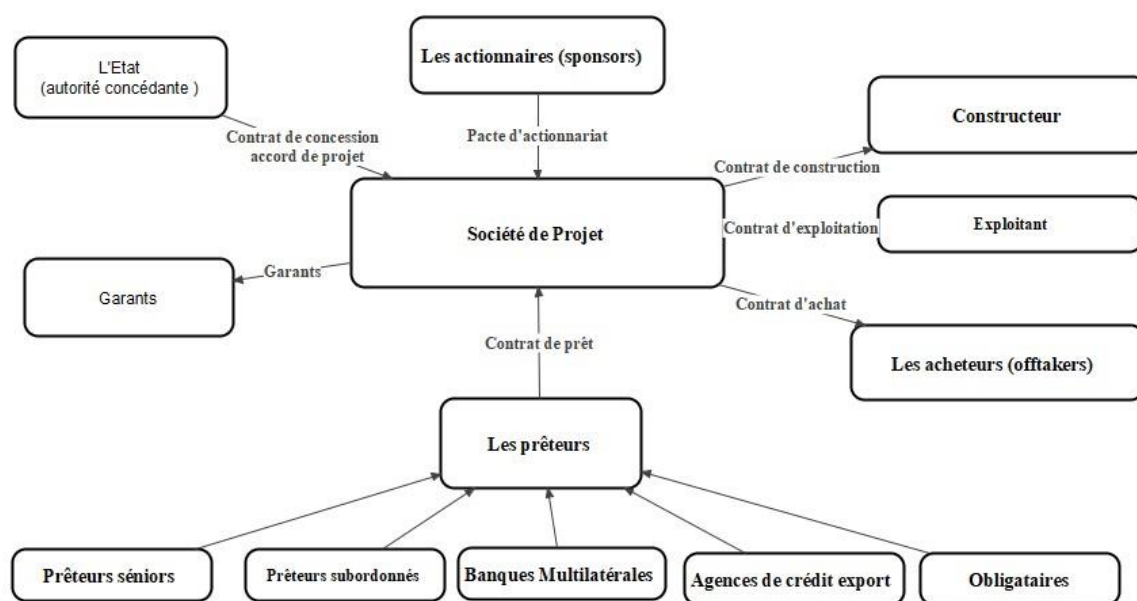


Figure 1 : Schéma de project finance avec contrat de concession avec l'Etat

A- L'accord de projet dans le montage BOT

94. L'accord entre le partenaire public (l'État ou ses démembrements) et la société de projet, définissant les droits et obligations des deux parties, est le socle juridique sur lequel repose le montage contractuel BOT.

95. Il s'agit du contrat de concession entre l'État et la société de projet. Ce contrat matérialise l'accord de projet, dans la mesure où le partenaire public concède la gestion de l'ouvrage et/ou le service public à la société de projet. En effet, le contrat de concession constitue le support juridique du montage BOT. Selon l'approche juridique, le contrat de concession est le socle de référence auquel tous les autres contrats dans le montage sont adossés « *back to back* ». Ceci a été confirmé par les textes de la CNUDCI sur les projets d'infrastructures à financement privé. Ces textes ont considéré le contrat de concession comme une base juridique des contrats portant sur les projets d'infrastructures à financement privé. Ainsi, le guide législatif et les recommandations législatives type ont prescrit des règles de passation de ce contrat, son exécution et les modes de règlements des différends y naissants, et ce quoi que ce soit le mode de financement, un financement « *corporate* » dans les formes classique ou *project finance*, lorsqu'il s'agit de montages de type BOT⁸⁰.

96. En revanche, les textes récents de la CNUDCI sur les PPP parus récemment et constituant une mise à jour des premiers, ont procédé à une démarche différente et plutôt extensive. Ces textes ont donné une dénomination vaste à l'accord de projet dans les PPP, appelé désormais, le contrat de PPP. En effet, la CNUDCI dans les dispositions législatives-type a distingué entre les PPP et le contrat de PPP. C'est ainsi, que dans les définitions des termes utilisés dans les dispositions législatives-type sur les PPP, la CNUDCI a défini les PPP à l'alinéa (a)⁸¹ indépendamment de la définition du *contrat de PPP* dans l'alinéa (f) prévoyant : « (f) “PPP contract” means the mutually binding agreement or agreements between the contracting authority and the private partner that set forth the terms and conditions for the implementation of a PPP” Ainsi, le contrat de PPP est défini comme un accord contraignant entre le pouvoir adjudicateur et le partenaire privé fixant les conditions de la mise en œuvre des PPP. Ces derniers peuvent porter sur des formes concessives de PPP « *concession PPPs* » dont l'accord de projet est le contrat de concession, tel est le cas des montages BOT et les concessions classiques. Ils peuvent porter également sur des PPP non concessifs « *non-concession PPPs* »⁸² dont l'accord de projet est le marché public, tel est le cas des marchés de partenariat français et les *PFI* anglaises à paiement public que nous allons étudier dans le paragraphe suivant⁸³.

⁸⁰ CNUDCI : Guide législatif des projets d'infrastructures à financement privé » CNUDCI 2000 et Dispositions législatives types de la CNUDCI des projets d'infrastructures à financement privé », op.cit. note n°5.

⁸¹ Cf. Supra. §5.

⁸² CNUDCI, « UNICITRAL Model Legislative Provisions on Public-Private Partnerships », op.cit. note 6.

⁸³ Cf. infra. § n°110.

97. En somme, nous pouvons qualifier l'accord de projet de « contrat de PPP », comme un terme comprenant à la fois, le contrat de concession et pour certains droits comparés, le marché public. C'est le cas du droit français considérant le marché de partenariat comme un marché public complexe avec un préfinancement privé. Alors qu'en droit algérien, les marchés publics ne constituent pas une forme de PPP, selon l'article 11 de la loi n°23-12 fixant les règles générales relatives aux marchés publics.

98. Toutefois, il peut ne pas y avoir paradoxalement, une convention entre l'État d'accueil et la société de projet. Ainsi, les obligations de la société de projets sont décrites dans le pacte d'actionnariat entre les promoteurs du projet. Tel est le cas des sociétés de projets pour la réalisation et l'exploitation des stations de dessalement de l'eau de mer en Algérie⁸⁴.

99. L'accord de projet pourrait aussi se matérialiser en un contrat *sui generis* d'investissement entre l'État d'accueil et les promoteurs de la société de projet⁸⁵.

100. Quoi qu'il en soit, l'accord de projet est l'épine dorsale du montage BOT, vu son impact sur l'ensemble des contrats constituant le montage BOT. Ainsi, il conduit à associer toutes les parties du montage, les banquiers, les sous-traitants, constructeurs, exploitants, etc. Leur association à l'élaboration de l'accord de projet, permettrait d'assurer la bancabilité du projet et de renforcer les termes du contrat de projet.⁸⁶

B- Les contrats de financement

101. Les sources de financement dans les montages BOT sont diverses dont l'essentiel sont les prêts seniors avec des banques acceptant d'être remboursées par les *cash-flow* futures générés du projet. Les prêteurs seniors peuvent être des syndicats bancaires, des prêteurs multilatéraux ou des émissions obligataires. A cet effet, des comptes de réserves doivent être constitués, dont le principal est celui du service de la dette. En cas de défaillance de la société de projet, les prêteurs disposent d'un recours limité envers les actionnaires de la société de projet, ainsi que des sûretés permettant de sauvegarder leurs intérêts. Pour accorder les financements de tels projets, la décision des parties financières repose sur une certitude suffisante quant à la rentabilité du projet. Ainsi, les promoteurs du projet doivent montrer

⁸⁴ HAROUN, Mehdi : « Arbitrage et financement de projets BOT » Revue Mutations, n°44, 02/03, p. 22

⁸⁵ Ibid. p. 24.

⁸⁶ Ibid. p.25.

l'existence de flux de trésorerie nécessaire pour rembourser ces prêteurs, pour un projet dont les travaux de construction et la génération des profits n'ont pas encore avoir lieu. C'est ici que l'importance de l'étude de faisabilité économique et financière est primordiale⁸⁷.

102. De surcroît, les prêteurs peuvent aussi, conclure d'autres contrats matérialisant les sécurités gagées en leur faveur, tels que l'option d'achat des actions de la société du projet, des nantissements des comptes bancaires, les accords inter créanciers, des polices d'assurance⁸⁸, la cession des créances futures de la société de projet, le « *step in right* » c'est-à-dire le droit à la substitutions du concessionnaire en cas de sa défaillance, des conventions de type « *take or pay* »⁸⁹ ou encore, des « *floating charges* »⁹⁰, etc.

103. Il existe aussi, d'autres sources de financement subsidiaires, appelées dettes juniors ou crédits subordonnés. Il s'agit des apports de fonds publics, octroyé par l'État ; les fonds propres des sponsors ou biens les fonds spéciaux d'investissement⁹¹.

C - Les principaux contrats de sous-traitance sous-jacents

104. La société concessionnaire sous-traite la majorité de ses engagements contractuels à des sociétés spécialisées, par le biais d'une série de contrats adossés au contrat de concession (*back to back*)⁹². Cette notion est essentielle pour la bancabilité du projet. Ainsi, la sous-traitance des engagements contractuels à des sociétés spécialisées permettrait de leur transférer les risques. Alors les banques prêteuses doivent s'assurer que la totalité des

⁸⁷ BEN HAMIDA, Walid : « *Les contrats de BOT à l'heure du nouveau droit des investissements internationaux* ». op.cit. n°76. P. 282.

⁸⁸ LYONNET DU MOUTIER, Michel : « *Financement de projet et partenariat public-privé* » op.cit. note n°70. p. 247.

⁸⁹ On entend par « *Take or pay* » « *Un accord selon lequel un client s'engage à payer une certaine quantité de marchandise à un fournisseur – qu'il en prenne ou non livraison – ce dernier lui en garantissant la disponibilité, à un prix souvent convenu à l'avance* ». cf. LYONNET DU MOUTIER, Michel : « *Financement de projet et partenariat public-privé* » Op.cit. note n°70. P.388.

⁹⁰ On entend par « *floating charges* » : « *une garantie conventionnelle de droit anglais dont l'objet porte sur tout ou une partie de l'actif débiteur. Celui-ci, nécessairement une personne morale, peut cependant, continuer à exercer son activité et disposer de ses biens-la garantie est dormante ou flottante- jusqu'à ce que le créancier décide de la réaliser lorsque la situation du débiteur fait craindre que le paiement soit compromis ou qu'elle se réalise d'elle-même lorsque l'activité de l'entreprise cesse. Le créancier peut alors commencer à exécuter sa sûreté sur les biens présents qui lui paraissent les plus adéquats, et procède souvent par l'intermédiaire d'un administrative receiver, sorte d'administrateur chargé de liquider la garantie* ». Cf. BEN HAMIDA, Walid : « *Les contrats de BOT à l'heure du nouveau droit des investissements internationaux* ». op.cit. note n° 76.

⁹¹ cf. LYONNET DU MOUTIER, Michel : « *Financement de projet et partenariat public-privé* » Op.cit. note n°70. P. 200.

⁹² Cf. *Supra*. §91.

risques soit transférée et d'être certaines qu'aucun risque résiduel reste à la charge de la société du projet⁹³. Les principaux contrats de sous-traitance sont le contrat de construction (a) et le contrat d'exploitation et de maintenance (b).

a- Le contrat de construction

105. La société de projet transfère le risque de conception et de construction à une société de construction spécialisée, au travers un contrat de construction de type clé en main, à date certaine et à prix forfaitaire. La durée contractuelle est relativement courte (entre un an et trois ans). Ce contrat prend souvent la forme de contrat EPC (*Engineered/Procured/ Constructed project*).⁹⁴ Le contrat de construction devrait être rédigé minutieusement dans la mesure où il doit palier aux risques de la mise en œuvre du projet. La réussite de la construction et la réalisation de l'infrastructure conduirait à la faisabilité et la rentabilité du projet. Le constructeur se voit chargé du risque lié au dépassement de budget et au délai de réalisation.⁹⁵

b- Le contrat d'exploitation et de maintenance

106. À l'issue de la phase de construction, la société de projet passe le plus souvent, un contrat d'exploitation avec un exploitant expérimenté, avec un prix fixe contenant des clauses incitatives visant à améliorer les performances, ainsi que la rentabilité et la qualité des opérations et c'est ainsi que la société de projet transfère le risque d'exploitation⁹⁶.

107. En effet, il n'est pas interdit théoriquement, que la société de projet exploite elle-même, le projet en cause. Toutefois, cette dernière sous-traite l'exploitation pour externaliser le risque lié à une mauvaise exploitation et maintenance. En pratique, la société de projet sous traite souvent l'exploitation et maintenance à un de ses actionnaires. Ce dernier se voit particulièrement vigilant pour la bonne réalisation de projet.⁹⁷

⁹³ LYONNET DU MOUTIER, Michel : « Financement de projet et partenariat public-privé » Op.cit. note n°70 p. 108.

⁹⁴ Selon cette formule, le constructeur conçoit le projet, approvisionne les fournitures nécessaires, et construit l'ouvrage. Cf. HUBERT-MCGETRICK, Virginie et ANSALONI, Guillaume : « Le financement de projet : Enjeux juridiques et bancabilité de l'opération », RB Édition, 2^{ème} édition 2019, Paris.

⁹⁵ Haroune, Mehdi « Arbitrage et financement de projets BOT ». op.cit. note. 84.

⁹⁶ HUBERT-MCGETRICK, Virginie et ANSALONI, Guillaume : « Le financement de projet : Enjeux juridiques et bancabilité de l'opération », op.cit. note n°94. P.21.

⁹⁷ Haroune, Mehdi « Arbitrage et financement de projets BOT ». op.cit. note. 84. P.22.

§2- Les montages britanniques du PFI/PPP : un renouveau pour les contrats à paiement public

108. Prenant conscience que la gestion privée est beaucoup plus efficace que la gestion publique des infrastructures, la Grande Bretagne a entrepris une politique générale de PPP, baptisée PFI (*Private Finance Initiative*). Il s'agit d'un programme lancé en 1992 par le chancelier de l'échiquier, en vue de favoriser le recours au financement privé des infrastructures. Cette politique permet de préfinancer par le secteur privé, via la technique de *project finance*, une mission globale allant de la conception et la construction jusqu'à l'exploitation et l'entretien et maintenance de l'ouvrage en contrepartie d'un paiement public sous forme de loyers composés du capital, les intérêts financiers et les services rendus. Cette contrepartie est liée par des incitations à la performance⁹⁸. A cet effet, le *PFI* s'appuie essentiellement sur la qualité et la performance existant chez le privé et sur la notion du « *best value for money* » c'est-à-dire un meilleur rapport qualité-prix. Il se base aussi sur « the public sector comparator » c'est-à-dire la comparaison des performances entre plusieurs modes de gestion, régie, marchés publics et les contrats de prestations globales à paiement public.

109. Les PFI sont des contrats à paiement public. Ainsi, ils s'adaptent bien à la situation de manque de l'utilisateur payeur ou pour les services publics régaliens. En effet, Il existe certains services publics dont le tarif est considéré comme prohibitif pour l'utilisateur. L'exemple typique est le financement des autoroutes, où le prix demandé à l'utilisateur peut aller en deçà de son pouvoir d'achat, ce qui lui pousse à prendre d'autres alternatives telles que les routes nationales gratuites ou autres moyens de transport tels que les bus et trains⁹⁹. Ainsi, ni les marchés publics, dans un contexte d'un déficit public ni la concession classique peuvent résoudre cette situation. Dans la mesure où le concessionnaire ne peut plus rembourser ces investissements. Cette contrainte a été résolue par le modèle anglo-saxon par la méthode de péage fictif « *Shadow tolls* », où c'est la collectivité publique qui paye une rémunération plafonnée et indexée sur la fréquentation, sur le nombre des véhicules et sur d'autres critères qualitatifs tels que la réduction du nombre des accidents¹⁰⁰.

⁹⁸ COSSALTER, Philippe : « 20 ans de PFI : l'heure d'un bilan », RGD, 2012,.

⁹⁹ Michel Lyonnet du Moutier : « Comprendre le montage du financement sur projet d'une autoroute européenne » in revue Créer et Comprendre, Décembre 2002, n ° 70. Cf. aussi, ATHIAS, Laure et SAUSSIER, Stéphane : « Un partenariat public-privé rigide ou flexible ? Théorie et application aux concessions routières à péage », Revue économique 2007/3, Volume 58, p. 565-576.

¹⁰⁰ Ibid. p. 570.

110. Ce type de contrat est adapté aussi, aux services régaliens ou les services non déléguables, dont la concession n'est pas le remède. Cela concerne en particulier, le domaine des écoles, des prisons et bâtiments de la défense nationale ou de la sécurité intérieure. Les marchés publics classiques ne sont aussi pas la solution pertinente dans un contexte de déficit public et afin de concurrencer les services « *in house* » jugés inefficaces, en termes de qualité de service et des performances des gestionnaires, le partenaire privé construit et gère les ouvrages publics et les services connexes, tandis que le partenaire public gère le service régalien.

111. Les objectifs de ce programme sont multiples, entre autres, l'augmentation de la capacité du financement privé en étalant le paiement public sur la durée de vie du contrat, l'amélioration de la qualité de service en liant le paiement public aux critères liés aux performances du secteur privé et à la qualité du service rendu, puis l'objectif de la diminution de la dépense publique en se référant aux capacités d'innovation du secteur privé en l'adéquation entre l'infrastructure et le service rendu¹⁰¹.

112. Puis, sous le gouvernement Tony Blaire, cette option n'est plus devenue une alternative à la gestion publique mais une nécessité, en adoptant une approche pragmatique, en admettant que la gestion privée est beaucoup plus efficace que la gestion publique¹⁰². Le modèle anglais repose sur la notion du marché et sur une forte délégation de prérogatives étatiques à des agences de régulation indépendantes relativement, des autorités publiques¹⁰³. Le recours à ce programme est devenu le mode privilégié ce qui a permis au Royaume-Uni d'entreprendre un programme pharaonique de construction et de modernisation de leurs infrastructures, (hôpitaux, écoles, prisons, etc.)¹⁰⁴

113. Néanmoins, le recours massif et systématique au programme *PFI*, a généré un surendettement public, estimé en 2012 à 300 milliards de livres sterling d'engagements cumulés. Certes, ce recours a été justifié par la logique selon laquelle le surcoût financier généré par le contrat serait compensé par des gains de performances, cette logique n'est pas condamnable en soi, mais c'est le recours quasi-systématique qu'est condamnable. En outre, malgré la réussite de la majorité des projets, on a constaté que certains projets génèrent des

¹⁰¹ COSSALTER, *Philippe et DU MARAIS, Bertrand* : « *Private Finance Initiative* » Paris, IGD, 2001

¹⁰² François Lichère : « Le droit anglais des contrats publics comme modèle ? » in Contrats publics : mélanges en l'honneur du professeur Michel Guibal. Université de Montpellier 2006

¹⁰³ LYONNET DU MOUTIER, Michel : « Financement du projet et partenariats public-privé », op.cit. note n°70.

¹⁰⁴ COSSALTER, Philippe : « 20 ans de PFI : l'heure d'un bilan » op.cit. note n°98.

profits déraisonnables pour le partenaire privé alors qu'ils ne présentent pas une valeur ajoutée pour le contribuable et dépassent largement le budget. D'autres projets dont l'annulation coûte plus chère que leur réalisation. Cet état de cause a poussé le gouvernement à revoir les PFI en 2012 et à lancer un nouveau programme baptisé *PF2*¹⁰⁵.

114. La nouvelle politique *PF2* donne au partenaire public plus de pouvoirs, et plus de maîtrise sur ces projets. Ainsi, le partenaire public deviendrait investisseur au capital de la société de projet, et par conséquent, il aurait plus de maîtrise et de contrôle. Ce nouveau modèle lui a donné aussi une certaine maîtrise sur les services légers (restauration, nettoyage, décoration, activités de maintenance légère) et plus de flexibilité pour ajouter ou supprimer ces activités connexes ou optionnelles, il a donné aussi au gouvernement le droit de désigner un administrateur pour chaque société. Pour la partie privée, cette dernière doit fournir des informations sur la rémunération du capital, sous peine des pénalités financières pour faire face au manquement de fourniture d'information. Le but de ces mesures est de favoriser la transparence. En revanche, pour une meilleure allocation de risque, le secteur public est impliqué pour la gestion de certains risques tels que ceux relatifs au changement imprévisible des lois survenus pendant l'exploitation, les conditions du sol, etc.¹⁰⁶.

115. Enfin, il faut noter que conformément aux traditions du droit anglo-saxon, les contrats de PPP ne sont pas réglementés par un texte contraignant, mais par des *guidelines*. Le trésor britannique publie des recueils de clauses et des notices d'utilisation au profit des autorités publiques et conseillent ces autorités publiques, il existe également, des modèles et des notices, sectoriels spécifiques pour certains secteurs comme l'habitat et les écoles.

Sous-section 3 : L'expansion du modèle anglo-saxon dans le monde

116. On a vu que les pays anglo-saxons sont considérés comme les pionniers en matière des formes innovantes de PPP. Même si ces dernières ne se basent pas sur une réglementation contraignante et des pratiques homogènes, mais sur une approche pragmatique basée sur l'ingénierie contractuelle.

117. En effet, ces pays relèvent de la famille de droit du *Common Law*. Une tradition juridique basée essentiellement, sur les précédents jurisprudentiels en général. En matière

¹⁰⁵ DE CAZALET, Bruno: "The evolution of the concession and public private partnership legal concepts over the last 20 years under common law influence" IBLJ, n°2/2017.

¹⁰⁶ DE CAZALET, Bruno: "The evolution of the concession and public private partnership legal concepts over the last 20 years under common law influence" op.cit. note n°105. p 6.

contractuelle, elle se base sur le principe de la liberté de contracter « *freedom of contract* » et sur l’inviolabilité du contrat « *Sanctity of contract* ». C’est-à-dire que les rédacteurs du contrat doivent prévoir toutes les circonstances pouvant altérer l’exécution du contrat¹⁰⁷. Pour le cas du Royaume Uni, il existe également, des modèles de contrats et des *guidelines* élaborés par le Trésor Britannique.

118. En outre, la forme fédérale de certains États anglo-saxons, a contribué à la diversité et l’hétérogénéité des formes de PPP. Ainsi, en ce qui concerne les États-Unis où les États fédérés ayant une marge d’autonomie concernant les pratiques contractuelles, on assiste à une large variété de montages contractuels complexes, dans l’approche américaine des PPP. Les exemples les plus réussis des PPP sont le contrat de délégation de gestion des services de l’eau potable d’*Indianapolis* et *USFilter* dont la rémunération est basée sur les résultats jugés très satisfaisants. Ainsi que la construction et l’exploitation de l’aéroport de Denver à Colorado¹⁰⁸. Le constat est le même pour le Canada, où la forme fédérale de ce pays a contribué à la diversité des formules contractuelles de PPP et a empêché de discerner les PPP avec un encadrement juridique homogène.

119. Néanmoins, en dépit de cette approche informelle des modèles anglo-saxons de PPP, ces derniers ont su inspirer plusieurs législateurs dans le monde entier. A cet égard, nous avons constaté deux approches en droit comparé. Ainsi, certains pays ont préféré d’édicter des lois spéciales pour les PPP ou pour les BOT, avec l’encouragement de la Banque Mondiale et les institutions financières internationales, prônant l’harmonisation de ces législations avec les meilleures pratiques et standards internationaux. On a vu précédemment que la CNUDCI a promulgué des guides législatifs et des dispositions législatives, relatifs aux PPP et aux projets d’infrastructures à financement privé, pour les pays désireux de légiférer en la matière. Ces efforts ont été consolidés par la Banque Européenne pour la Reconstruction et le Développement (BERD) ayant procédé à l’évaluation des cadres juridiques dans plusieurs pays et leur conformité avec les meilleures pratiques et standards internationaux ainsi que l’efficacité des législations promulguées¹⁰⁹.

¹⁰⁷ LYONNET DU MOUTIER, Michel : « Financement de projet et partenariats public-privé », op.cit. note n°70.

¹⁰⁸ BRÉVILLE, Anne : « Comparaison entre les contrats de partenariat au Royaume Uni et aux USA » Revue Contrats Publics-Actualité de la Commande et des Contrats Publics, n°36, septembre 2004. P.58.

¹⁰⁹ De CAZALET, Bruno : « The expected benefit of cis ppp model law », note n°103.

120. Il s'agit généralement des pays en développement, tels que l'Égypte en 2010¹¹⁰, le Liban¹¹¹, la Turquie avec la loi n°3996 relative aux investissements sous forme de BOT, la Chine, le Vietnam, les Philippines¹¹², les pays de la Communauté des États Indépendants (CEI)¹¹³, le Maroc en 2014 etc. Aussi le font certains pays en développement, même relevant du système *Common Law*, tels le Kenya, la Tanzanie et le Ghana, ayant opté pour une réglementation spécifique sur les PPP dans un souci d'attirer les investisseurs étrangers¹¹⁴.

121. En revanche, certains pays ont juste gardé leur réglementation sur la concession classique, pour qu'elle soit une base juridique commune régissant à la fois, la concession classique et servant de support juridique pour les contrats de BOT. Ainsi, au milieu des années 1990, la France a dû adapter son modèle de concession classique en négociant des contrats de Type DBFO avec la technique de financement de projet, en donnant, à la société de projet concessionnaire, plusieurs missions, allant de la conception-réalisation, permettant de commencer la réalisation de l'ouvrage sans attendre la phase d'étude, à l'exploitation du projet. Aussi, le cas pour les pays européens qui se sont inspirés du modèle anglais en matière des autoroutes à péages fictifs « *shadow tolls* »¹¹⁵. L'Italie a instauré des dispositions spécifiques au financement de projet, en l'occurrence, les articles de 153 à 162 ter du code des contrats publics, de travaux, services et fournitures. Aussi le cas pour la Tunisie avec la loi de 2008 sur la concession et l'Algérie avec des textes sectoriels permettant le recours au contrat de concession¹¹⁶. Cette dernière a recouru timidement aux montages contractuels complexes. Nous allons voir les raisons de cette méfiance de l'Algérie et les montages contractuels de PPP y existantes (§1).

122. En plus, certains de ces pays ont ajouté à leur arsenal juridique, une nouvelle forme de PPP à paiement public et sans délégation de service public, inspirée du *PFI* anglaise, c'est

¹¹⁰La loi n°67 de l'année 2010 et le Décret d'application du Premier Ministre n°238 de l'année 2011 en constituent le socle. L'Égypte dispose d'une unité centralisée dépendant du Ministère des finances, en charge des PPP. cf. aussi, l'OCDE : « Les partenariats public-privé dans la région MENA : Manuel pour les décideurs publics »

¹¹¹ JOREIJ, Ramzi : « Pour en finir avec la vieille querelle sur l'aptitude de l'État à compromettre », in Nassib Ziadé (ed), *Liber Amicorum Samir Saleh: "Reflections on Dispute Resolution with Particular Emphasis on the Arab World"* Kluwer Law International 2019, pp. 133 -144

¹¹² Benhamida, Walid : « Les contrats BOT à l'heure du nouveau droit des investissements internationaux », op.cit. note n°76.

¹¹³ De CAZALET, Bruno : « The expected benefit of cis ppp model law », op.cit. note n°109.

¹¹⁴ DE CAZALET, Bruno: "The evolution of the concession and public private partnership legal concepts over the last 20 years under common law influence", op.cit. note n°75.

¹¹⁵ COSSALTER, *Philippe et DU MARAIS, Bertrand* : « *Private Finance Initiative* » op.cit. note n°101..

¹¹⁶ Cf. *Supra*. §72.

le cas de la France avec le contrat de partenariat, rebaptisé récemment, marché de partenariat, suivi par le Maroc et la Tunisie. (§2).

§1- L'expérience algérienne en matière de PPP

123. L'Algérie reste parmi les rares pays en développement, n'ayant pas adopté une législation spécifique aux PPP ou les BOT malgré l'habilitation législative au recours aux contrats de concession parus dans les années 1990, accompagnée de mesures incitatives pour l'investissement. Cela est dû au contexte socioéconomique et historique particulier de l'Algérie. En effet, l'Algérie n'a opté pour l'économie de marché qu'au début des années 1990 suite à la chute brutale des prix des hydrocarbures, suivie d'un surendettement extérieur et de l'effondrement du communisme soviétique. Cela après avoir choisi le référent socialiste depuis l'indépendance et le rôle moteur de l'État dans l'économie, accentué par la rente pétrolière nationalisée au début des années 1970. Cette période avait été marquée par une dépendance massive aux hydrocarbures, représentant depuis 1977, 95% de ses exportations. Elle était marquée aussi par un recours massif à l'endettement extérieur, afin de combler le manque de production locale et la couverture des dépenses d'importation. Le choc pétrolier de 1986 a aggravé la situation en accroissant l'endettement de 30% en 1985 à 61% en 1991¹¹⁷.

124. Pour faire face à cette situation, l'Algérie avait pris certaines mesures visant à consacrer la libéralisation de l'économie et encourageant l'investissement privé, à partir de l'année 1990. L'Algérie s'était inscrite au plan d'ajustement structurel accompagnant le rééchelonnement de la dette. Par la suite on assistait à l'instauration d'un arsenal juridique encourageant cette ouverture à l'investissement privé, la libéralisation de l'économie et la promulgation des textes sectoriels permettant le recours à la concession pour la gestion des services publics¹¹⁸. Ces mesures avaient pour fin, d'attirer les capitaux étrangers.

125. Cependant, ces réformes n'avaient pas atteint les résultats escomptés, surtout dans le contexte sécuritaire de la décennie noire des années 1990 et le climat risqué dissuasif pour l'investissement étranger. Les investissements locaux se sont concentrés pour une grande partie sur l'importation au détriment de la production locale créatrice de richesse au niveau macroéconomique. Cela a induit la dépréciation de la valeur du dinar algérien et une forte pression sur la balance des paiements. Ce contexte n'a pas permis la réalisation de certains

¹¹⁷ BOUKHEZER-HAMMICHE, Nacira : « *Libéralisation financière et effet sur l'investissement en Algérie* », Mondes en Développement Vol.41-2013/2-n°162. Ed. : De Boeck Supérieur.

¹¹⁸ Cf. *Supra*. §72.

projets d'infrastructures de base, nécessaires pour l'attraction des investissements, tels que les ports, autoroutes, ports, etc.

126. D'autre part, la dépréciation de la valeur du dinar algérien a mis en péril le pouvoir d'achat du citoyen algérien. Ce dernier s'est habitué depuis l'indépendance, sur une économie basée sur la rente pétrolière et une idéologie socialiste. Ainsi, la culture ancrée chez le citoyen veut que ce soit l'État qui doit fournir le service public gratuitement ou bien avec un tarif largement subventionné et loin du coût du revient réel du service public. En revanche, la volonté de l'État de réaliser les infrastructures de base, comme les autoroutes, ports, etc. pèse sur le budget public tandis que le surendettement qu'a connu l'Algérie dans les années 1990 ne permettait pas de les financer, d'où le choix des PPP serait préférable.

127. Néanmoins, les données ont changé à partir de l'année 2000 avec la fin de la décennie noire et la hausse des prix des hydrocarbures. A cet effet, l'Algérie a pris une attitude plus ou moins réticente vis-vis les PPP. Cela est dû aussi, de l'héritage et la culture ancrée depuis l'indépendance vis-à-vis l'intervention du secteur privé dans les infrastructures et services, publics. En outre, le bilan mitigé, entre échecs et réussites des PPP dans le monde, a aussi influencé la position de l'Algérie et a accentué cette attitude méfiante et prudente. En fait, les PPP ont connu des réussites dans certains pays, comme ils ont connu des échecs, surtout quand il s'agit de gros contrats de type concessif et notamment dans les pays en développement.

128. C'est l'exemple de certains contrats de PPP pour la gestion des services public de l'eau conclus par certains pays de l'Amérique Latine. Ces contrats n'ont pas atteint les objectifs fixés dans les contrats et ont abouti à une hausse de tarif suscitant ainsi, un mécontentement des usagers. Toutefois, il ne faut pas dramatiser le bilan général. En effet, parmi les 200 contrats conclus dans les années 1990, seulement une dizaine ayant connu des échecs. Le reste des contrats ont relevé des résultats satisfaisants.¹¹⁹

129. La réticence de l'Algérie s'est traduite soit par la renonciation au recours des PPP pour certains projets, pourtant programmés pour être concédés au secteur privé, tel que le projet de l'autoroute est-ouest et le projet du métro d'Alger. Ainsi l'État a décidé de prendre en charge le financement de la réalisation de ces infrastructures, à l'heure de l'embellie financière (A).

¹¹⁹ BREUIL, Lise : « Renouveler le partenariat public-privé pour les services d'eau dans les pays en développement : comment conjuguer les dimensions contractuelles, institutionnelles et participatives de la gouvernance ? ». Thèse de Doctorat, École Nationale de Génie Rural, des Eaux et des Forêts, Centre de Paris, 22 novembre 2004. P. 147.

130. En revanche, on assiste dans la même période, à un recours aux PPP pour quelques projets, dans le domaine de l'eau, ou bien en matière de gestion des terminaux portuaire, on constate ici, l'apparition de certaines formes particulières et adaptées au contexte socioéconomique algérien, favorable à l'intervention de l'État par le financement public **(B)**.

131. Cependant, les données que nous avons évoquées ne sont plus valables aujourd'hui après la rechute libre du prix du baril, constatée depuis l'année 2015 et accentuée avec la crise pandémique en 2020. A cet effet, le rapport de présentation de la loi de finances pour 2021 a recommandé le recours aux partenariats public-privé pour faire face au déficit des ressources publics¹²⁰. Ce recours doit être néanmoins, prudent et nécessite un encadrement juridique claire pour les PPP et un environnement pertinent **(C)**.

A- L'illustration de la réticence de l'Algérie envers les PPP

132. Le dossier de l'autoroute est-ouest a été parmi les expériences curieuses de la méfiance de l'Algérie à l'égard des PPP. Ce projet dont les études exploratrices ont été amorcées en 1977, a connu une longue gestation à cause des difficultés budgétaires des années 1980 et 1990. L'urgence à réaliser l'autoroute est-ouest était évidente, pour des raisons sécuritaires, avec la croissance du parc automobile et l'accroissement de nombre d'accidents avec 4400 morts par an, rendant les routes algériennes parmi les plus meurtrières du monde, ainsi que des raisons économiques, avec l'augmentation des prix des marchandises causée par le coût du transport des marchandises et son caractère aléatoire¹²¹.

133. Ainsi, nous avons vu que la loi de finances pour 1996, permettant le recours au secteur privé pour la réalisation et l'exploitation des autoroutes fut parmi les premiers textes autorisant la concession¹²². Par conséquent, plusieurs contacts ont été pris dès 2002 avec des investisseurs potentiels, intéressés par le marché autoroutier algérien¹²³.

134. Cependant, cette ambition se voit bridée avec la décision prise en 2004, par les autorités publiques de la financer sur le budget de l'État, dans un contexte d'une augmentation des prix des hydrocarbures. Une décision selon M. Benachenhrou aux conséquences budgétaires très lourdes pour le moyen et long terme¹²⁴.

¹²⁰ Ministère des finances : « *Rapport de présentation du projet de la loi de finances pour 2021 et prévisions 2022-2023* ».

¹²¹ BENACHENHOU, Abdelatif : « La fabrication de l'Algérie », éd. Alpha Design, 2009

¹²² Cf. *Supra* §7.

¹²³ BENACHENHOU, Abdelatif : « La fabrication de l'Algérie », op.cit. note n°121. P. 190.

¹²⁴ BENACHENHOU, Abdelatif : « La fabrication de l'Algérie », op.cit. note n°121. p.194.

135. C'est exactement ce que la réalité a été révélé plus tard, le choix en faveur du recours aux marchés publics a mis en péril la qualité des autoroutes. Cette dernière a nécessité à plusieurs reprises, des travaux de maintenance et de réparation fréquentes, drainant le budget public, sans parler des affaires de corruption, de détournement de l'argent public dans l'attribution de ces marchés, ainsi que de la détérioration de la qualité de ces ouvrages.

136. Le recours aux marchés publics a été justifié par plusieurs arguments, entre autres, les autorités publiques avancent que les concessionnaires peuvent appliquer aux usagers, des prix exagérés. Le patronat algérien censé être en faveur de l'intervention du secteur privé dans tous les secteurs de l'économie, a rejoint la même idée. Ainsi en 2002, le Forum des chefs d'entreprises (FCE) a transmis au chef du gouvernement un programme ambitieux de cinq années, pour la réalisation d'infrastructures, (métro d'Alger, dessalement de l'eau de mer, autoroute est-ouest, etc), tout en écartant le financement privé pour leur réalisation¹²⁵.

137. Certains auteurs estiment que l'opportunisme de l'opérateur privé en matière des tarifs peut être évité. Ainsi, Mr. Benachenhou ancien ministre des finances estime que l'État peut réguler les tarifs avec des contrats correctement négociés dans un univers juridique correctement défini¹²⁶. Nous rejoindrons cet avis et nous réfutons de notre part, l'argument des prix exagérés, par l'existence des méthodes de régulation des tarifs, avec des formules de révisions des prix prévues dans le contrat, telles que le *price cap* c'est-à-dire que l'opérateur privé ne peut excéder les prix contractés préalablement, lors de la révision des prix ou bien de *cost plus*, où le partenaire privé ne peut augmenter les tarifs fixés contractuellement, qu'en prenant en compte les charges réelles¹²⁷. De surcroît, la pratique répandue dans le monde dans le domaine autoroutier est le péage virtuel (*Shadow tolls*). Il s'agit d'une rémunération du concessionnaire privé par le partenaire public, suivant une rémunération liée aux performances de l'opérateur privé¹²⁸. En plus, le financement public de l'infrastructure évoque la question de l'inégalité des citoyens algériens à l'accès au service public autoroutier et la répartition injuste des budgets publics. Nous voyons que le budget public devrait être consacré à l'augmentation du pouvoir d'achat du citoyen et au développement des zones de l'ombre plutôt que recourir massivement, aux marchés publics sources de favoritisme et de

¹²⁵ Ibid. p.195

¹²⁶ Ibid. p. 196.

¹²⁷ Cf. AHMANE, Kheira : « *Le contrat international de l'eau : contribution à une étude de partenariat public-privé* » mémoire de magistère soutenu le 22 avril 2014, Faculté de Droit et de Sciences Politiques, Université d'Oran, Mohamed Ben Ahmed.

¹²⁸ Cf. Supra. §. 109.

corruption, mettant en péril les deniers publics, la qualité des ouvrages et les performances des services publics. Ainsi, la redéfinition du rôle de l'État, est une nécessité.

138. D'autres motifs ayant amené les autorités algériennes à prendre une attitude méfiante vis-vis les PPP, relatifs aux projets de l'aérogare d'Alger et le métro d'Alger. Pour le premier projet, les appels d'offre pour la concession de l'exploitation des ouvrages n'étant pas attractifs pour les candidats, en raison de l'insuffisance de la rémunération. Alors que le projet du métro d'Alger lancé en 1980, puis se mettait à l'arrêt à cause des difficultés budgétaires qu'a connues l'Algérie. Ce projet a été relancé au début de l'année 2000 avec l'embellie financière, L'Entreprise du Métro d'Alger (EMA) avait proposé la mise en concession de la réalisation et de l'exploitation du métro d'Alger en raison des faiblesses techniques du maître d'ouvrage délégué. Cependant, cette proposition a été rejetée par les décideurs. Ces derniers ont avancé un refus éventuel des candidats, pour raison de la non rentabilité du projet résultant d'un prix du ticket nécessairement faible. Néanmoins, le prix du ticket est subventionné par le budget public même si la gestion étant publique¹²⁹. Alors que finalement, le métro d'Alger a été réalisé par voie des marchés publics, puis exploité par RATP El Djazaïr, filiale de la société française RATP, pour une durée de 8 ans. Le 1^{er} novembre 2020 l'EMA une EPE algérienne a repris toute seule, l'exploitation du métro d'Alger¹³⁰. Nous assistons ici à une forme particulière de PPP en Algérie : un marché public pour la réalisation des ouvrages puis une joint-venture entre une entreprise publique et un partenaire étranger à moyen terme pour exploiter les tramways en Algérie et le métro d'Alger. C'est une joint-venture pour transférer le savoir-faire managérial, technique et commercial.

139. Le deuxième argument avancé par les autorités publiques est que l'exportation des profits de l'opérateur privé pèserait sur la balance des paiements. Cet argument a été réfuté par la possibilité de prévoir des clauses de réinvestissement d'une partie des profits dans l'extension des ouvrages et services autoroutiers en contrepartie des avantages fiscaux accordés¹³¹. D'ailleurs, l'article 171 du code des impôts directs et taxes assimilées le prévoit¹³².

¹²⁹ BENACHENHOU, Abdelatif : « *La fabrication de l'Algérie* », op.cit. note n°121.

¹³⁰ BENALI, Arezki : « *Métro d'Alger : La gestion bientôt assurée par une entreprise algérienne* » <https://www.algerie-eco.com/2020/09/22/metro-dalger-la-gestion-bientot-assuree-par-une-entreprise-algerienne/> (Consulté le 20 novembre 2020)

¹³¹ BENACHENHOU, Abdelatif : « *La fabrication de l'Algérie* », op.cit. n°121

¹³² L'article 171 du code des impôts directs et taxes assimilées modifié et complété, prévoit que « *Sont déductibles du revenu ou du bénéfice imposable, jusqu'à concurrence de dix pour cent (10%) du montant de ce revenu ou bénéfice, dans la limite d'un plafond de cent millions de dinars (100.000.000 DA), les dépenses*

140. Quoi qu'il en soit, l'État algérien a conclu dans la même période certains contrats de PPP dont les formes sont caractérisées par un rôle renforcé de l'État dans le financement et le contrôle des projets.

B- Les formes de partenariat public-privé pratiquées en Algérie :

141. On a vu précédemment, que le contexte sécuritaire dans les années 1990 n'a pas donné lieu à une pratique digne d'intérêt de PPP, malgré l'existence des textes le permettant et d'autres lois incitatives à l'investissement étranger. La faiblesse du pouvoir d'achat du citoyen algérien et le déséquilibre de la balance des paiements ont aussi contribué à écarter la solution partenariale. Ajoutons à cela l'échec de certaines expériences de PPP dans le monde ayant contrasté leur bilan mitigé au niveau mondial. En revanche, la nécessité de promouvoir certaines infrastructures a rendu le recours à ce mode de financement et de gestion inévitable. Pour concilier entre les deux contextes opposés, la pratique a donné lieu à l'émergence de certaines formes de PPP adaptées, à partir des années 2000. Il s'agit soit des joint-ventures entre les entreprises étatiques et privées pour la gestion des terminaux portuaires (a) ou pour le dessalement de l'eau de mer ou bien des contrats de management pour la gestion des services publics de l'eau (c). La particularité de ces formes de PPP consiste en ce qu'elles consacrent un rôle important à l'opérateur public. D'autre part, elles ont émergé souvent dans des contextes d'urgence et par exception aux autres modes de financement et de gestion publics. Ainsi dans le domaine portuaire, on constate un manque à gagner énorme dans le transport maritime, à cause de l'obsolescence des infrastructures portuaires.

142. En tout état de cause, le modèle de PPP le plus marquant en Algérie, reste celui relatif au dessalement de l'eau de mer où onze stations de dessalement de l'eau de mer, réparties dans neuf Wilayas, ont été réalisées par voie de PPP, d'une capacité de production de 2,1 millions m³ par jour, ce qui représente 17% de l'eau potable distribuée¹³³. Les deux

engagées dans le cadre de la recherche développement au sein de l'entreprise, à condition que le montant admis en déduction soit réinvesti dans le cadre de cette recherche.

Les montants réinvestis doivent être déclarés à l'administration fiscale et également à l'institution nationale chargée du contrôle de la recherche scientifique.

Les activités de recherche développement en entreprise sont définies par un arrêté conjoint du ministre chargé des finances et du ministre chargé de la recherche scientifique ».

¹³³ Algerian Energy Company : Qui sommes-nous ? – AEC (site de l'AEC consulté le 22 novembre 2020).

stations restantes seraient réalisées sous formes de BOT¹³⁴ ou bien une autre forme de PPP¹³⁵.
(b).

a- Les contrats de concession pour la gestion des terminaux portuaires

143. Les infrastructures portuaires sont nécessaires pour l'économie d'un pays et en constituent l'artère du commerce international. A cet effet, l'amélioration de leur performance est requise. Ainsi, l'Algérie assure la quasi-totalité (près de 95%) de ses échanges extérieurs par voie maritime. Cependant, la vétusté des ports et l'échec de la gestion publique ont engendré un coût parmi les plus élevés dans le bassin méditerranéen. L'Algérie paie chaque année des surestaries énormes, estimées dans les années 2000 à plus de 150 millions de dollars par an¹³⁶. La gestion publique n'a pas pu y faire face, malgré la restructuration effectuée en 1982, par la création de dix entreprises portuaires locales et leur soumission au régime de droit privé en 1988. L'intervention du secteur privé est plus que nécessaire pour faire face à cet échec. A cet effet, le code maritime a été modifié en 1998 pour permettre le recours aux contrats de concession au profit des sociétés de droit algérien¹³⁷ et le décret exécutif 06-139 du 15 avril 2006 ayant fixé les conditions et les modalités d'exercice des activités de remorquage, de manutention et d'acconage dans les ports¹³⁸.

144. Dans ce contexte, deux partenaires étrangers ont pénétré le marché portuaire algérien, pour les ports de Bejaïa, Alger et Jijel. Il s'agit de la Société Singapourienne Portek et la société Dubaï Ports World (DP World). En ce qui concerne le Port de Bejaïa, un contrat de concession a été conclu en 2005 pour une période de 20 ans, au profit de Bejaïa Mediteranean Terminal BMT. Cette dernière constituée par une joint-venture détenue à hauteur de 51% par l'entreprise portuaire de Bejaïa (EPE) et 49% pour Portek. Avec un investissement initial de 19 millions USD. Alors que le manutentionnaire émirati DP World a conclu deux contrats de concession en 2009 après de longues négociations entamées en 2006. La concession consiste à créer des joint-ventures. Ainsi, une filiale a été créée dénommée DP World Djazaïr, détenue

¹³⁴ Ministère de l'énergie : « projet de dessalement de l'eau de mer », 3 juillet 2018. [\(Ministère de l'Énergie | Algérie \(energy.gov.dz\)\)](http://Ministère de l'Énergie | Algérie (energy.gov.dz)) (site consulté le 22 novembre 2020).

¹³⁵ Algérie ECO : « Dessalement de l'eau de mer : nécessité d'établir un nouveau modèle de partenariat, article de presse, publié le 22 juillet 2020, [\(Dessalement de l'eau de mer: nécessité d'établir un nouveau modèle de partenariat \(algerie-eco.com\)\)](http://Dessalement de l'eau de mer: nécessité d'établir un nouveau modèle de partenariat (algerie-eco.com)) (site consulté le 23 novembre 2020).

¹³⁶ MOHAMED-Chérif, Fatima Zohra et DUCRUET, César : « Du global au local : les nouveaux gérants des terminaux portuaires algériens », Revue en ligne « *L'espace politique* », 16/2012-1. <https://journals.openedition.org/espacepolitique/2294?lang=en> (consulté le 01 mars 2024).

¹³⁷ Cf. l'article 571-1 et 571-2 du code maritime modifié et complété par la loi n°98-05 du 25 juin 1998 modifiant et complétant l'ordonnance 76-80 du 23 octobre 1976 portant code maritime (JORADP n°47 du 27 juin 1998). P. 18.

¹³⁸ Décret exécutif n°06-139 du 15 avril 2006 fixant les conditions et les modalités d'exercice des activités de remorquage, de manutention et d'acconage dans les ports, (JORADP n°24 du 16 avril 2006), p. 16.

à part égale, entre l'Entreprise portuaire d'Alger et DP World. Ce contrat de concession a pour objet, la modernisation et équipement du terminal à conteneur du port d'Alger pour une durée de 30 ans, pour un capital initial de 20 millions USD, avec l'engagement du partenaire étranger d'investir dans cinq ans, 100 millions d'euro. La même structure a été prise au port de Djendjen avec le concessionnaire DP World Djendjen ¹³⁹.

145. L'Etat algérien veut poursuivre la même démarche avec le port d'Oran et un autre port de l'est du pays, à savoir Skikda ou Annaba¹⁴⁰.

b- Les contrats de DBOO pour le dessalement de l'eau de mer

146. L'Algérie s'affiche parmi les pays souffrant de la pénurie des ressources en eau, estimée en 2002 à 478 m³ /habitant/an. Tandis que le seuil de rareté fixé par la Banque Mondiale est à 1000 m³ /habitant/an. Pour y faire face, le gouvernement a été contraint de recourir au dessalement de l'eau de mer. Un procédé nécessitant des financements colossaux et un savoir-faire particulier. A cet effet, le ministère des ressources en eau et le ministère chargé de l'énergie ont piloté ce projet, en créant *The Algerian Energy Company* (AEC). Une entreprise publique économique créée en 2001, dont les actionnaires à parité, étaient la SONELGAZ et SONATRACH. Cette dernière est devenue ensuite, la propriétaire unique depuis 2019. Ainsi, l'AEC a été chargée de financer, de construire et d'exploiter treize stations de dessalement de l'eau de mer, réparties sur le littoral algérien. Pour réaliser ces missions, l'AEC avait besoin des partenaires étrangers. A cet effet, elle a conclu avec plusieurs partenaires étrangers, des contrats de type DBOO (*Design, Build, Operate and Own*).

147. La technique de financement retenue est le *project finance*, (hormis celui de KAHARAMA, à Arzew où le projet a été financé sur fonds propre)¹⁴¹. Ainsi, les financements sont assurés par des banques locales (entre 70% et 80%). Exception faite, pour la station d'El Hamma à Alger où le financement a été assuré par l'agence gouvernementale américaine *Overseas Private investment corporation* (OPIC, devenue récemment, *U.S. International Development Finance : DFC*) assurant 70% des financements.

¹³⁹ MOHAMED-Chérif, Fatima Zohra et DUCRUET, César : « Du global au local : les nouveaux gérants des terminaux portuaires algériens », op.cit. note n°136.

¹⁴⁰ Algérie Eco : « Ports d'Oran et Skikda : Les terminaux à conteneurs bientôt exploités par des étrangers », article de presse publié le 14 février 2020. <https://www.algerie-eco.com/2020/02/14/ports-doran-skikda-terminaux-conteneurs-exploites-etranagers>

¹⁴¹ <https://aec.dz/portfolio/usine-de-kahrama/>

148. L'AEC a été le promoteur dans les sociétés de projets avec plusieurs sociétés étrangères partenaires. On peut citer à titre d'exemple, la société américaine GE Ionics, dont les propositions jugées parmi les meilleures¹⁴², le groupe espagnole GEIDA, et l'Algérienne des Eaux.

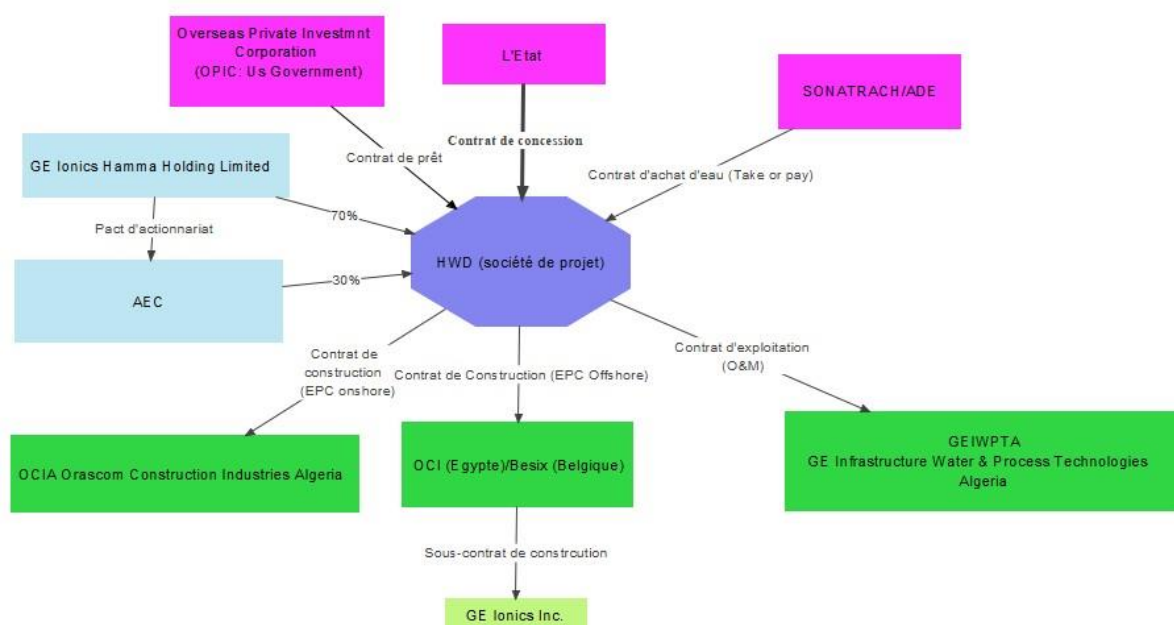
149. Il faut signaler que la structure des projets avait été modifiée après la promulgation de la loi de finances complémentaire pour 2009. Cette dernière a complété l'ancien code d'investissement de 2001 (Abrogé en 2016), en soumettant les investisseurs étrangers de réaliser leurs investissements, dans le cadre de partenariat dont l'actionnariat national résidents devrait représenter 51% au moins du capital social. Le même article de cette loi, dans son dernier alinéa, a aussi, interdit le recours au financements extérieurs. Ce qui a freiné l'essor de la technique « *project finance* » en Algérie¹⁴³. Puis la loi de finances pour 2016, dont l'article 55 a atténué cette restriction en permettant le recours au financement extérieurs, exceptionnellement, pour la constitution du capital ou pour la réalisation des investissements stratégiques par des sociétés de droit algérien, après une autorisation du gouvernement, au cas par cas¹⁴⁴.

150. Ces sociétés de projets ont sous-traité à leurs tours, certaines opérations, à travers des contrats de construction de type EPC, avec des firmes étrangères telles que SNC Lavalin (Station de Fouka), ou Orascom (Station d'El Hamma). Des contrats d'exploitation de type O&M (contrat d'opération et de maintenance) ont été conclus aussi, avec plusieurs sociétés étrangères, telles que la société omanaise SOGEX Oman (Station KAHRAMA à Arzew), ou bien, la firme singapourienne Hyflux (la station d'El Mactaa), et la canadienne SNC Lavalin pour la station de Fouka.

¹⁴² Benachenhou, Abdelatif : « *Les nouveaux investisseurs* », Alpha Design, mai 2006.

¹⁴³ L'article 58 de la loi de finances complémentaire pour 2009, complétant l'ordonnance n°01-03 relative au développement de l'investissement, par l'article 4 bis.

¹⁴⁴ Article 55 de la loi n°15-18 du 30 décembre 2016, portant loi de finances pour 2016, JORADP n°72 du 31 décembre 2015.



La structure du projet de dessalement d'El Hamma Water Desalination ¹⁴⁵.

c- Les contrats de management pour la gestion des services publics de l'eau et de l'assainissement

151. Les services publics de l'eau et de l'assainissement en Algérie, sont gérés principalement, par des établissements publics à caractère industriel et commercial (EPIC). Cela est conforme à la nature de ces services publics de l'eau constituant un monopole naturel local et la gestion publique devrait être l'option la plus judicieuse¹⁴⁶. Cependant en Algérie, la gestion publique de ces services, n'a pas été efficace en termes de gestion technique, commerciale et managériale : des coupures de l'eau fréquentes, mettant en péril la continuité des services publics, des fuites dans les réseaux de distribution estimées à 40%. Des fuites commerciales et défaillance de la gestion clientèle, etc. Ces problèmes sont fréquents surtout dans les grandes villes en termes de densité démographique. Ainsi, les autorités algériennes ont fait appel à des firmes étrangères pour la gestion de ces services, dans les quatre grandes villes algériennes, en l'occurrence, Alger, Oran, Constantine, et Annaba/Taref. Cela par voie

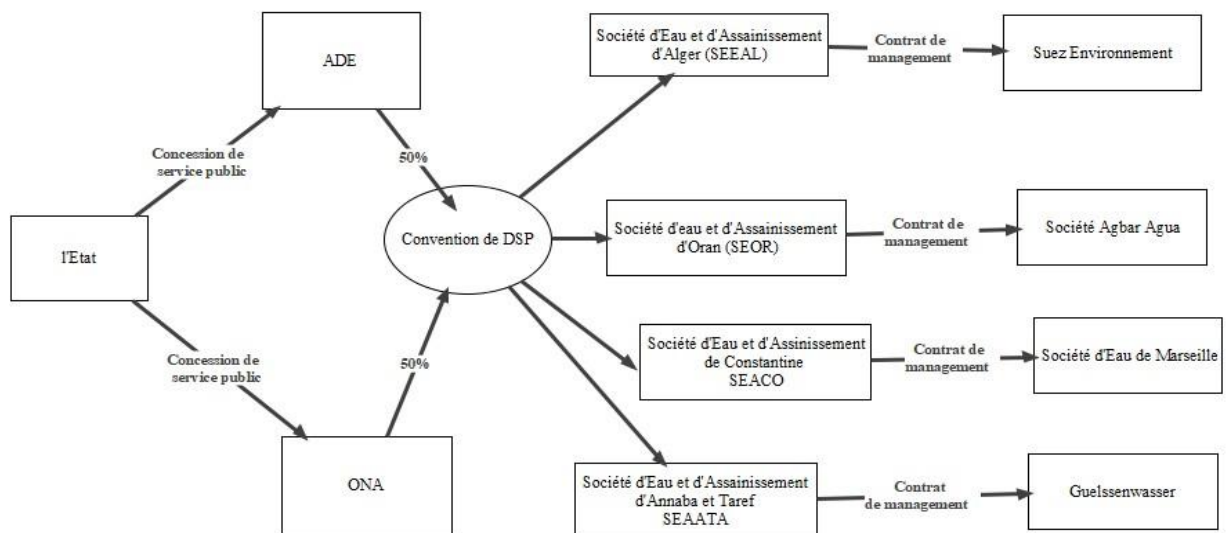
¹⁴⁵ Schéma dessiné par l'auteur à partir du site de la société du projet HWD, et validé par Maître Mustapha HAMZA, l'élaborateur du Montage DBOO

<https://hwd-dz.com/cms/fr/> (site consulté le 20 novembre 2020).

¹⁴⁶ AHMANE, Kheira : « Le contrat international de l'eau : contribution à une étude de partenariat public-privé », op.cit. note n°127. P. 16.

de conventions de délégation de service public, sous forme de contrat de management¹⁴⁷. Cette formule contractuelle permet de transférer le savoir-faire des firmes étrangères expérimentées, plutôt que d'attirer des capitaux étrangers. Ainsi, le financement des équipements et la rémunération du partenaire privé, est 100% publique.

152. Ainsi, l'ADE et l'ONA ont été fusionnés, à parité pour créer des EPE de Wilaya (SEAAL pour Alger, SEOR pour Oran, SEACO pour Constantine et SEATA pour Annaba/Taref). Ces deux EPIC ont délégué la gestion des services publics de l'eau et de l'assainissement, à ces filiales d'exploitation. Ces dernières ont à leurs tours, conclu des contrats de management avec des sociétés étrangères, qui sont respectivement, Suez Environnement, Agbar Agua, Société d'Eau de Marseille et enfin, Guelssenwasser¹⁴⁸.



153. Le rôle de l'État est primordial dans ces conventions de DSP, dans la mesure où c'est l'État qui a financé ces contrats de management et pas l'ADE ni les filiales d'exploitation. L'État est présent aussi, dans l'approbation des conventions de DSP, la modification, la prolongation ou l'annulation des conventions de DSP dans la mesure où ces opérations font l'objet d'un arrêté conjoint du ministre de l'intérieur et le ministre des ressources en eau¹⁴⁹.

¹⁴⁷ AHMANE, Kheira : « Le contrat international de l'eau : contribution à une étude de partenariat public-privé », op.cit. note n°127. p. 45.

¹⁴⁸ *Ibid.* p. 156.

¹⁴⁹ Article 107 de la loi n° 05-12 du 04 août 2005 relative à l'eau, op.cit. note n°16. Cf. aussi l'article 4 du décret exécutif n°10-275 du 04 novembre 2010 fixant les modalités d'approbation de la convention de délégation des services publics de l'eau et de l'assainissement. JORADP n°68 du 10 novembre 2010

C- La nécessité d'établir un cadre juridique pertinent pour les PPP

154. Nous avons évoqué plus haut que les formes de PPP pratiquées en Algérie, sont basées sur le savoir-faire et un fort déploiement des financements publics dans ces contrats. Cela peut être justifié par l'aisance financière qu'a connue le pays dans la première décennie 2000. Cependant, l'Algérie a connu depuis 2015 une rechute des prix des hydrocarbures. C'est ainsi que l'ère de l'embellie financière est révolue en Algérie, un pays fort dépendant de ses rentes pétrolières. Cette crise s'est accentuée par la crise pandémique parue en 2020 ayant affectée les économies de tous les pays du monde, y compris les grandes puissances mondiales. Les ressources financières pour réaliser les infrastructures publiques connaissent un déficit énorme.

155. C'est ainsi que l'article 37 de loi organique n°18-15 relatives aux lois de finances a permis à l'État de recourir à un financement total ou partiel d'opération d'investissement public, dans un cadre contractuel ou de PPP, dans le respect du cadre du dépense à moyen terme et des programmes retenus du secteur concerné.¹⁵⁰ Le rapport de présentation de la loi de finances pour 2021 a aussi, misé sur les PPP pour remédier aux difficultés financières et combler les dépenses d'équipements. Une option à la fois nécessaire mais trop risquée si elle n'est pas utilisée à bon escient.

156. En effet, pour faire réussir les PPP, il faut instaurer une loi attractive pour les PPP, favorisant les principes de la mise en concurrence. L'instauration d'une loi régissant les ppp permet à la fois de protéger les biens publics et d'attirer l'investisseur privé cherchant à investir à partir d'un cadre juridique claire et lisible. Ainsi, pour concilier les deux approches, il faut respecter les principes de la mise en concurrence, l'égalité de traitement des candidats et la transparence des procédures d'attribution des contrats de PPP. La création d'un climat concurrentiel permettrait d'avoir des offres avec un meilleur rapport qualité/prix. Cependant, les principes de la commande publique sont difficiles à mettre en œuvre dans les contrats de PPP. Ces derniers sont des contrats risqués de longue durée, portant un transfert de risque significatif au partenaire privé, et ce contrairement, aux marchés publics. Par conséquent, les procédures d'attribution de ces contrats doivent donner au partenaire privé le droit de négocier ses engagements contractuels. Ainsi, On a vu précédemment que la CNUDCI a émis en 2019, un guide législatif et des dispositions législatives type, régissant les PPP. Ces derniers ont recommandé certains mécanismes d'attribution adaptés à la complication des contrats de

¹⁵⁰ La loi organique n°18-15 du 2 septembre 2018 relatives aux lois de finances, JORADP n°53 du 2 septembre 2018.

PPP¹⁵¹. Cette loi devrait aussi instaurer des mécanismes juridiques visant à respecter les principes du service public, si le contrat de PPP porte sur une délégation de service public au secteur privé.

157. De surcroît, les PPP sont basés, en réalité sur des relations tripartites. Le partenaire public visant à la protection de l'intérêt général et les deniers publics ainsi que leur optimisation ; les opérateurs économiques privés cherchant du profit et d'agir dans un climat pertinent à l'investissement et enfin, l'utilisateur comme un récepteur final du service public, cherchant à avoir un service de qualité à un prix abordable. Le citoyen devrait être représenté par le partenaire public à travers le mandat qu'il avait donné aux autorités publiques.

158. Pour faire réussir les PPP, il faudrait améliorer les conditions dans lesquelles agissent les parties à la relation partenariale. Ainsi, il faut renforcer le rôle régulateur du partenaire public. Ce dernier demeure le protecteur de l'intérêt général et le droit des usagers. En revanche, il faudrait instaurer un climat favorable pour les investisseurs étrangers par des lois attractives à l'investissement,

159. A cet effet, le recours aux PPP devrait être exceptionnel et conditionné soit par le manque des financements publics ou bien le manque du savoir-faire nécessaire pour gérer certains services publics. Ainsi l'Algérie devrait tirer des leçons des pratiques de PPP dans le monde et choisir les projets dans lesquels les PPP sont pertinents et adaptés au citoyen algérien dont le pouvoir d'achat demeure en dessous des normes et dans la culture ancrée de « *tout État* » et tout est gratuit ou subventionné. D'où vient l'importance de la redéfinition du rôle de l'Etat, devant améliorer le pouvoir d'achat du citoyen.

160. Ainsi, l'option de PPP devrait concerner dans une première étape, les grandes infrastructures créatrices de richesse, telles que les ports, grandes autoroutes, et les énergies renouvelables. Les financements publics devraient être concernés les fonctions sociales.

¹⁵¹ Supra. §5.

§2- Le marché de partenariat français : un renouveau pour les marchés publics

161. A côté du contrat de concession français, un deuxième type est apparu depuis l'année 2002. Il s'agit d'un nouveau type de partenariat inspiré du modèle anglais du PFI et dont la rémunération est assurée par la personne publique, tel qu'un marché public, à la différence que la rémunération est étalée dans le temps et liée aux objectifs de performance, ainsi, le paiement différé a été autorisé. La différence aussi avec un marché public classique que ce genre de contrat confie au partenaire privé une mission globale allant à la maîtrise ouvrage déléguée, le préfinancement avec des techniques de financement innovantes telles que le *project finance*, la conception, la réalisation, l'entretien et l'exploitation d'un ouvrage public, sans toutefois déléguer la gestion des services publics. Cette dernière reste à la charge du partenaire public. Cela contrairement au contrat de concession. Ce contrat a donné lieu à la naissance d'un marché public complexe, basé sur le préfinancement suivant la technique « *project finance* ».

162. Attachés à la notion de service public, les français se sont inspirés de cette technique de leur homologue anglais avec la politique du PFI pour résoudre de problèmes divers, entre autres, l'incapacité des pouvoirs publics à financer certains équipements publics, servant de support pour des services publics régaliens non déléguables ou nécessaires pour la santé publique et dont le modèle concessif ne peut résoudre le problème de manque de financement. Ce qui a poussé les décideurs publics à revoir leur réglementation. C'est ainsi que les premiers « partenariats » sectoriels ont commencé à apparaître depuis 2002, dans des secteurs régaliens comme la sécurité intérieure et la justice pour construire des bâtiments de police, de gendarmerie nationale et des prisons. Il a été aussi, apparu dans le secteur de la santé pour la rénovation ou la construction des hôpitaux publics, dont le taux de vétusté a atteint 67%. Le recours au secteur privé devrait réduire de 15 ans à trois ans, le temps de la réalisation des équipements de la santé.

163. Ultérieurement, en 2004, cette logique partenariale a été généralisée pour tous les secteurs en promulguant l'ordonnance 2004-559 sur le contrat de partenariat. Toutefois, le recours au contrat de partenariat français n'est pas systématique, et ce contrairement à la PFI anglaise qu'est une politique générale ayant connu un recours massif. Ainsi, le recours au contrat de partenariat français est conditionné par le caractère « *urgent* » et « *complexe* » de l'opération. Ces deux conditions ont restreint le recours au contrat de partenariat, en premier temps, ce qui a poussé le législateur à revoir l'ordonnance, en 2008 et élargir le recours au

contrat de partenariat s'il présente de « l'efficacité économique » après avoir franchi l'étape de l'évaluation préalable avant le lancement du projet, une procédure semblable au « *public sector compatore* » connu au Royaume Uni.

164. En 2015, et sous l'influence du droit européen qui considère ce type de montage comme un marché public « complexe » de travaux. Le législateur a rebaptisé le contrat de partenariat, « marché de partenariat » et l'a introduit dans la catégorie marché public, dans la nouvelle loi sur les marchés publics de 2015 abrogeant l'ordonnance 2004-259.

165. Ces contrats sont qualifiés par la doctrine française, à l'époque par les PPP *stricto sensu*, par opposition au PPP *lato sensu*, comprenant les DSP et autres formules contractuels connues en France, comme le bail emphytéotique administratif (BEA), l'occupation temporaire du domaine public (AOT), etc.

166. Plusieurs législations comparées de tradition latino germanique se sont inspiré du système français et ont édicté des lois similaires. C'est le cas de la Tunisie qui à côté de la loi sur la concession de 2008, a promulgué une loi en 2015 sur le contrat de partenariat public-privé. Ce dernier a été défini par l'article 1 de cette loi : « *Le contrat de partenariat public privé : est un contrat écrit à durée déterminée, par lequel une personne publique confie à un partenaire privé une mission globale, portant totalement ou partiellement sur la conception et la réalisation d'ouvrages, d'équipements ou d'infrastructures matérielles ou immatérielles nécessaires pour assurer un service public.*

*Le contrat de partenariat comporte le financement, la réalisation ou la transformation et la maintenance moyennant une rémunération versée par la personne publique au partenaire privé pendant la durée du contrat et conformément aux conditions qui y sont prévues et désigné ci-après « contrat de partenariat »*¹⁵². Et c'est ainsi que les PPP ont pris une définition très stricte des PPP en excluant le contrat de concession (classique ou BOT). Cela va à l'encontre des définitions données par les instances internationales telles que la CNUDCI dans ses travaux de 2019 sur les PPP.

¹⁵² Article 1 de la loi n° 2015-49 du 27 novembre 2015, relative aux contrats de partenariat public privé, Journal officiel de la République Tunisienne n°96 du 1^{er} décembre 2015. P. 2855.
<http://www.legislation.tn/sites/default/files/fraction-journal-officiel/2015/2015F/096/Tf2015491.pdf>

Conclusion du chapitre 1

169. Les PPP prennent plusieurs formes contractuelles tantôt simples telles que le contrat de concession classique ou les formes de délégation de service public (concession de service public, affermage, régie intéressée et gérance). Tantôt complexes, telles que les BOT et ses dérivés. Le mode de rémunération peut être un paiement public ou par l'utilisateur.

170. D'autres contrats sous-jacents sont conclus par le partenaire privé, à savoir : un pacte d'actionariat entre les promoteurs en vue de créer une société de projet devenant de plein droit la partie concessionnaire, après la procédure d'attribution, un contrat de concession entre la société de projet d'une part et l'autorité concédante, définissant les droits et obligations respectifs des parties. D'autres part, la société de projet conclut quant à elle une série de contrats avec d'autres sociétés, à savoir un contrat de conception-construction (souvent un contrat clé en main à prix fixe et à date certaine). Dans les grands projets d'infrastructures, on conclut souvent des contrats EPC. Des contrats de financements avec des prêteurs juniors ou subordonnés, des contrats d'assurance, etc¹⁵³.

171. Cependant, le trait commun entre ces deux formes simple et complexe reste le contrat de concession qui constitue le socle juridique, qui a su gagner du terrain dans les législations modernes et même s'étendre pour englober les autres formes du PPP. Cela sans oublier les marchés publics complexes comprenant un transfert de risque à l'opérateur privé, en France constituant aussi, le socle juridique pour les marchés de partenariat français. Les dispositions législatives-type de la CNUDCI sur les PPP, ont regroupé en l'année 2020 le contrat de concession et le marché public, en un seul vocable qu'est le contrat de PPP pour qu'il soit le support juridique pour les types concessifs des PPP et les types non concessifs. Ainsi, le contrat de PPP constitue l'accord de projet du contrat de PPP qu'est un accord entre le pouvoir adjudicateur et le partenaire privé, qu'il soit une société concessionnaire ou délégataire dans les formes classiques ou bien une société de projet dans les formes complexes.

172. C'est ainsi que nous allons porter notre attention sur ce contrat, en étudiant sa qualification dans le chapitre suivant.

¹⁵³ Cf. Supra. §. 104.

Chapitre 2 : La qualification juridique des partenariats public-privé

173. On a pu soulever précédemment, que le contrat de PPP peut se baser sur un contrat de concession ou un marché public, constituant le socle juridique des PPP, et ce quoi que ce soit la forme de PPP, une forme simple ou bien complexe telle qu'un montage BOT.

174. Ces contrats peuvent être conclus avec des nationaux résidents ou bien avec des partenaires étrangers. Ils peuvent également, être en contact avec plusieurs ordres juridiques ou portant sur un mouvement des biens et/ou services par-dessus les frontières. En outre, le contrat de PPP peut être international ou bien un contrat interne.

175. Ces différents contrats adossés au contrat de concession ne posent généralement, pas de problèmes particuliers de qualification juridique pour soulever leur arbitrabilité. Généralement, les contrats de la société de projet ou bien le concessionnaire avec ses sous-traitants, sont des contrats de droit privé. Par conséquent, quoi qu'il s'agisse de contrat interne ou international. Ces contrats sont arbitrables.

176. Ce qui nous intéresse dans tous ces contrats est le contrat de concession ou bien le contrat de PPP, selon les textes de la CNUDCI régissant les PPP.

177. En effet, la nature de ce contrat peut varier selon son caractère interne ou international. Si ce contrat est d'ordre interne, il a la nature d'un contrat administratif (**section 1**). Cependant, si un élément d'extranéité existe, cela pourrait bouleverser cette nature administrative du contrat de PPP. L'internationalité du contrat de PPP va compliquer la tâche de la recherche de la vraie qualification juridique du contrat international de PPP (**section 2**).

Section 1 : La qualification juridique du contrat de PPP d'ordre interne

178. La notion du contrat administratif est une notion propre au système du dualisme juridictionnel. C'est un contrat relevant du droit public et dont le contentieux relève de la compétence des juridictions administratives. (**Sous-section 1**). En revanche, cette notion est étrangère dans la culture des pays relevant du *Common Law* ou le système du monisme juridictionnel. Selon ce système, tous les contrats relèvent du même régime juridique, le *Common Law* en dépit de la qualité des parties au contrat public ou privé, et la nature de son

objet. Cependant, certains éléments viennent de nuancer ce principe et attribué le caractère public au contrat de PPP dans les pays du monisme juridictionnel (**sous-section2**).

Sous-section 1 : La qualification juridique des PPP d'ordre interne dans les pays du dualisme juridictionnel

179. Le contrat de PPP, selon les pays du droit administratif, est un contrat comportant tous les critères permettant de lui attribuer le caractère administratif. Tout d'abord, une des parties au contrat est une personne morale de droit public. Par conséquent, le critère organique est disponible. Le droit algérien se penche sur ce critère pour qualifier un contrat d'administratif. C'est ainsi que l'article 800 du nouveau code de procédures civiles et administratives algérien le confirme, en attribuant les litiges impliquant l'État, les collectivités locales et les établissements publics à caractère administratif à la compétence des tribunaux administratifs¹⁵⁴. A moins que le contrat de PPP soit conclu par une entreprise publique économique ou un établissement public à caractère industriel et commercial, si on penche bien sûr, sur une acception plus extensive des PPP. Dans ce cas de figure, le PPP revête le caractère d'un contrat de droit privé, en vertu des lois d'autonomie parues dans l'année 1988, en soumettant ces personnes au régime du droit privé et les litiges y découlant, aux juridictions ordinaires¹⁵⁵.

180. En France, le berceau du système du dualisme juridictionnel, le critère organique ne suffit pas à lui seul pour attribuer le caractère administratif à un contrat donné. Ainsi, deux autres critères subsidiaires relatifs à l'objet du contrat, dits « critères matériels » s'accumulent alternativement, au critère organique. À savoir, l'existence d'une clause exorbitante au droit commun, et ce depuis 1912 à l'occasion de l'arrêt du Conseil d'État français dans l'affaire CE : 31 juillet 1912 « Société de granite porphyroïde des Vosges c/ La ville de Lille »¹⁵⁶. Ainsi, en dépit du critère organique, un contrat comporte une clause exorbitante est qualifié d'administratif. Il s'agit d'une clause inusuelle dans les contrats privés, telle que la clause permettant au partenaire public de modifier ou de résilier unilatéralement, le contrat, ou bien les pouvoirs exorbitants conférés au partenaire public tels que le pouvoir du contrôle et de la

¹⁵⁴ La loi 08-09 du 25 février 2008, portant code de procédures civiles et administratives, JORADP n°21 du 23 avril 2008, modifiée et complétée par la loi n°22-13 du 12 juillet 2022, JORADP n°48 du 17 juillet 2022.

¹⁵⁵ La loi 88-01 du 12 janvier 1988 portant loi d'orientation sur les entreprises publiques économiques, p.18 ; la Loi n°88-02 du 12 janvier 1988 relative à la planification, p. 24 et la loi n°88-04 du 12 janvier 1988 relative aux fonds de participation, p. 27. JORADP n°2 du 13 janvier 1988.

¹⁵⁶ Arrêt du Conseil d'État du 31 juillet 1912, Société des Granits porphyroïdes des Vosges contre la Ville de Lille req. n° 30701, publié au Recueil Lebon (ECLI : FR:CEORD:1912:30701.19120731). <https://www.legifrance.gouv.fr/ceta/id/CETATEXT000007634187/>

supervision des opérations. Le critère de la clause exorbitante est qualifié de volontariste car il suffit aux parties d'insérer une clause exorbitante pour attribuer le caractère administratif au contrat¹⁵⁷. En somme, c'est une clause impliquant dans l'intérêt général, que le contrat « *relève du régime exorbitant du droit administratif* »¹⁵⁸. La majorité des formes de PPP, comme la concession ou la DSP comportent ce type de clauses. C'est ainsi qu'en droit algérien, la réglementation relative à la DSP, confère à l'autorité délégante le pouvoir de contrôler, de modifier ou résilier unilatéralement, la convention de la DSP¹⁵⁹.

181. Un autre critère alternatif au critère de la clause exorbitante a été dégagé par la jurisprudence Époux Bertin et l'affaire du *Ministère de l'agriculture c/ Consorts Grimouard* et autres en 1956¹⁶⁰. En l'occurrence, la contribution du contrat à l'exécution d'un service public. En effet, le partenaire privé dans les PPP, assure généralement la gestion d'un service public, directement, en gérant le service public. Tel est le cas de certains contrats de concession de services publics, et les DSP, ou indirectement, comme le cas des marchés de partenariat où le partenaire privé gère les bâtiments support d'un service public¹⁶¹.

182. Ceci dit pour les critères jurisprudentiels, un autre critère qui a pris la place de la jurisprudence administrative, après le mouvement de codification des règles du droit administratif. Ainsi, le critère du contrat administratif par détermination de la loi est le plus courant actuellement. En vertu de ce critère, c'est le législateur qui attribue le caractère administratif à un contrat donné. Ceci, en dépit de la présence des critères jurisprudentiels susvisés, ou leur absence.

183. En effet, le législateur peut qualifier directement, le contrat d'administratif. Tel est le cas en France, pour les marchés publics ou bien les contrats de concession conclus par des personnes morales de droit public (voir l'article L6 du code de la commande publique)¹⁶². On a vu précédemment, que ces contrats constituent les principales formes de PPP en France. Ainsi, on peut confirmer la nature administrative des PPP d'ordre interne, en France.

¹⁵⁷ COLIN, Frédéric « *L'essentiel du droit des contrats administratifs* », Édition Gualino, Lextenso, 2019.

¹⁵⁸ T.C. 13 octobre 2014, SA AXA France IARD, Recueil Lebon 3963.

¹⁵⁹ L'article 62 du décret exécutif 18-199 relatif à la délégation de service public, Op.cit. note 20.

¹⁶⁰ CE. 20 avril 1956, Époux Bertin cf. COLIN Frédéric : « *L'essentiel des grands arrêts de la jurisprudence administrative* », Ed. Gualino Lextenso, Paris, 2019/2020. Cf. Aussi, LONG, M. ; WEIL, P. et BRAIBANT, G. « *Les Grands Arrêts de la Jurisprudence Administrative* ». éd. Sirey 1962.

¹⁶¹ Ordonnance n° 2018-1074 du 26 novembre 2018 portant partie législative du code de la commande publique. (France). Op.cit. note n°51.

¹⁶¹ Le décret exécutif n°18-199 relatif à la délégation de service public, Op.cit. note. 20. p.5. (Droit algérien).

¹⁶² Ordonnance n° 2018-1074 du 26 novembre 2018 portant partie législative du code de la commande publique., op.cit. note n°51. (Droit français)

184. En Algérie, le décret exécutif 18-199 relatif à la DSP, a consacré expressément, le caractère administratif de la convention de DSP. Ainsi, son article 6 prévoit que : « *La convention de délégation de service public est un contrat administratif, conclu conformément à la législation, la réglementation en vigueur et les dispositions du présent décret* »¹⁶³.

185. Le législateur peut aussi qualifier indirectement, le contrat d'administratif, en soumettant les litiges en découlant, à la compétence des juridictions administratives¹⁶⁴. C'est le cas du législateur algérien dans l'article 800 code de procédures civiles et administratives, consacrant le critère organique, sans prendre en compte la présence de l'un des critères matériels¹⁶⁵. Ainsi, si on part du constat que les textes sectoriels régissant les contrats de concession en Algérie, servent de base juridique pour les PPP en Algérie. On peut déduire que ces contrats sont qualifiés d'administratif, si l'autorité concédante est une des personnes morales de droit public, citées dans l'article 800 du CPCA, à savoir, l'État, les collectivités locales et les établissements publics à caractère administratif.

Sous-section 2 : vers la publicisation du contrat de PPP dans les pays anglo-saxon

186. La tradition des pays relevant du *Common Law* veut que les contrats relèvent du même régime juridique et ce, quoi que ce soit la qualité des parties, publique ou privée. Selon Dicey, le contrat relève d'un seul régime juridique que ce soit public ou privé, le *Common Law* et soumis au principe de « *the rule of law* »¹⁶⁶.

187. Cependant, cette donne est nuancée actuellement. Ainsi, on assiste à des prémisses d'un régime juridique régissant « *the government contracts* » en gestation. Mais ce régime ne signifie pas un régime juridique distinct du régime de contrats de droit privé. Selon M. A.C.L. Davies « *Cela ne signifie pas nécessairement qu'il faille se référer à un « droit public du contrat » entièrement séparé du droit privé contractuel. Mais cela suppose le développement d'un « droit des contrats publics » : un corps de principes de droit public*

¹⁶³ JORADP n°48 du 5 août 2018, Op.cit. p.5.

¹⁶⁴ COLIN, Frédéric « *L'essentiel du droit des contrats administratifs* », op.cit. note n°157.

¹⁶⁵ La loi 08-09 du 25 février 2008 portant code de procédures civiles et administratives, op.cit. note n°154.

¹⁶⁶ AUBY, Jean-Bernard : « *Actualité du droit anglais des contrats publics* » RFDA, 2006 p. 1013.

venant compléter ou modifier le droit ordinaire du contrat lorsque l'administration est partie »¹⁶⁷.

188. Plusieurs facteurs ont milité pour la publicisation des contrats conclus par l'administration publique, en droit anglo-saxon. D'ailleurs, au Royaume Uni et même au Canada pendant l'occupation anglaise, il y'avait historiquement dans « *les contrats de la couronne* » conclus pour la réalisation des travaux et l'acquisition des biens, un certain déséquilibre contractuel entre les parties en faveur de l'État au détriment de son cocontractant privé. Ce déséquilibre de la relation contractuelle n'était pas fondé sur l'intérêt général mais sur le principe « *the king can do no wrong* »¹⁶⁸. Même si ce raisonnement s'est perdu de vue actuellement, l'influence du droit de l'Union Européen sur le droit anglais avant le *Brexit* et la mondialisation du droit à travers les instances internationales, ont contribué à l'émergence d'un nouveau régime régissant les contrats publics. A cet effet, on constate des éléments permettant d'attribuer le caractère administratif aux contrats publics dans les pays anglo-saxons.

189. Ces éléments concernent spécifiquement, les règles de passation des contrats publics, les moyens de recours et les pouvoirs offerts à l'administration publique pendant l'exécution du contrat, pour modifier le contrat pour le motif de l'intérêt général.

190. Pour la passation des contrats de PPP, l'Union Européenne a promulgué des directives pour la passation des marchés publics et les concessions visant à respecter le principe de la mise en concurrence entre les opérateurs économiques, le principe de l'égalité, la liberté d'accès, la publicité et la transparence des procédures de sélection des partenaires privés. Ces directives transposées en droit anglais, supposées étrangères à la tradition anglaise en matière du droit des contrats, ayant contribué à la publicisation des contrats de la commande publique au Royaume Uni¹⁶⁹.

191. Ces principes ont été aussi adoptés par d'autres pays de tradition anglo-saxonne, en vertu d'autres instruments internationaux, tantôt contraignants comme l'accord plurilatéral

¹⁶⁷ A. C. L. Davies, Fellow : « Le droit anglais face aux contrats administratifs : en l'absence de principes généraux garantissant l'intérêt public, une maison sans fondation ? » , (article traduit par : Anne-Elisabeth Courrie). RFDA, 2006, page 1039.

¹⁶⁸ MICALEF, Romain « L'internationalisation du droit des contrats publics en France et au Canada » thèse en cotutelle entre l'Université Laval, Québec, Canada et l'Université d'Aix-Marseille, France, année 2019. P. 85.

¹⁶⁹ GABAYET, Nicholas : « Les mutations du droit administratif anglais sous l'influence du droit de l'Union européenne », RDP n°2, 01 mars 2017. P.296.

de l'OMC sur les marchés publics¹⁷⁰, dont les principaux signataires sont les États-Unis, le Canada, le Japon et la Chine, ou comme l'accord ALENA entre le Canada, les États-Unis et récemment le Mexique, ou bien, non contraignants, comme les guides législatifs et les dispositions législatives types de la CNUDCI sur les PPP, les marchés publics ou sur les projets d'infrastructures à financement privé. Ces instruments sont devenus universels, en dépit de leur caractère non contraignant, dans la mesure où ils concrétisent les principes de la mise en concurrence, l'égalité, la transparence et la liberté d'accès.

192. L'influence des directives européennes sur le droit anglais, ne concerne pas que les procédures de passation. Ainsi, pour l'exécution, la modification des contrats ne doit pas être substantielle et leur cession doit être conditionnée. La transposition de la directive 2014-23 a aussi permis de créer un régime spécifique aux contrats de type concessif¹⁷¹.

193. Ceci s'ajoute à la reconnaissance des pays de Common-Law, la dotation de l'administration des pouvoirs exorbitants, de contrôle de l'exécution des contrats publics et le pouvoir de modification unilatérale qui sont, selon Mme Sophie Lemaire, la principale ligne de démarcation entre les contrats administratifs et les contrats de droit commun, aux États-Unis comme en Grande Bretagne ¹⁷².

194. Finalement, en matière de contentieux, la directive recours de 2009 permet de l'annulation par le juge, les contrats conclus en violation des directives. Avant cette directive, le juge anglais ne pouvait pas annuler un contrat public à l'occasion du recours *Judicial Review*. Ce dernier est une procédure comparable à celle connue en droit continental relative au recours pour excès de pouvoir contre les décisions administratives illégales, au sein d'une chambre administrative relevant du *High Court of Justice* d'Angleterre et du Pays de Galles. Le juge anglais pouvait néanmoins annuler des actes détachables au contrat public, sur demande d'un candidat évincé à l'issue d'une procédure d'appel d'offre, ou sur la demande du cocontractant de l'administration d'annulation d'une décision unilatérale modifiant ou mettant fin d'un contrat public¹⁷³.

¹⁷⁰ OMC : l'Accord sur les marchés publics. https://www.wto.org/french/tratop/f/gproc/f/gp_gpa_f.htm (consulté le 08 octobre 2020).

¹⁷¹ GABAYET, Nicholas : « Les mutations du droit administratif anglais sous l'influence du droit de l'Union européenne », op.cit. note n°169. P. 296.

¹⁷² LEMAIRE, Sophie : « Les contrats internationaux de l'administration », LGDJ Paris 2005

¹⁷³ A. C. L. Davies, Fellow : « Le droit anglais face aux contrats administratifs : en l'absence de principes généraux garantissant l'intérêt public, une maison sans fondation ? op.cit. note n°167. P.1041.

Section 2 : La qualification juridique des partenariats public-privé d'ordre international

195. La présence des éléments d'internationalité dans un contrat de PPP est une très fréquente. Ainsi le contrat de PPP est un contrat international, selon le critère économique portant sur le mouvement des biens et/ou des services par-dessus des frontières ou bien selon le critère juridique portant sur des éléments d'extranéité mettant en présence plusieurs ordres juridiques.

196. Ces éléments d'internationalité bouleversent la qualification juridique des PPP. En effet, on constate deux approches concernant les contrats de PPP portant des éléments d'extranéité, selon le critère juridique ou portant sur un mouvement des biens par-dessus les frontières, selon le critère économique. La première approche consacre la primauté de la nature internationale au détriment de la nature administrative. C'est l'approche connue naturellement dans les pays anglo-saxons, et même dans les pays de la dualité juridictionnelle. Tel était le cas de la jurisprudence judiciaire en France. Ainsi, ces contrats ont été considérés comme relevant des contrats du commerce international (**sous-section 1**). L'autre approche vise à internaliser ces contrats et consacrer la primauté de la nature administrative du contrat de PPP au détriment de son internationalité. C'était la position de la jurisprudence administrative en France et la majorité des pays adoptant le dualisme juridictionnel. Ainsi quelques arrêts du Conseil d'Etat ont considéré certains contrats de PPP comme étant administratifs d'ordre interne en dépit de la présence des éléments d'extranéité. C'est l'avis aussi du conseil d'Etat français daté du 06 mars 1986 niant l'internationalité de la convention Eurodisney qui selon lui, relève de l'ordre juridique interne français¹⁷⁴. Toutes ces questions vont être abordées dans le titre suivant traitant la question de l'arbitrabilité des PPP. Toutefois, une nouvelle approche a été consacrée par le Tribunal des Conflits le 07 mai 2010 à l'occasion de la fameuse affaire Inserm contre une fondation norvégienne. Cette approche vise à rapprocher le caractère international et le caractère administratif. Ainsi, le TC a soumis les sentences arbitrales relatives aux contrats internationaux de la commande publique au contrôle des juridictions administratives, et ainsi insérer ces contrats dans un nouveau régime juridique en gestation. Celui des contrats administratifs à caractère international (**sous-section 2**).

¹⁷⁴ Waked Djaber, Rita : « Le contrat administratif international : Essai d'une théorie générale à travers l'exemple du contrat BOT (Build, Operate, Transfer), Ed. LGDJ, Paris et POINT DELTA, Beyrouth, 2013. P.290.

197. Par ailleurs, les formes innovantes de PPP, telles que les BOT et leurs dérivés, se caractérisent par la création d'une société de projet sur le sol du partenaire public. Par conséquent, la société de projet deviendrait de pleine droit le concessionnaire, dans le montage contractuel de BOT. En outre, certaines législations internes tendent à internaliser les contrats de concession conclus avec des partenaires étrangers, en leur obligeant de s'établir sur le sol de l'État hôte et créer par conséquent, une valeur ajoutée pour les pays du partenaire public.

198. Cette internalisation du contrat a pour vocation de soumettre le contrat au droit national du partenaire public et les litiges aux juridictions nationales, administratives dans les pays du dualisme juridictionnel. Cependant, la nationalité étrangère des actionnaires dans la société de projet ou bien de la filiale de droit local, peut avoir une incidence sur le caractère interne du contrat, et constituer par la suite, un contrat d'État selon certains auteurs (**sous-section 3**) ou bien un investissement étranger protégé. (**Sous-section 4**).

Sous-section 1 : La qualification du contrat de PPP de contrat du commerce international

199. La contractualisation transfrontalière dans le domaine de PPP a connu un essor intéressant, surtout dans les formes innovantes de PPP, telles que le montage BOT. C'est ainsi que les contrats de PPP peuvent être qualifiés comme des contrats de commerce international. La définition d'un contrat du commerce international n'est pas une question anodine. Elle se trouve à la croisée de plusieurs disciplines juridiques et l'historique distinction entre le droit international et le droit interne¹⁷⁵. Nous allons chercher la définition du contrat commercial international à la lumière du droit de l'arbitrage commercial international.

200. La notion de commercialité s'apprécie d'une façon plus large au regard du droit de l'arbitrage commercial international¹⁷⁶. En premier lieu, il n'y a pas de distinction entre la nature civile et la nature commerciale en la matière. En deuxième lieu, pour les contrats administratifs, le principe qu'il n'y a pas de distinction entre les deux matières. Ainsi, le terme « commercial » selon la loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international, devrait s'interpréter au sens large, il désigne : *« les questions issues de toute relation de caractère commercial, contractuelle ou non contractuelle. Les relations de nature*

¹⁷⁵ Waked Djaber, Rita « Le contrat administratif international : Essai d'une théorie générale à travers l'exemple du contrat BOT (Build, Operate, Transfer), op.cit. note n°174. P. 485.

¹⁷⁶ LOQUIN, Éric : « Arbitrage Commercial international : Notion », JURISCLASSEUR du Droit international, Fascicule 720, page 52

commerciale comprennent, sans y être limitées, les transactions suivantes: toute transaction commerciale portant sur la fourniture ou l'échange de marchandises ou de services; accord de distribution; représentation commerciale; affacturage; crédit-bail; construction d'usines; services consultatifs; ingénierie; licences; investissements; financement; transactions bancaires; assurance; accords d'exploitation ou concessions; coentreprises et autres formes de coopération industrielle ou commerciale; transport de marchandises ou de passagers par voie aérienne, maritime, ferroviaire ou routière »¹⁷⁷. Il en va de même concernant la convention européenne sur l'arbitrage commercial international (Genève, 1961), qui a donné aux personnes morales de droit public, la faculté de compromettre sans spécifier la nature du contrat en cause, commerciale ou administrative¹⁷⁸.

201. Par ailleurs, le droit du commerce international s'intéresse de plus en plus au droit de la commande publique et les PPP en général. Cela n'est plus surprenant, sous l'effet de la mondialisation des échanges économiques et l'influence du droit de *Common Law*, lequel traditionnellement, ne différencie pas les contrats de commande publique avec les contrats commerciaux en général. D'ailleurs, le Gatt et ultérieurement, l'OMC se sont longtemps intéressés à la question des marchés publics en introduisant des mécanismes juridiques assurant les principes de la mise en concurrence, la liberté d'accès des opérateurs économiques et la non-discrimination entre eux. Ceci afin de protéger la société des commerçants quant à l'abus des autorités publiques utilisant des pratiques anti concurrentielles et discriminatoires, dans les procédures de sélection des opérateurs économiques¹⁷⁹. Aussi le cas pour la CNUDCI, une instance relevant des Nations Unies spécialisée dans la promotion du droit du commerce international s'est aussi intéressée à la question de PPP, en consacrant à la fin de l'année 2019, deux textes, à valeur non contraignante, en l'occurrence, le guide législatif de la CNUDCI sur les PPP¹⁸⁰ et les dispositions législatives type sur les PPP publiés en 2020¹⁸¹. Ces deux textes constituent des amendements aux textes de la CNUDCI sur les projets d'infrastructure à financement privé. Ainsi, on peut déduire qu'à *priori* les contrats de PPP sont considérés en droit transnational comme étant des contrats de commerce international.

¹⁷⁷ CNUDCI : deuxième note de bas de page de l'article 1 de la loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international, de 1985, avec les amendements adoptés en 2006.

¹⁷⁸ Article 2 de la Convention Européenne sur l'arbitrage commercial international, Genève 21 avril 1961

¹⁷⁹ Ibid.

¹⁸⁰ UNCITRAL Legislative Guide on Public-Private Partnerships (2019) op.cit. note n°6

¹⁸¹ UNCITRAL Model Legislative Provisions on Public-Private Partnerships (2019), <https://uncitral.un.org/en/mlpppp>

202. De surcroît, la pratique a révélé dans les contrats internationaux de l'administration, l'utilisation de certaines clauses anéantissant les pouvoirs exorbitants de l'administration. Il s'agit des clauses d'intangibilité en vertu desquelles, l'administration ne pourrait modifier le contrat unilatéralement, et les clauses de stabilisation contre les aléas législatifs. Ces clauses réduisent la portée de l'administrativité de ces contrats au profit de l'internationalité.

203. Cependant, la notion de commercialité relève généralement, de la sphère du droit privé, alors que l'objet des contrats de PPP porte sur une opération administrative visant à satisfaire l'intérêt général et concerne un service public ou un ouvrage public relevant des biens publics. L'opération est en même temps économique, dans la mesure où le partenaire privé fournit ce service public en contrepartie d'une rémunération. En Algérie, le nouveau code de procédures civiles et administratives a utilisé le terme relations « *économiques* » internationales, en traitant la question de la faculté des personnes morales à compromettre¹⁸². Un terme beaucoup plus large que « *commercial* » et pouvant englober toutes les opérations onéreuses y compris la réalisation et exploitation des infrastructures et services publics. Ces derniers ayant une contrepartie financière perçue soit par l'utilisateur ou par le partenaire public. Nous voyons que le terme « *économique* » utilisé par le législateur algérien, est le terme le plus judicieux pour décrire ce type d'opération, dans la mesure où il ne pose pas de problème de vocabulaire juridique. Ce terme illustre davantage le critère économique portant sur le flux et le reflux par-dessus des frontières des biens et/ou des services. Par ailleurs, le législateur algérien est allé jusqu'à remplacer le terme « des intérêts du commerce international » par « les intérêts économiques entre deux États ». Cela dans les dispositions spécifiques à l'arbitrage commercial international¹⁸³. La question qui a suscité de vives critiques par la doctrine. Sans parler de la rédaction maladroite du législateur en disant « *deux États* » au lieu de « *transnational* ». La référence à deux États faisant allusion à l'arbitrage en droit international public¹⁸⁴. En revanche, certains auteurs voient que l'utilisation du terme « *économique* » par le législateur algérien, réfère au droit économique relevant du droit public. Ce qui illustre, en conséquence un interventionnisme étatique, à travers l'édiction des règles impératives. Alors que les intérêts du commerce relèvent plutôt de la sphère du droit

¹⁸² L'article 1006 du code de procédures civiles et administratives algérien

¹⁸³ L'article 1039, *ibid*.

¹⁸⁴ TRARI-TANI, Mostefa : « L'arbitrage commercial international : Avec référence au droit et à la pratique des pays du Maghreb (Algérie, Libye, Maroc, Mauritanie et Tunisie », éd. Bruylant, Bruxelles, 2011.

privé et que les intérêts du commerce international doivent être appréciés d'une manière large, comprennent les intérêts des États et des opérateurs économiques ¹⁸⁵.

204. En France la jurisprudence a interprété d'une façon extensive l'article 1492 du code de procédures civiles prévoyant qu'il « *est international l'arbitrage qui met en cause des intérêts du commerce international* ». En effet, la mise en jeu des intérêts du commerce international, s'apprécie selon une définition entièrement économique portant sur un mouvement transfrontalier des biens ¹⁸⁶. Ainsi, dans l'affaire *Inserm* un établissement public à caractère scientifique, opposant la fondation norvégienne de droit privé *Letten F. Saugstad*.. Cette dernière a demandé devant un tribunal arbitral, la restitution d'une somme versée à l'Inserm, suite à une rupture d'un protocole d'accord portant sur la mise en commun des efforts des signataires afin de permettre la construction d'un pôle de recherche scientifique en France avec un financement en grande partie de l'opération par la fondation. L'Inserm a fait un recours en annulation de la sentence devant la cour d'appel de Paris, avançant la nullité de la clause compromissoire et que le financement de ce projet ne met pas en cause les intérêts du commerce international. La cour d'appel de Paris dans son arrêt daté le 13 novembre 2008 a conclu : « *Mais attendu qu'après avoir énoncé justement que selon l'article 1492 du Code de procédure civile, est international l'arbitrage qui met en cause des intérêts du commerce international, que l'internationalité de l'arbitrage fait appel à une définition économique selon laquelle il suffit que le litige soumis à l'arbitre porte sur une opération qui ne se dénoue pas économiquement dans un seul État, et ce, indépendamment de la qualité ou de la nationalité des parties, de la loi applicable au fond ou à l'arbitrage, ou encore du siège du tribunal arbitral* »¹⁸⁷. Selon M. Laazouzi Malik « *la référence au « commerce » est totalement gommée et absorbée par l'internationalité. Toutes les aspérités liées à la matière potentiellement administrative et à la difficulté de l'intégrer dans la notion de commerce international sont effacées au constat de l'internationalité. Le commerce s'apparente à son sens ancien et extensif de relation juridique. Les intérêts du commerce international seraient*

¹⁸⁵ BAISSET, Didier « L'internationalisation Du Droit Public Des Affaires Face A L'arbitrage International : Approche comparée en droit franco-maghrébin », Annales de l'université d'Alger, Volume 25, Numéro 1, Pages 134-154, 2014-05-07

¹⁸⁶ LAAZOUZI, Malik : « Définition de l'arbitrage international en fonction du dénouement économique de l'opération litigieuse », Note sous Civ. 1re, 26 janv. 2011, n° 09-10.198, D. 2011. 312, obs. X. Delpech, RCDIP 2011, p.704.

¹⁸⁷ Ibid. p.705.

dès lors pleinement en cause en présence de rapports administratifs qui, comme les rapports de droit privé, franchissent le seuil de l'internationalité »¹⁸⁸.

205. Cette solution est prise aussi, par la sentence arbitrale rendue le 30 octobre 1995, qualifiant le contrat BOT relatif à la réalisation et l'exploitation du tunnel sous la Manche de *contrat commercial international*, en dépit de l'objet du contrat portant sur « *un service public interétatique* »¹⁸⁹. Encore, deux sentences arbitrales rendues en 2002 par le Centre Libanais d'Arbitrage dans une affaire opposant la société Marafek libanais et l'État libanais pour la construction d'un parc de stationnement à l'aéroport international de Beyrouth. Ainsi, les sentences ont considéré ce contrat portant sur des intérêts du commerce international, en réfutant l'argument de la partie défenderesse, avançant la nature administrative du contrat, qu'est selon elle, un contrat interne de concession de travaux publics visant l'exécution d'un service public¹⁹⁰.

206. Cependant, nous allons voir dans la sous-section suivante, qu'en France, et à partir de l'arrêt du Tribunal des Conflits du 07 mai 2010, dans l'affaire Inserm, ayant exclu les contrats d'occupation du domaine public, des contrats de marchés publics, de partenariat, et délégation de service public de ce régime des contrats de commerce international sous certaines conditions.¹⁹¹ Ces contrats constituent en l'occurrence, des formes de PPP.

Sous-section 2 : La qualification du PPP d'ordre international d'un contrat administratif à caractère international

207. Si l'appartenance des contrats internationaux de PPP à la catégorie des contrats de commerce international ne pose pas de problème dans les pays du Common Law. Le débat est différent dans les pays du droit administratif. Plusieurs facteurs ont remis en question l'appartenance des contrats de PPP aux contrats de commerce international. Entre autres, le caractère administratif et le rattachement de ses pays à la notion du service public et la dotation de l'État des prérogatives de la puissance publique. De surcroît, les litiges de certains de ces contrats sont soumis soit à la juridiction administrative soit à l'arbitrage, mais avec

¹⁸⁸ LAAZOUZI, Malik : « Définition de l'arbitrage international en fonction du dénouement économique de l'opération litigieuse », op.cit. note n°186. p.712.

¹⁸⁹ WAKED JABER, Rita, « Le contrat administratif international : essai d'une théorie générale à travers l'exemple du contrat BOT (Buils, Operate and Transfer) ». op.cit. note 174, p. 458.

¹⁹⁰ Ibid. p. 284.

¹⁹¹ Cf. infra. § n°950.

l'intervention du juge administratif, comme juge de contrôle. Ceci invite à appliquer les règles de droit public et la compétence du juge administratif. Ce qui rend l'hypothèse de classer les contrats internationaux de PPP parmi les contrats de commerce international hasardeuse. Les PPP que ce soit internes ou internationaux ont un lien étroit avec l'intérêt général, Ils sont soumis aux règles impératives de passation consacrant les principes universels de la commande publique. Cette approche a été consacrée par la jurisprudence en France à partir de l'année 2010, à l'occasion de l'arrêt du Tribunal des Conflits dans l'affaire Inserm c/la fondation norvégienne, précitée. Laquelle a créé un double système de contrôle des sentences arbitrales. Un contrôle principalement, exercé par les juridictions judiciaires consacrant la primauté du caractère international du contrat sur son caractère administratif. En revanche, la juridiction administrative exerce exceptionnellement, un contrôle plus poussé sur certains contrats internationaux de l'administration, consacrant ainsi la primauté de leur administrativité sur leur internationalité.¹⁹²

208. Les évolutions de l'affaire *Inserm* sont riches d'enseignement. En effet, *l'Inserm* a saisi concomitamment, la cour administrative d'appel de Marseille, d'un appel renvoyé au Conseil d'État, lequel a évoqué la question de compétence juridictionnelle au Tribunal des Conflits. Ce dernier a tranché en établissant la compétence des juridictions judiciaires pour contrôler la sentence arbitrale, dans son arrêt daté le 07 mai 2010. Toutefois, le Tribunal des Conflits a exclu « *les contrats relevant d'un régime administratif d'ordre public* », en soumettant le contrôle des sentences arbitrales y concernant, aux juridictions administratives : « *Considérant que le recours formé contre une sentence arbitrale rendue en France, sur le fondement d'une convention d'arbitrage, dans un litige né de l'exécution ou de la rupture d'un contrat conclu entre une personne morale de droit public française et une personne de droit étranger, exécuté sur le territoire français, mettant en jeu les intérêts du commerce international, fût-il administratif selon les critères du droit interne français, est porté devant la cour d'appel dans le ressort de laquelle la sentence a été rendue, conformément à l'article 1505 du Code de procédure civile, ce recours ne portant pas atteinte au principe de la séparation des autorités administratives et judiciaires ; qu'il en va cependant autrement lorsque le recours, dirigé contre une telle sentence intervenue dans les mêmes conditions, implique le contrôle de la conformité de la sentence aux règles impératives du droit public français relatives à l'occupation du domaine public ou à celles qui régissent la commande publique et applicables aux marchés publics, aux*

¹⁹² Cf. Infra. § n°969.

*contrats de partenariat et aux contrats de délégation de service public ; que, ces contrats relevant d'un régime administratif d'ordre public, le recours contre une sentence arbitrale rendue dans un litige né de l'exécution ou de la rupture d'un tel contrat relève de la compétence du juge administratif »*¹⁹³.

209. Cette jurisprudence soumet le contrôle de conformité des règles impératives du droit public français aux juridictions administratives, en l'occurrence, les règles régissant l'occupation du domaine public ou celles régissant la commande publique et applicables aux marchés publics, aux marchés de partenariat et aux contrats de délégation de service public conclus par l'administration publique française avec une société étrangère et exécutés sur le territoire français. Bien entendu, quand il s'agit d'un litige né de l'exécution ou de rupture desdits contrats et à l'occasion d'un recours en annulation de la sentence arbitrale rendue en France ou le recours contre un jugement d'exequatur d'une sentence arbitrale rendue en France ou à l'étranger.¹⁹⁴

210. Ainsi, nous pouvons déduire que ces contrats constituant les formes de PPP en France, sont au regard du droit de l'arbitrage, soumis à un régime administratif de droit public distinct de celui du régime de l'arbitrage commercial international. Ainsi, on peut dire, que ces formes de PPP relèvent d'une nouvelle catégorie de contrat : « les contrats administratifs internationaux »¹⁹⁵, compte tenu de l'impérativité des règles y régissant¹⁹⁶.

211. Selon le Professeur Éric LOQUIN, concernant ces contrats « *dans ces cas, l'arbitrage des contrats administratifs internationaux sera régi par un régime hybride relevant en partie du droit français de l'arbitrage commercial international et en partie du droit administratif de l'arbitrage* »¹⁹⁷.

212. En Algérie, les règles procédurales de l'arbitrage et notamment, celles relatives au contrôle des sentences arbitrales impliquant les personnes morales de droit public sont

¹⁹³ Institut national de la santé et de la recherche médicale (INSERM) v. Fondation Letten F. Saugstad, tribunal des conflits, Not Indicated, 17 May 2010', Revue de l'Arbitrage, Comité Français de l'Arbitrage 2010, Volume 2010 Issue 2) pp. 275 – 298.

¹⁹⁴ Cf. Infra. § 950.

¹⁹⁵ Cf. Audit, Bernard : « Le nouveau régime de l'arbitrage des contrats administratifs internationaux (à la suite de l'arrêt rendu par le Tribunal des conflits dans l'affaire INSERM), Revue de l'arbitrage 2010, Vol. 2010 Issue 2, pp. 253-273, éd. Comité Français de l'arbitrage

¹⁹⁶ LAAZOUZI, Malik : « L'impérativité, l'arbitrage international des contrats administratifs et le conflit de lois À propos de l'arrêt du Tribunal des conflits du 17 mai 2010, Inserm c/ Fondation Saugstad », RCDIP. 2010/4 n°4.

¹⁹⁷ LOQUIN, Éric : « Arbitrage Commercial international : Notion », op.cit. note n°176.

applicables devant les juridictions administratives¹⁹⁸. Il reste à la jurisprudence administrative de nous dévoiler les règles de fond relatives à l'arbitrage en matière administrative.

Sous-section 3 : Le contrat international de PPP est un contrat d'État

213. La nationalité étrangère du partenaire privé dans le contrat de PPP pousse certains auteurs à considérer les PPP ainsi conclus comme des contrats d'État « *State Contacts* ». En effet, les contrats d'État sont définis par Prosper Weil comme étant : « *des accords de volontés entre un État et une personne privée étrangère en vue d'atteindre certains objectifs* »¹⁹⁹. Aussi la CNUCED l'a défini comme : « *Un "contrat d'État" peut être défini comme un contrat conclu entre l'État ou un organisme public qui, aux fins présentes, peut être défini comme un organisme créé par la loi au sein d'un État auquel est conféré le contrôle d'une activité économique* »²⁰⁰ Une théorie assez défendue par M. Weil voulant soumettre ces accords aux règles de droit international public, les contrats d'État interviennent dans des domaines divers tels que l'exploitation des ressources naturelles énergétiques. Ainsi, les grands contrats pétroliers de la recherche et de l'exploitation rentrent souvent dans la catégorie des contrats d'État. Cette dernière a été inventée à une certaine époque pour soumettre ces contrats à un régime du droit international public et ainsi, éviter les comportements contradictoires des États tels que le refus de leurs engagements contractuels et la validité des clauses compromissoires qu'ils ont contracté²⁰¹. Ainsi, dans les contrats d'État, la personne publique devrait agir en tant que sujet de droit international public et non plus, comme un État-administration²⁰². Ainsi, on trouve que ces accords contiennent des clauses de stabilisation, gelant l'application du droit interne.

214. Certains auteurs considèrent que les PPP internationaux comme des contrats d'État. Ainsi, M. LABONNÉLIE dans sa thèse sur les BOT a considéré ces derniers comme

¹⁹⁸ Article 976 et 977 de la loi 08-09 portant code de procédures civiles et administratives, op.cit. note n°154.

¹⁹⁹ WEIL, Prosper : « Problèmes relatifs aux contrats passés entre un Etat et un particulier » RCADI, 1969, n°3. P.94.

²⁰⁰ CNUCED : « Contrats d'État », Collection de la CNUCED sur les questions des accords internationaux d'investissement, Nations Unies, New York et Genève, 2004.

²⁰¹ JOREIJ, Ramzi : « Pour en finir avec la vieille querelle sur l'aptitude de l'État à compromettre », op.cit. note n°111.

²⁰² JAQUET, Jean-Michel : « Contrat d'État », JurisClasseur Droit International, fascicule 571-90 du 09 juillet 2018.

de véritables contrats d'État ²⁰³. M. Jaquet a aussi, considéré les grands contrats d'infrastructures comme relevant de la catégorie du contrat d'État²⁰⁴.

215. Cependant, la théorie du contrat d'État divise la doctrine et la jurisprudence. Mme Waked Jaber l'a considéré comme une pratique qui ne saurait plus s'élever à une catégorie juridique²⁰⁵. Tandis que certains auteurs ont réduit le champ de son intervention au domaine énergétique et notamment, l'exploitation des richesses naturelles pétrolières, gazières ou bien minières. Ainsi, cette doctrine regroupe ces contrats d'État avec les PPP dans la catégorie de contrats publics d'investissement à caractère international.²⁰⁶

216. En effet, malgré l'existence des points communs entre les contrats d'État avec les contrats de PPP conclus avec des partenaires étrangères, en ce qui concerne la qualité des parties, en l'occurrence, un organisme étatique et personne privé étranger. Il y'a cependant, des points de différence. Ainsi, la personne publique agit en tant qu'une personne de droit international public dans les contrats d'État et est soumise aux règles de droit international et à l'arbitrage international. Tandis que les contrats de PPP sont conclus par l'Etat-administration et soumis aux règles de la mise en concurrence. Ainsi, lors de la passation des contrats de PPP, l'État agit comme une administration suivant les principes de la commande publique et le principe de l'égalité de traitement des candidats nationaux ou étrangers. Ainsi, ces contrats sont soumis aux règles du droit administratif interne et à l'ordre juridictionnel interne, et ce quoi que ce soit la nationalité du candidat, national ou étranger, faute d'un traité bilatéral d'investissement (TBI) ou une clause renvoyant ce dernier à l'arbitrage international. En effet, la tendance actuelle est que les concessions pétrolières ou minières constituent l'archétype des contrats d'État ²⁰⁷. Alors que ces derniers ne font pas partie des contrats de PPP. Ainsi, nous essayons d'intégrer ces derniers dans la catégorie des contrats d'investissement, dans la sous-section suivante.

²⁰³ LABONNÉLIE Benjamin « *Le montage BOT (Build, Operate and Transfer) des grands projets immobiliers internationaux*, Thèse Paris XII, 2003. P. 72.

²⁰⁴ JACQUET, Jean-Michel : « Contrat d'État », op.cit. note n°202. P. 12.

²⁰⁵ WAKED JABER, Rita : « *Le contrat administratif international : Essai d'une théorie générale à travers l'exemple du contrat BOT (Build, Operate and Transfer)* » op.cit. note n°174.. p. 456.

²⁰⁶ MICALÉF, Romain : « L'internationalisation du droit des contrats publics en France et au Canada », op.cit. note n°168. P.348.

²⁰⁷ Ibid. p.100

Sous-section 4 : La qualification du contrat de PPP d'ordre international d'un contrat d'investissement

217. Les contrats de PPP conclus avec des sociétés étrangères sont souvent internalisés soit à cause de leur nature complexe exigeant la création d'une société de projet de droit national ou bien, par la volonté des législateurs, exigeant l'établissement du concessionnaire sur le sol du partenaire public. C'est le cas par exemple, en droit algérien. Ainsi, les textes sectoriels permettant le recours au contrat de concession et la nouvelle réglementation sur les DSP, ont tous exigé que le concessionnaire devrait être des personnes morales de droit algérien²⁰⁸. On peut déduire que le droit algérien exige aux sociétés étrangères, soumissionnaires à un appel d'offre international ou bien, contractantes en vertu d'une procédure négociée, de s'établir en Algérie et créer une filiale d'exploitation de droit algérien, créée aux fins dudit contrat de concession. Cela est requis pour toutes les formes de concession, que ce soit de nature simple ou bien faisant partie d'un montage contractuel complexe. La création de cette filiale locale devrait être constituée avant l'attribution du contrat ou bien après. L'article 55 de la loi de finances complémentaire pour 2010 est allé plus loin pour écarter la nationalité étrangère à la filiale locale. Ainsi, il prévoit que : « *Les cahiers des charges des appels d'offres internationaux doivent prévoir l'obligation, pour les soumissionnaires étrangers, d'investir dans le cadre d'un partenariat, dans le même domaine d'activité, avec une entreprise de droit algérien, dont le capital est détenu majoritairement par des nationaux résidents* »²⁰⁹.

218. Ces contrats devraient être qualifiés d'administratifs d'ordre interne malgré la nationalité étrangère des actionnaires dans les filiales locales. Cependant, d'autres mécanismes interviennent pour protéger les actionnaires étrangers et de qualifier ainsi, le contrat de PPP comme un contrat d'investissement.

219. En effet, la question de la qualification d'un contrat de PPP comme étant un contrat d'investissement est cruciale, dans la mesure où le contrat d'investissement bénéficie aux avantages octroyés en vertu des traités bilatéraux d'investissement (TBI) et par les codes d'investissement. Elle permet aussi, de soumettre ces contrats à la compétence des tribunaux arbitraux.

²⁰⁸ Cf. Supra § 45.

²⁰⁹ L'article 55 de l'ordonnance 10-01 du 26 août 2010 portant loi de finances complémentaire pour 2010, JORADP n°49 du 29 août 2010.

220. C'est ainsi que la doctrine et certains instruments normatifs, tendent à ranger les PPP dans les nouvelles formes d'investissement. Selon M. BEN HAMIDA, le montage BOT combine à la fois, un contrat de clés en main et un accord de gestion et de management, donnant au partenaire privé un contrôle effectif sur le projet. Ces contrats sont cités souvent, comme des exemples de nouvelles formes d'investissement, en dépit de l'acquisition de la propriété de l'infrastructure par le partenaire public²¹⁰. Ce constat ne suffit pas pour les qualifier d'une façon abstraite, de contrats d'investissement. Ainsi d'autres mécanismes destinés à la protection d'investissement sont à l'origine de la qualification de ces contrats comme contrats d'investissement. Ainsi, le Centre International de règlement des différends relatifs à l'investissement (CIRDI) créé par la convention de Washington, a tranché plusieurs affaires relatives aux contrats de PPP. En plus, plusieurs agences de garantie d'investissement contre les risques politiques comme l'inconvertibilité, l'expropriation, les guerres civiles, ont considéré les PPP comme un investissement éligible à la garantie. Il s'agit de l'AMGI (Agence Multilatérale de Garantie d'Investissement) créée par la convention de Séoul, dont l'article 12 a considéré implicitement les PPP comme des investissements éligibles à la garantie de plein droit. Enfin, la pratique révèle que plusieurs contrats de PPP font l'objet de garantie par l'AMGI ou bien par d'autres systèmes d'assurance relevant des pays exportateurs d'investissement, tels que COFACE ou bien l'OPIC²¹¹.

221. Pour vérifier si les PPP constituent vraiment, des contrats d'investissement, il est crucial de déterminer la notion de ces derniers, dans la mesure où l'investissement déclenche l'application des TBI, les lois sur les investissements et la compétence de CIRDI. En effet, le mot « *investissement* » a plusieurs définitions selon les contextes, en économie, en finance, en fiscalité, en droit, etc. Le CIRDI n'a pas défini la notion de l'investissement bien que cette dernière soit une condition requise pour sa compétence *rationae materiae*²¹². La notion d'investissement a été qualifiée de « la notion maudite du système CIRDI »²¹³. La confusion regrettable sur la notion d'investissement s'accroît lorsque la discussion n'est plus limitée à l'arbitrage CIRDI et est étendu à d'autres procédures telles que l'arbitrage CNUDCI. De nombreux auteurs craignent que le concept même de l'arbitrage d'investissement se fonde sur

²¹⁰ BEN HAMIDA, Walid : « Les contrats de BOT à l'heure du nouveau droit des investissements internationaux », op.cit. note n°76. P.292.

²¹¹ Ibid. p. 297.

²¹² Josefa Sicard Mirabal and Yves Derains : "Introduction to Investor-State Arbitration", éd. Kluwer Law International, 2018. P.20.

²¹³ Walid Ben Hamida, « La notion d'investissement : la notion maudite du système CIRDI ? » Les cahiers de l'arbitrage 33/2007.

une notion aussi instable. Cependant, cette supposée instabilité n'a pas mis en péril le développement de l'arbitrage des investissements²¹⁴.

222. L'omission de la définition de l'investissement par la convention de Washington créant le CIRDI était intentionnelle, c'est ce qui a été révélé dans les travaux préparatoires de ladite convention. Ainsi, l'article 30 du premier projet de la convention définissait la notion d'investissement comme « "investissement" signifie toute contribution en argent ou autres avoirs ayant une valeur économique, effectuée pour une période indéfinie ou, si la période est précisée, pour au moins cinq ans »²¹⁵. Cependant, cette définition avait été l'objet de désaccord des négociateurs.

223. Ainsi, le point de vue de la majorité était que l'investissement était un concept évolutif qui ne pouvait être réduit à une définition figée. De plus, la fixation d'une définition de l'investissement n'a pas été jugée nécessaire au motif que le consentement des parties à l'intervention du CIRDI pourraient être une confirmation suffisante pour que leur différend provenant d'un investissement. Cependant, les négociateurs n'avaient pas prévu que dans un proche avenir, de nombreux États donneraient un accord aveugle aux beaux-parents du CIRDI sur la protection des investissements, en l'occurrence, TBI ou traités multilatéraux de l'investissement (TMI). Ils n'avaient pas non plus prévu que l'absence de définition de l'investissement créerait des difficultés²¹⁶.

224. En tout état de cause, en dépit de manque d'uniformité sur la définition de l'investissement, on assiste à deux approches principales définissant l'investissement, issues des efforts doctrinaux, jurisprudentiels ou bien normatifs. Il s'agit de l'approche objective selon les critères d'investissement dégagés par la jurisprudence *Salini c/le Maroc* (§1) ou sur l'approche subjective où c'est l'Etat qui énumère les opérations d'investissement dans des instruments normatifs tels que les TBI, traités multilatéraux d'investissement (TMI), les

²¹⁴ Josefa Sicard Mirabal and Yves Derains : "Introduction to Investor-State Arbitration", op.cit. note n°212. P. 21.

²¹⁵ CIRDI : « History of ICSID Convention », Documents Concerning the origin and the formulation of the Convention on settlement of investment Disputes between states and Nationals of Other States" Vol I, ICSID, Washington D.C., 1970
<https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/publications/History%20of%20the%20ICSID%20Convention/History%20of%20ICSID%20Convention%20-%20VOLUME%20I.pdf> (consulté le 12/12/2020)

²¹⁶ Josefa Sicard Mirabal and Yves Derains : "Introduction to Investor-State Arbitration", op.cit. note n°212. P.21.

différents codes d'investissement ou encore, plus rarement, les contrats (§2)²¹⁷. C'est sur ces deux approches que les agences de garanties de l'investissement s'appuient pour accorder des garanties et les tribunaux arbitraux pour trancher sur leur compétence. Nous allons aborder ces deux approches, tout en vérifiant si la notion de l'investissement colle sur le contrat de PPP, pour qu'il soit ainsi qualifié.

§1- Les PPP selon l'approche objective de l'investissement

225. C'est une approche basée sur des critères objectifs. A savoir : un apport de la part de l'investisseur, en numéraire ou en nature ; une prise de risque ; une certaine durée et enfin, une contribution au développement économique de l'État hôte. Ce sont des critères dégagés par la jurisprudence *Salini c/la Maroc* portant sur un marché public de travaux de réalisation d'une autoroute, qualifié d'investissement suivant les critères précités. Ceci est connu souvent par le *test Salini* selon lequel, ces quatre caractéristiques de l'investissement, sont des conditions objectives devraient être remplies en tant que conditions de compétence de l'arbitrage CIRDI ²¹⁸.

226. Si on vérifie l'existence de ces conditions dans les PPP, on pourrait déduire que les PPP sont des contrats d'investissement selon la conception objective de l'investissement. Ainsi, les PPP ne constituent pas une simple transaction du commerce international. Il s'agit d'une opération économique réalisée sur le territoire de l'État hôte remplissant les critères de l'apport dans la mesure où le partenaire privé fournit des apports matériels et immatériels importants, tels que son savoir-faire et la technologie, etc. Il participe souvent au capital des sociétés de projets établies dans l'État hôte. En outre, il supporte un risque important dans toutes les phases de projet : construction, exploitations, etc. C'est un contrat imprégné d'imprévisibilité et d'incertitude²¹⁹. D'ailleurs, la notion du risque est une notion motrice pour définir les PPP, le partenaire privé perçoit une rémunération suivant les aléas de l'exploitation²²⁰. La dimension temporelle existe aussi, dans les contrats de PPP. Ces derniers sont des contrats d'une durée relativement longue, fixée suivant l'amortissement de

²¹⁷ ONGUENE ONANA, Dieudonné Edouard : « La compétence en arbitrage international relatif aux investissements : Les conditions d'investissement et de nationalité devant le CIRDI. Ed. BRUYLANT, Bruxelles, 2012.

²¹⁸ Ibid. p. 233

²¹⁹ BENHAMIDA, Walid : « Les contrats BOT à l'heure du nouveau droit d'investissement internationaux » op.cit. note n°76. p. 298

²²⁰ Cf. Supra § 3.

l'investissement, durant laquelle le partenaire privé perçoit généralement, une rémunération suivant les résultats d'exploitation. Et finalement, le contrat de PPP contribue au développement économique de l'État hôte, en contribuant à la promotion des infrastructures publiques et la gestion et l'amélioration des services publics, et tout cela est nécessaire pour le développement économique d'un pays.

227. C'est ainsi, qu'on peut confirmer la qualification selon laquelle le contrat de PPP est un contrat d'investissement selon sa dimension objective.

228. Cependant, les quatre critères du *test Salini*, n'ont pas été appliqués d'une façon uniforme. Ainsi, certaines sentences ont réduit les critères à trois, en écartant le quatrième critère portant sur la contribution de l'opération au développement économique de l'État hôte. Tel est le cas de l'affaire L.E.S.I.-DIPENTA c/ l'Algérie portant sur une résiliation d'un marché public de construction d'un barrage en Algérie. Ainsi, les arbitres CIRDI ont conclu que : « Or, il paraît conforme à l'objectif auquel répond la Convention qu'un contrat, pour constituer un investissement au sens de la disposition, remplisse les trois conditions suivantes ; il faut (a) que le contractant ait effectué un apport dans le pays concerné, (b) que cet apport porte sur une certaine durée, et (c) qu'il comporte pour celui qui le fait un certain risque.

*Il ne paraît en revanche pas nécessaire qu'il réponde en plus spécialement à la promotion économique du pays, une condition de toute façon difficile à établir et implicitement couverte par les trois éléments retenus »*²²¹.

229. Ultérieurement, ces critères ont été portés à six lorsqu'en 2009, le Tribunal *Phoenix* a ajouté comme conditions, le respect de la loi de l'État hôte et la bonne foi dans la réalisation de l'investissement²²². Cependant, cette position n'a pas été suivie ultérieurement. Ainsi, un an plus tard le tribunal *Saba Fakes*²²³ n'a retenu que les trois premiers critères du test Salini, et a écarté le critère portant sur la contribution au développement économique, en jugeant qu'un investissement devant être fructueux pourrait s'avérer catastrophique pour l'économie, tout en restant néanmoins, un investissement. Il a écarté aussi, la bonne foi parce qu'elle n'était pas envisagée par le texte de la Convention de Washington et celle portant sur

²²¹ CIRDI : L.E.S.I. –DIPENTA c. Algérie : Sentence sur la compétence du 10 janvier 2005. Affaire ARB 03/08. MM. Pierre Tercier, Président, André Faurès, Emmanuel Guillard, arbitres, *in*. Emmanuel GAILLARD : « La jurisprudence du CIRDI » VOL II (2004-2008), éd. A. Pedone, Paris 2010.

²²² CIRDI : Phoenix Action LTD c/ la République de Tchèque. Affaire Cirdi n°. ARB/06/5. Sentence du 15 avril 2009

²²³ CIRDI: Saba Fakes c/ Republic of Turkey, affaire ARB/07/20, Sentence du 14 juillet 2010.

la légalité de l'investissement une condition devant être prévue par un TBI. Cette approche a été confirmée par le tribunal de *Quiborax*²²⁴ en 2010, en appréciant que le critère de la contribution du développement de l'État d'accueil, est généralement considéré comme faisant partie des trois premiers critères. Une telle contribution pourrait bien être une conséquence d'un succès d'un investissement et non plus comme une exigence. Par conséquent, la majorité des arbitres estime qu'il convient de se référer au concept général de l'investissement basé sur les trois premiers critères du test *Salini* pour établir leur compétence conformément à l'article 25 de la convention de Washington, en l'occurrence, l'apport, un élément de risque et une certaine durée de l'investissement²²⁵.

§2- Les PPP selon l'approche subjective de la notion d'investissement

230. D'autres tribunaux ont rapidement conclu que les critères Salini ne reposent sur aucune base juridique. Ainsi, en 2008 le tribunal *Biwater* a souligné que les critères Salini ne sont pas fixes ou obligatoires en droit²²⁶. On a vu que l'intention des rédacteurs de la Convention de Washington de ne pas définir la notion d'investissement, a été justement, pour permettre aux parties de déterminer les opérations constituant un investissement et ainsi, consentir sur la compétence du CIRDI et s'entendre sur les opérations. En Somme, un nombre important de tribunaux CIRDI semblent réticents au concept objectif et préfèrent s'appuyer sur une définition subjective basée sur le consentement de l'État²²⁷.

231. Aussi le cas pour les tribunaux arbitraux autres que ceux relevant au CIRDI. Ces derniers statuent en faveur de leur compétence suivant le critère subjectif et se basent sur la définition de l'investissement donnée par un TBI ou accord des parties dans le contrat, Ainsi, la prise en compte des critères objectifs est une spécificité du CIRDI. C'est la solution prise par le tribunal *ad hoc Mytilineos* constitué conformément aux règles de la CNUDCI²²⁸. Ce tribunal a conclu que les critères objectifs rentrent dans la définition de l'investissement donnée par l'article

²²⁴ CIRDI : Affaire *Quiborax S.A., Non-Metallic Minerals S.A. et A. Fosk Kaplún contre l'État plurinational de Bolivie*, Décision sur les mesures provisoires, 26 février 2010, Affaire CIRDI n° ARB/06/2.

²²⁵ Josefa Sicard Mirabal and Yves Derains : "Introduction to Investor-State Arbitration", op.cit. note n°212. P. 26.

²²⁶ CIRDI : *Biwater Gauff (Tanzanie) Ltd c/ La Tanzani*, Affaire n° ARB/05/22 du 24 juillet 2008.

²²⁷ Ibid.p..27.

²²⁸ *Mytilineos Holdings SA contre l'Union des États de Serbie et Monténégro et la République de Serbie*, sentence partielle sur la compétence (CNUDCI) du 8 septembre 2006.

25 de la convention de Washington indépendamment de la définition de l'investissement dans un TBI ou autre instrument normatif :

*“It is the established practice of ICSID tribunals to assess whether a specific transaction qualifies as an ‘investment’ under the ICSID Convention, independently of the definition of investment in a BIT or other applicable investment instrument, in order to fulfill the *ratione materiae* prerequisite of Article 25 of the Convention. This requirement is set out in Article 25(1) of the Convention, which confines the jurisdiction of ICSID arbitration tribunals to ‘legal dispute[s] arising directly out of an investment’ without defining ‘investment’.....However, this later *ratione materiae* test for the existence of an investment in the sense of Article of the 25 ICSID Convention is one specific to the ICSID Convention and does not apply in the context of ad hoc arbitration provided”.*

232. L'acte uniforme de l'OHADA sur l'arbitrage dans son article 3 se penche, aussi sur une approche subjective : “ *L'arbitrage peut être fondé sur une convention d'arbitrage ou sur un instrument relatif aux investissements, notamment un code des investissements ou un traité bilatéral ou multilatéral relatif aux investissements.* »²²⁹ Cependant, il est arrivé dans la pratique arbitrale que certains tribunaux non relevant du système CIRDI ont considéré que les TBI énumèrent les opérations constituant des investissements d'une façon non exhaustive et que la notion de l'investissement doit être définie d'une façon objective pour contenir toutes les opérations d'investissement au vrai sens du terme²³⁰.

233. En effet, l'approche subjective est une approche volontariste où c'est l'État qui qualifie le contrat de PPP de contrats d'investissement, soit en se référant aux traités bilatéraux de protection d'investissement (TBI) ou TMI soit, dans les différents codes d'investissement qualifiant les PPP ou concessions et certaines législations réglementant les PPP comme des investissements protégés.

234. Les TBI confèrent généralement, une acception plus large à la notion de l'investissement. Ainsi, les TBI citent souvent les opérations suivantes comme des investissements : « *les avoirs tels que les biens, droits et intérêts de toutes nature y compris*

²²⁹ OHADA : « L'acte Uniforme relatif au droit de l'arbitrage », <http://www.ohada.com/actes-uniformes/1767/1769/chapitre-1-champ-d-application.html>

²³⁰ . Josefa Sicard Mirabal and Yves Derains : “Introduction to Investor-State Arbitration”, op.cit. p.212.

les créances monétaires et les droits à toute prestation ayant une valeur monétaire ». Ils citent également, les « *concessions* » conférés par la loi, par contrat ou par une décision administrative en application de la loi »²³¹. L'Algérie ayant aussi conclu une série de TBI avec plusieurs États, ces TBI ont aussi, considéré les concessions, les avoirs de toutes natures qu'ils soient et les créances comme des investissements protégés. C'est le cas à titre d'exemple du traité entre l'Algérie et l'Allemagne relatif à l'encouragement et à la protection réciproques des investissements. Ainsi, son article 1 prévoit que « *Le terme « investissement » désigne e) les droits liés à des concession de droit public, y compris les concessions de prospections et d'exploitation* »²³².

235. Concernant les législations nationales, Celles-ci aussi, peuvent considérer les PPP comme étant des investissements bénéficiant des avantages et garanties. A titre d'exemple, en droit algérien, les différentes lois sur l'investissement, se basent sur le critère de l'apport, en considérant l'apport en numéraire ou en nature comme investissement, sans parler de la durée ou d'autres critères objectifs d'investissement.²³³ Ainsi, l'apport en savoir-faire ou en capital est une des caractéristiques des contrats de PPP.

²³¹ BEN HAMIDA, Walid : « Les contrats de BOT à l'heure du nouveau droit des investissements internationaux », op.cit. note n°76. P. 295.

²³² Cf. Décret présidentiel n°2000-280 du 7 octobre 2000 portant ratification du traité et du protocole additif entre la République Algérienne démocratique et populaire et la République fédérale d'Allemagne relatifs à l'encouragement de l'investissement signés à Alger, le 11 mars 1996. JORADP n°58 du 08 octobre 2000.

²³³ Cf. Décret législatif 93-12 du 5 octobre 1993 relatif à la promotion de l'investissement, JORADP n°64 du 10 octobre 1993. Cf. aussi, l'ordonnance 01-03 du 20 août 2001, relative au développement de l'investissement. et aussi, la loi n° 16-09 du 03 Août 2016 relative à la promotion de l'investissement. JORADP n°46 du 03 août 2016.

Conclusion du chapitre 2

236. La catégorisation des PPP au sein des catégories juridiques de droit comparé n'est pas une tâche anodine. Elle est de plus en plus difficile pour les PPP à caractère international. En effet, pour les contrats de PPP purement interne et ne comportant aucun élément d'extranéité, ni encore un mouvement des capitaux par-dessus les frontières. Ces contrats sont qualifiés d'administratifs dans les pays relevant du système du dualisme juridictionnel. Tandis, que les pays relevant du système du monisme juridictionnel qualifient ces contrats comme des contrats de droit commun avec quelques adaptations militant en faveur de leur publicisation. Ainsi, on trouve quelques éléments d'administrativité, tels que la soumission à ces contrats à des règles rigoureuses de passation et la dotation du partenaire public de quelques prérogatives telles que le pouvoir de modification unilatérale.

237. Pour les contrats internationaux, on trouve plusieurs approches pour qualifier le contrat international de PPP. Nous voyons que la différence de ces approches, est due à la diversité des politiques générales et les spécificités des systèmes juridiques comparés. Ainsi, pour les pays exportateurs de technologie, nous trouvons généralement que la qualification retenue est soit le contrat du commerce international, ou bien un contrat d'État ou encore un contrat d'investissement, dans une vision de protéger leurs investisseurs nationaux et soumettre les différends les impliquant à la compétence du CIRDI et en appliquer le droit international public.

238. Ces mêmes pays développer ont une attitude différente quand il s'agit d'un investissement étranger effectué dans leurs sols. C'est ainsi que la France suivant l'arrêt du TC du 17 mai 2010, a soumis les contrats de la commande publique, entre autres, les PPP conclus par les pouvoirs publics français avec des partenaires étrangers à un contrôle plus poussé effectué exceptionnellement, par les juridictions administratives. Nous avons qualifié ces contrats de contrats administratifs à caractère international, dans la mesure où c'est l'administrativité du contrat qui prime au détriment de leur internationalité. Aussi le cas pour

239. En revanche, dans pays acquéreurs de la technologie, nous trouvons trois attitudes, Cette fluctuation de qualifications dans ces pays est une question du rapport des forces, et selon les exigences du marché, parfois concurrentiel et parfois monopolistique. Elle est due également, aux politiques publiques tantôt protectionnistes, tantôt ouvertes pour attirer les investissements étrangers directes IDI. Ainsi, Ces pays tendent parfois, à internaliser le contrat de PPP pour le soumettre à l'ordre juridique interne, dans un souci de protectionnisme et de rééquilibrage de la balance des paiements, tel est le cas de l'Algérie. Autres pays visent

l'attraction des capitaux étrangers et le *know-how*. Ici la qualification retenue est soit un contrat d'investissement ou encore, un contrat d'État relevant du droit international.

240. Nous pensons aussi, que la forme de PPP a une incidence sur sa qualification juridique. En effet, certaines formes de PPP ne prévoient aucun investissement de la part du partenaire privé. Tel est le cas du contrat de management, où le partenaire privé fournit un service en contrepartie d'une rémunération de la part de son partenaire public. Par conséquent, on peut considérer ces formes comme des contrats commerciaux internationaux. Tel est le cas des contrats de management conclus en Algérie dans le domaine de gestion des services publics de l'eau et de l'assainissement, qui sont largement privatisés en mandatant les EPE à conclure des contrats avec des firmes privées étrangères. En revanche, les contrats de concession comportent un apport de la part des sociétés étrangères et ainsi, qualifiés de contrats d'investissement.

Conclusion du Titre 1 :

241. La notion du PPP constitue une notion générique et de ce fait, elle est considérée parmi les notions les plus complexes. Compte tenu de la diversité de ses formes simples ou complexes, ou bien dans leur insertion à l'ordre juridique interne ou international.

242. Les formes simples des PPP ont su être encadrées par un régime juridique, tandis que ses formes complexes, relèvent de plusieurs disciplines, juridiques, économiques, bancaires, etc. Constituant des réseaux de contrats tantôt publics tantôt privés.

243. Si ces PPP ne posent pas un problème spécifique quand ils sont purement internes, ils le font quand un élément d'internationalité caractérise ces contrats. Ainsi, ils peuvent relever selon le cas, de la catégorie des contrats du commerce international, de la catégorie du contrat administratif international ou bien des contrats d'investissement.

244. Finalement, nous avons pu admettre que l'hétérogénéité de la nature juridique des PPP, nous empêche de les soumettre à un régime juridique homogène et global.

245. La détermination de la nature juridique va nous permettre enfin d'entamer la recherche sur la question de l'arbitrabilité des litiges naissant de ces contrats et ultérieurement, l'étude du régime juridique applicable à l'arbitrage en matière des PPP.

Titre 2 : L'admission de l'arbitrage en matière de partenariat public-privé

246. Nous avons vu que toutes les formes de PPP se basent sur deux points communs essentiels : la présence d'une personne morale de droit public comme partie au contrat et l'objet et la finalité de ce contrat consistant à réaliser un service ou un travail public pour la satisfaction de l'intérêt général

247. Or, si on passe en revue sur un certain nombre des lois comparées sur l'arbitrage, comme le code de procédure civile et administrative, algérien ou le code civil français, nous apercevons que les personnes morales de droit public sont principalement, interdites à compromettre, sauf dans des cas exceptionnels. (**Chapitre 1**).

248. Ces lois, excluent également, certaines matières, surtout celles intéressant l'ordre public du champ de l'arbitrage. Ainsi, *a priori*, les PPP sont inarbitrables *ratione materiae* puisqu'ils intéressent l'ordre public qui est le corollaire de l'intérêt général. Toutefois, le champ d'arbitrabilité *ratione materiae* des litiges découlant de ces contrats ne cesse de s'ouvrir. (**Chapitre 2**).

Chapitre 1 : La faculté du partenaire public à compromettre

249. Les personnes morales de droit public constituent une partie principale au contrat de PPP. Or, à première vue, il paraît que la qualité publique du partenaire public s'accommode mal avec l'arbitrage. Ce dernier est une justice privée alors que le partenaire public, détenteur de puissance publique affiche une attitude hostile à cette justice privée et préfère recourir à ses propres tribunaux pour résoudre les litiges découlant des PPP qu'il contracte. Cette hostilité des personnes morales de droit public à l'arbitrage constitue un des traits marquant du système du dualisme juridictionnel (**Section 1**).

250. Néanmoins, ce constat n'est pas valable pour les pays relevant du *Common Law*. Ces derniers mettent l'État et ses émanations sur un pied d'égalité avec les personnes de droit privé. Par conséquent, le recours à l'arbitrage pour le partenaire public est largement admis dans ces pays. D'autre part, d'autre pays même s'ils sont de tradition latino germanique, et

adoptant le système du dualisme juridictionnel, n'affichent pas une attitude hostile vis-à-vis l'arbitrage. C'est le cas de l'Allemagne, la Suisse, la Suède ou encore, l'Italie²³⁴.

251. Toutefois, cette tendance réfractaire reste limitée aux PPP d'ordre interne avec quelques dérogations. Elle est en évolution en matière d'investissement.

252. En revanche, la majorité des pays affichent une tendance favorable à l'arbitrage en matière des PPP d'ordre international au point où il est devenu le mode naturel de résolution des différends (**section 2**).

Section 1 : Le principe général de l'interdiction des personnes de droit public à compromettre

253. Historiquement, le recours des personnes publiques à l'arbitrage avait été interdit dans plusieurs pays du monde. Plusieurs raisons ayant milité pour le proscrire, sont liées à la particularité des systèmes comparés, entre autres la particularité des droits des pays relevant du système du dualisme juridictionnel tels que la France, la Belgique ou encore les pays arabes. Ces pays avancent l'intérêt général comme le principal argument de cette hostilité et voient que les juridictions administratives sont les mieux placées pour protéger l'intérêt public. (**Sous-section 1**). D'autre part, en matière d'investissement, les États préfèrent recourir à leurs tribunaux locaux plutôt qu'être partie dans une procédure d'arbitrage. Ainsi, les États en développement, se basaient historiquement sur le principe de la souveraineté comme raison principale d'inarbitrabilité des différends les impliquant en matière d'investissement. (**Sous-section 2**)

Sous-section 1 : L'interdiction de recours du partenaire public à l'arbitrage dans les pays adoptant le dualisme juridictionnel

254. Nombreux sont les droits relevant du système romano germanique ou bien adoptant le système du dualisme juridictionnel qui affichent une attitude hostile vis-à-vis l'arbitrage impliquant une personne morale de droit public. A la tête de ces pays, la France connue pour être le berceau du droit administratif. Ainsi que la Belgique et les pays nord africains comme l'Algérie et la Tunisie.

²³⁴ VAN COMERNOLLE, Jacques : « Réflexions conclusives ». in. « L'arbitrage en droit public » Ouvrage collectif sous la Direction de David RENDERS, Pierre DELVOLVÉ et Thierry TANQUEREL. Préf. Bernard HANOTIAU, éd. Bruylant et LGDJ, BRUXELLES, 2010 pp. 397.

255. En effet, l'Algérie affichait depuis son indépendance une hostilité envers l'arbitrage impliquant une personne morale de droit public. Le code algérien de procédure civile et administrative, confirme l'interdiction des personnes publiques à compromettre, comme principe général, dans les articles 975 et 1006 al.2. Ces personnes ne peuvent compromettre qu'exceptionnellement²³⁵.

256. En France, l'article 2060 du code civil prévoit qu'« *On ne peut compromettre ...sur les contestations intéressant les collectivités publiques et les établissements publics* »²³⁶. Cet article a reproduit expressément les articles 83 et 1004 de l'ancien code de procédure civile datant de 1806²³⁷. Le principe de prohibition de l'arbitrage pour les personnes morales de droit public, a été mentionné explicitement, par l'arrêt évêque de Moulins du 23 décembre 1887 disposant que « *l'État ne peut pas soumettre ses procès à des arbitres, tant en raison des conséquences aléatoires de l'arbitrage que des considérations d'ordre public qui veulent que l'État ne soit pas jugé que par des juridictions instituées par la loi* ». En ce sens, M. Laferrière notait que « *comment admettre en effet, que l'État puisse accepter des arbitres dans des affaires où il ne lui est même pas permis d'accepter des juges civils ? plus encore que la juridiction judiciaire, la juridiction administrative est d'ordre public pour l'État* ». L'on constate que ce principe est fondé sur la séparation des autorités administratives et les autorités judiciaires²³⁸. Aussi, l'existence d'un ordre juridictionnel spécialisé exclusivement, en matière administrative. Le principe général de prohibition des personnes morales à compromettre avait été justifié par l'incompatibilité supposée des intérêts publics pris en charge par les personnes morales de droit public avec l'arbitrage considéré comme une justice privée. Ce principe a été considéré par le Conseil d'État français comme relevant des principes généraux du droit. Il est pour autant, d'une valeur législative et non de valeur constitutionnelle selon le Conseil Constitutionnel français²³⁹.

257. Toutefois, la compétence exclusive du juge administratif dès lors qu'une personne publique est impliquée, avait été longtemps et depuis le célèbre arrêt Blanco, justifiée par son

²³⁵ Cf. Infra. § 292.

²³⁶ Code Civil français.

²³⁷ SAAD, Rami : « L'arbitrage dans les contrats administratifs, étude comparée, droit français-droit libanais » thèse en cotutelle, soutenue le 26 juin 2013, Panthéon Sorbonne et Université Libanaise, Beyrouth 2013. P. 34.

²³⁸ Yves Gaudemet : « Arbitrage des contrats internationaux des personnes publiques. La talentueuse construction d'une impasse, Trib. Conflits, 24 avril 2017 ». Revue de l'arbitrage, Vol. 2017, issue 3. pp. 886, éditions Comité Français de l'Arbitrage, Paris 2017.

²³⁹ RACINE, Jean-Baptiste : « Droit de l'arbitrage », 1^{ère} éd. PUF, Paris septembre 2016.

action motivée par l'intérêt général dans des conditions exorbitantes au droit privé. C'était la base de la jurisprudence de l'arrêt *Société nationale, de vente des surplus*.²⁴⁰

258. Cette croyance a perdu son caractère absolu dès 1921 où le Tribunal des Conflits admettait la compétence de la juridiction judiciaire pour des litiges impliquant une personne publique dans l'arrêt de la Colonie de Côte d'Ivoire précité, pour motif que cette dernière exploitait « *un service de transport dans les mêmes conditions qu'un industriel ordinaire* »²⁴¹. Puisque la compétence des juridictions judiciaires avait été admise dès lors que les personnes publiques agissent dans les conditions du droit privé. M. J. Billemont a déduit qu'il n'y a plus de raison de fermer la voie arbitrale devant les personnes publiques agissant dans les conditions de droit privé, fut-ce dans un but d'intérêt général. Il en va de même pour les EPIC ayant pour mission principale, la gestion des services publics dans les mêmes conditions qu'une société commerciale²⁴²

259. Si la justification de l'interdiction de l'arbitrage se base sur la nature du droit administratif et la protection de l'intérêt général par le juge étatique dans les pays du dualisme juridictionnel, et le principe de séparation des pouvoirs comme l'a mentionné E. Laferrière. Les raisons dans d'autres pays diffèrent.

Sous-section 2 : L'hostilité des pays d'accueil envers l'arbitrage d'investissement

260. Il est admis en droit international public que les États peuvent compromettre le plus naturellement, puisqu'il s'agit des sujets souverains trouvant sur un pied d'égalité. Toutefois, quand il s'agit d'un litige entre un État et une personne de droit privé, les parties au litige se trouvent en situation d'inégalité. Ainsi, la qualité souveraine de la personne publique a pour vocation de rendre la justice et l'État aurait le réflexe à tout prix de soumettre le litige à ses propres juridictions étatiques plutôt que d'être soumis à une juridiction étrangère. Ce qui éprouve une méfiance pour l'État menant parfois à interdire le recours à l'arbitrage²⁴³. Ainsi, si la raison de l'interdiction du recours des personnes publiques à l'arbitrage se base sur l'intérêt général dans les pays du dualisme juridictionnel, le constat est différent dans les pays

²⁴⁰ C.E. Arrêt d'Assemblée du 13 décembre 1957, *Société nationale de vente de surplus*, Rec. P. 697 ; D. 1958.517. Conclusions Gazier, note l'Huillier ; JCP 1958 II, 10800, note Motulsky.

²⁴¹ T.C. 22 janvier 1921, *Société commerciale de l'Ouest africain*, Rec. P.21. concl. Matter GAJA n°38.

²⁴² BILLEMENT, Jean : « La liberté contractuelle à l'épreuve de l'arbitrage », préf. Christophe JAMIN, LGDJ, Paris 2013.

²⁴³ AUDIT, Bernard « *L'arbitrage transnational et les contrats d'État : bilan et perspectives* », Centre d'étude et de recherche de droit international et de relations internationales, Académie de droit international, La Haye, 1987, p. 27.

en développement, basant cette interdiction sur le principe de la souveraineté de l'État. Ainsi, la souveraineté était la principale cause d'hostilité des pays émergents vis-à-vis l'arbitrage. Ces derniers n'acceptaient pas que leurs contrats de développement, présentant une importance cruciale à leurs économies, et impliquant généralement, des personnes morales de droit public, échappent de leur juge national²⁴⁴. Pour les pays émergents, il était inconcevable qu'ils soumettent leurs différends devant un juge autre que leur juge national. Ils voyaient que la stipulation d'une clause compromissoire est une sorte d'abandon de souveraineté, que le recours à l'institution de l'arbitrage faisait le jeu de la partie occidentale. En plus, les arbitres appliquaient la *lex mercatoria* sans prendre en compte les intérêts des pays émergents. Ces derniers considéraient que l'arbitrage comme une justice étrangère qui se croit supérieure²⁴⁵.

261. En outre, les pays émergents fraîchement obtenaient leurs indépendances, refusaient d'être parties dans des procédures d'arbitrage dont les clauses avaient été prescrits par les colonisateurs dans des concessions octroyées à leurs ressortissants. Ainsi, les pays en développement militaient pour l'instauration d'un nouvel ordre économique international. Ces derniers affichaient une hostilité manifeste vis-à-vis l'arbitrage.

262. En effet, la souveraineté comme cause d'hostilité de l'arbitrage impliquant une personne publique, a été prise sous plusieurs angles. Tout d'abord, la souveraineté de l'État sur ses ressources naturelles²⁴⁶ avait poussé certains États comme l'Algérie et la Libye, à refuser l'arbitrage dans le domaine des hydrocarbures. Ce refus avait persisté avant une ouverture progressive sur l'arbitrage s'amorçant avec l'amendement du code de procédure civile en 1993 et la signature des conventions internationales sur l'arbitrage en Algérie.²⁴⁷

263. Pour l'Algérie, c'est grâce au rapport de force économique établi en sa faveur suite des nationalisations de 1971, intervenus avec l'ordonnance 71-23,²⁴⁸ que tous les titres miniers et de transport détenus par les concessionnaires, étaient dévolus de plein droit à la société algérienne SONATRACH. Naturellement, les concessionnaires lésés voulaient saisir

²⁴⁴ RACINE, Jean Baptiste : « *Les raisons de la libéralisation de l'arbitrage international dans les pays émergents : le cas particulier de l'Algérie* ». RASJP, Vol 37, numéro 4, Alger, le 15 décembre 2000. PP. 267.

²⁴⁵ Ibid. p. 268.

²⁴⁶ TRARI-TANI, Mostefa : « *Arbitrage international et contrats publics en Algérie : L'exemple des contrats de recherche et d'exploitation des hydrocarbures* ». in. Mathias AUDIT : « Contrats publics et arbitrage international » édition Bruylant, Bruxelles, 2011. P. 171.

²⁴⁷ Cf. Infra. §. 396.

²⁴⁸ Ordonnance n°71-23 du 12 avril 1971 portant nationalisation partielle des biens parts, actions, droits et intérêts de toute natures dans les sociétés SOPEFAL et CFP (A), JORADP n°30 du 13 avril 1971, pp. 367.

les institutions arbitrales. Néanmoins, le gouvernement algérien avançait que l'acte de nationalisation est un acte souverain échappant à tout contrôle administratif ou juridictionnel voire arbitral²⁴⁹.

264. Avant cette nationalisation, le code pétrolier saharien de 1958 promulgué par la France, avait rejeté l'arbitrage et avait instauré la compétence exclusive du Conseil d'État français pour les litiges relatifs aux activités d'hydrocarbures. Cependant, les accords d'Evian daté du 19 mars 1962, ensuite, les accords algéro-français du 29 juillet 1965, ont rejeté la succession de la compétence des juridictions algériennes. Ces accords ont organisé des formules d'arbitrage international pour connaître les litiges naissant des activités de recherche, d'exploitation et de distribution des hydrocarbures.²⁵⁰

265. Depuis les nationalisations de 1971, l'Algérie avait octroyé aux juridictions nationales, en l'occurrence la Cour suprême en premier et en dernier ressort, la compétence exclusive sur le contentieux des hydrocarbures relatifs à la fiscalité pétrolière²⁵¹. Pour les autres catégories de litiges opposant la SONATRACH avec ses associés, les textes ne disaient rien sur l'autorisation ou sur l'interdiction de l'arbitrage international. Toutefois, c'est les accords entre la SONATRACH associée majoritaire et les sociétés étrangères, qui déterminaient les juridictions compétentes. C'est ainsi que l'arbitrage international qui était le plus souvent choisi, sous l'égide du règlement CCI de Paris et les tribunaux ainsi constitués s'étaient réunis le plus souvent en Suisse.²⁵² Cependant, les réformes intervenues avec la loi de 86-14 avaient mis fin à ses pratiques en interdisant implicitement l'arbitrage dans le domaine des hydrocarbures, en relevant les litiges nés des activités d'hydrocarbures aux juridictions algériennes compétentes, ou bien le recours à une commission de conciliation pour les litiges relatifs à l'association en matière des hydrocarbures²⁵³. Cela étant avant d'ouvrir la voie

²⁴⁹ Trari-Tani Mostefa : « *L'arbitrage commercial international : Avec référence au droit et à la pratique des pays du Maghreb (Algérie, Libye, Maroc, Mauritanie et Tunisie)* », op.cit. n°184. Pp. 14.

²⁵⁰ BENCHIKH, Madjid : « *La nouvelle loi pétrolière algérienne : direction publique et économie de marché* ». Les années du Maghreb. 2005-2006. <https://doi.org/10.4000/anneemaghreb.103> p.16.

²⁵¹ L'Ordonnance n°71-24 du 12 avril 1971 modifiant l'ordonnance n°58-1111 du 22 novembre 1958 relative à la recherche, à l'exploitation, au transport par canalisation des hydrocarbures et au régime fiscal de ces activités. JORADP n°30 du 13 avril 1971.

²⁵² BENCHIKH, Madjid : « *La nouvelle loi pétrolière algérienne : Direction publique et économie de marché* ». op.cit. note. 251. p. 17.

²⁵³ Article 63 de la loi 86-14 du 19 août 1986 relative aux activités de prospection, de recherche, d'exploitation et de transport par canalisation de hydrocarbures. JORADP n°35 du 27 août 1986.

arbitrale partiellement pour les litiges opposant la SONATRACH et ses associés étrangers, en vertu de l'amendement de la loi 86-14 en 1991.²⁵⁴

266. Alors qu'en Lybie, l'arbitrage était considéré comme contraire à la souveraineté ce qui avait mené la Lybie à bouter les procédures d'arbitrage déclenchées par les sociétés étrangères.²⁵⁵

267. Par ailleurs, l'interdiction de l'arbitrage a été tirée aussi sous l'angle de la qualité souveraine du partenaire public en matière d'investissement. En effet, les attitudes militent en faveur de la compétence exclusive des juridictions locales pour résoudre les litiges entre les investisseurs étrangers et les États hôtes de l'investissement, remontaient au milieu du XIX^e siècle, avec la Doctrine Calvo. Ainsi, les pays de l'Amérique Latine avaient été longtemps sujets à des pratiques impérialistes des USA et les pays exportateurs des capitaux. Ces derniers évoquaient la protection dite des étrangers. C'est-à-dire, l'État d'origine intervenait pour résoudre les litiges entre leurs ressortissants investisseurs et l'État d'accueil. Étant autrefois une caractéristique essentielle du droit international, la protection diplomatique impliquait principalement des puissances occidentales exigeant le respect de certaines normes minimales envers leurs ressortissants à l'étranger. Ce qui a donné lieu à une variété de commissions mixtes de réclamations, notamment entre les Usa et les États d'Amérique Latine. Ces derniers ont été fortement exposés aux abus de la protection diplomatique et l'intervention armée des États d'origine des investisseurs étrangers. C'est ainsi que le diplomate argentin Carlos Calvo avait annoncé sa doctrine en soutenant que :

*“Domestic courts shall be entitled to exclusive jurisdiction over disputes between foreigners and sovereign states, and foreigners should not seek non-local remedies such as diplomatic protection”*²⁵⁶.

268. Selon cette doctrine, les tribunaux locaux doivent avoir une compétence exclusive sur les litiges impliquant les investisseurs étrangers avec l'État hôte et que ces premiers ne doivent pas chercher des recours non locaux tels que la protection diplomatique. En effet, le

²⁵⁴ Cf. TRARI-TANI, Mostefa : « *Arbitration in all related disputes to oil, according to the ne Algerian hydrocarbons law* » Journal of arab arbitration, 2009, vol 1, issue 2, pp. 81. Cf. aussi 12 de la loi n°91-21 du 4 décembre 1991, modifiant et complétant la loi n°86-14 (ibid.) JORADP n°63 du 7 décembre 1991.

²⁵⁵ Ibid. p.17.

²⁵⁶ Shuo Feng & Wei Shen : « Calvo Is Back! Changing Sovereignty and Evolutionary Investment Law in a Leaving and Return of the State Paradigm » J. East Asia & int'l l. Vol. 13/No.2 (2020); 307-336. DOI: <http://dx.doi.org/10.14330/jeail.2020.13.2.04> p. 310 (Consulté le 01/02/2021).

concept de non-intervention et d'égalité absolue des étrangers avec les nationaux constituent l'essence de la Doctrine Calvo. Cette dernière rejette les privilèges impérialistes et le traitement supranational que recherchaient et dont bénéficiaient autrefois les puissances occidentales et leurs ressortissants. Une fois mis à l'avance, cette doctrine a été reconnu et accueilli favorablement, par les États de l'Amérique Latine qui venaient d'obtenir leur indépendance et existaient en tant qu'États faibles ayant subi des traumatismes coloniaux. Aussi, la doctrine Calvo s'était progressivement, transformée en un modèle régional dans l'Amérique Latine et a été transposée dans leurs constitutions, face à la protection diplomatique qu'était une manière politisée pour résoudre les différends relatifs à l'investissement. Néanmoins, cette doctrine n'avait pas réussi à abolir le recours à la protection diplomatique qui persistait à accompagner le recours aux juridictions locales²⁵⁷.

269. Ce rappel historique de la doctrine Calvo, nous paraît utile dans la mesure où les États hôtes de l'investissement, continuent jusqu'à nos jours, à favoriser le recours à leurs juridictions locales pour résoudre leurs différends avec les investisseurs étrangers. Ceci, que ce soit dans leurs lois respectives sur l'investissement ; dans les TBI conclus avec les pays d'origines de l'investisseurs étrangers ; voire dans les contrats d'investissement qui peuvent contenir une clause attributive de juridiction au profit des juridictions locales de l'État hôte. Cette clause est dénommée « *Clause Calvo* » en hommage au diplomate argentin Carlos Calvo.

270. C'est le cas des lois algériennes successives sur l'investissement, lesquelles préfèrent recourir aux tribunaux locaux pour résoudre les différends relatifs à l'investissement, en cas d'absence d'un consentement à l'arbitrage ou à la conciliation.²⁵⁸

271. Le principe de la souveraineté a été aussi pris sous l'angle de l'immunité de juridiction ou bien de l'immunité d'exécution. En effet, la jurisprudence s'est appuyée sur des avis doctrinaux comme celui de M. OPPETIT qui voit que la renonciation de l'État de se soumettre à ses propres juridictions relève de l'insolite voire même que cette renonciation semble inconcevable et illicite puisque la puissance souveraine est un attribut essentiel de l'État. Pour M. RIVERO, le principe d'interdiction du recours des personnes publiques à l'arbitrage, a une justification psychologique basée sur l'idée de l'exemplarité. Selon cet auteur, comment les particuliers garderaient confiance dans la justice instituée par l'État si ce

²⁵⁷Shuo Feng & Wei Shen : « Calvo Is Back! Changing Sovereignty and Evolutionary Investment Law in a Leaving and Return of the State Paradigm » op.cit. note n°256 p.311

²⁵⁸ Article 12 de la loi n°22-18 du 24 juillet 2022 relative à l'investissement, JORADP n°50 du 28 juillet 2022.

dernier s'en dérobe lui-même ? Le même auteur évoquait la question de la transcendance de l'État qui en recourant à l'arbitrage s'abaîsserait d'une certaine mesure, en confiant à de simple particulier (les arbitres) le soin de décider sur ses intérêts dont il a la garde ²⁵⁹.

272. Enfin, nous allons voir dans les développements que cette attitude hostile des pays émergents relève du passé et les arguments basés sur la souveraineté sont devenus archaïques. Néanmoins, si les pays émergents ont trouvé un compromis avec les pays exportateurs des capitaux, en acceptant le recours à l'arbitrage. Cependant, nous allons voir dans notre étude, que les pays développés commencent récemment, et après la crise financière de 2008 à boycotter l'arbitrage d'investissement, pour des raisons sécuritaires ²⁶⁰. D'autre part, certains pays, en souscrivant la convention d'arbitrage, émettent des conditions et des formalités sur la capacité des personnes morales de droit public à compromettre²⁶¹.

Section 2 : La remise en cause du principe de l'inarbitrabilité des contrats de PPP

273. L'arbitrage est devenu un moyen principal de règlement des différends nés des contrats internationaux, avec l'avènement du principe de l'autonomie de l'arbitrage. Ainsi, le principe de l'interdiction des personnes publiques à l'arbitrage est devenu archaïque et anachronique, jusqu'au point où il a été renversé dans les contrats internationaux de PPP. **(Sous-section 2).** Il en va de même en matière d'arbitrage d'investissement, où l'arbitrage est considéré comme une garantie offerte à l'investisseur étranger **(Sous-section 3).**

274. En revanche, la nature économique caractérisant les contrats de PPP, milite à ouvrir l'arbitrage exceptionnellement, pour certains contrats impliquant les personnes publiques même s'ils sont d'ordre interne. C'est ainsi que les droits comparés ont émis des exceptions textuelles sur la faculté du partenaire public à compromettre **(Sous-section 1).** Sachant que pour les pays du monisme juridictionnel, les personnes de droit public se traitent sur le même pied d'égalité avec les particuliers. La supériorité faite aux personnes publiques au nom de la protection de l'intérêt général n'y est pas existant. Ainsi, le recours à l'arbitrage pour les personnes publiques y est admis.

²⁵⁹ WAKED JABER, Rita : « Le contrat administratif international : Essai d'une théorie générale à travers l'exemple du contrat BOT (*Build, Operate and Transfer*). Op.cit. note n°174. P. 599.

²⁶⁰ Cf. Infra. § 412.

²⁶¹ Cf. Infra. § 538.

Sous-section1 : La portée réduite du principe de l'inarbitrabilité des litiges en matière de PPP d'ordre interne

275. En dépit de l'hostilité de l'arbitrage en matière administrative dans les pays du dualisme juridictionnel, des dérogations à ce principe en matière des PPP d'ordre interne commencent à voir le jour dans les législations de ces pays. L'ouverture de ces contrats sur l'arbitrage repose sur deux ordres de considérations, la première consiste à désencombrer les juridictions administratives, tandis que la deuxième considération réside dans la nécessité du rapprochement entre la gestion administrative et la gestion commerciale.²⁶²

276. A titre d'exemple, en France nous observons des îlots de dérogations prévues par des textes épars. Ces dérogations sont actuellement, énumérées dans l'article L311.6 du code de la justice administrative, réduisant ainsi, la portée du principe de l'interdiction des personnes publiques à compromettre. Cela en dépit de l'apport de la jurisprudence judiciaire autorisant ces personnes à compromettre en matière internationale. En effet, le législateur français dans l'article L 311-6 du code de la justice administrative a exempté certains contrats de principe de prohibition de l'arbitrage frappant les personnes morales de droit public. Cet article dispose que :

« Par dérogation aux dispositions du présent code déterminant la compétence des juridictions de premier ressort, il est possible de recourir à l'arbitrage dans les cas prévus par :

1 Les article L. 2197-6 et L. 2236-1 du code de la commande publique ;*

2 L'article 7 de la loi n° 75-596 du 9 juillet 1975 portant dispositions diverses relatives à la réforme de la procédure civile ;*

3 L'article L. 321-4 du code de la recherche ;*

*4*Les articles L. 2102-6, L. 2111-14 et L. 2141-5 du code des transports ;*

*5*L'article 9 de la loi n° 86-972 du 19 août 1986 portant dispositions diverses relatives aux collectivités locales ;*

*6*L'article 28 de la loi n° 90-568 du 2 juillet 1990 relative à l'organisation du service public de la poste et des télécommunications ;*

*7*L'article 24 de la loi n° 95-877 du 3 août 1995 portant transposition de la directive 93/7 du 15 mars 1993 du Conseil des Communautés*

²⁶² LICHÈRE ; F. RICHER, L. : « *Le droit des contrats administratifs* ». op.cit. note n°13.

européennes relative à la restitution des biens culturels ayant quitté illicitement le territoire d'un Etat membre ».

Le législateur L'article 975 de code prévoit que :

« Les personnes visées à l'article 800 ci-dessus [l'Etat, les collectivités locales et les établissements publics à caractère administratif], ne peuvent compromettre, sauf dans les cas prévus par les conventions internationales que l'Algérie a ratifié ainsi qu'en matière des marchés publics »²⁶³.

277. Certains pays de l'Europe continentale et les pays de l'Amérique du sud adoptant traditionnellement, une attitude hostile contre la faculté des personnes publiques à compromettre, ont fini récemment par prévoir plusieurs dérogations sur ce principe voire quitter ce principe²⁶⁴

278. Nous pouvons déduire que des dérogations ont été autorisées pour certains formes de PPP (§2) et aussi pour les EPIC et EPE en Algérie et dans une moindre mesure, en France (§1).

279. En dépit de ces dérogations textuelles réduisant la portée du principe de prohibition du recours des personnes morales de droit public à l'arbitrage, il existe aussi en droit comparé une renonciation à ce principe par l'exigence de certaines formalités conditionnant la convention de l'arbitrage, ou bien sur la renonciation de l'État sur ce principe, en vertu d'un traité. Ainsi, on ne peut pas nier le rôle du consentement sur la faculté des personnes publiques à compromettre. Nous allons nous focaliser dans cette sous-section sur les dérogations législatives. En revanche, nous étudierons la possibilité du recours des personnes publiques à l'arbitrage, basée sur le consentement étatique, dans la deuxième partie de notre étude, en abordant le régime juridique de la convention de l'arbitrage²⁶⁵.

²⁶³ La loi 08-09 portant code de procédure civile et administrative. Op.cit. note n°154. Article 975.

²⁶⁴ WALD, Arnolde et ENGELMAYER KALICKI, Jean: "The settlement of disputes between the public administration and private companies by arbitration under Brazilian law" Journal of International Arbitration, 2009, Issue 4, pp. 557-578.

²⁶⁵ Cf. Infra. § 640.

§1- L'arbitrabilité des contrats conclus par des entreprises publiques économiques et établissements publics à caractère industriel et commercial

280. Dans une vision plus extensive des PPP, nous pouvons voir les EPIC et EPE prennent la qualité du partenaire public dans les contrats de PPP. Cette vision est soutenue si ces contrats portent sur la réalisation et l'exploitation d'une infrastructure publique ou un service public. Donc, l'existence du critère matériel des PPP. En outre ces contrats sont financés et supervisés généralement, par les autorités publiques. Tel est le cas pour les EPE en Algérie, dans les contrats de DSP pour la gestion des services publics de l'eau et de l'assainissement à Alger, Oran, Constantine ou bien Annaba et Taref. Ces contrats de DSP constituent bien des PPP, en dépit du caractère d'Epic ou EPE des partenaires publics, dans la mesure où ces contrats ont été financés par le budget de l'État et pas sur les fonds propres desdits EPIC et EPE. Ils sont en outre supervisés par le ministère des ressources en eau, ayant le pouvoir d'approbation de l'attribution de ces contrats par un arrêté interministériel, de modification et de résiliation de ces contrats. Cela conformément à la loi 05-12 relative à l'eau puisque cette loi soumet au même régime ces DSP et ce quoi que ce soit la qualité de l'autorité délégante, Etat, Collectivités locales ou bien EPIC ou EPE agissant à la fois comme autorité délégante et comme concessionnaire de l'Etat²⁶⁶. Aussi le cas pour l'EPE « *Algerian Energy Company* » dans l'exemple de PPP dans les projets de dessalement de l'eau de mer, et aussi, les EPL gérant les ports en Algérie. Ces derniers n'agissent pas comme autorités concédantes mais comme des actionnaires dans les sociétés concessionnaires au même titre que leurs associés privés.

281. Ainsi, la question se pose pour l'arbitrabilité des litiges des PPP conclus par ces établissements ou entreprises, soumis en principe au droit privé.

282. En France, nous avons vu que l'article 2060 du code civil français, dans sa version initiale avait interdit le recours à l'arbitrage pour « les collectivités publiques et les établissements publics ». Cet article n'excluait pas les établissements publics à caractère industriel et commercial, chose qui est tout à fait normal puisque ces catégories d'établissement n'existaient qu'au milieu du vingtième siècle et après l'analyse de Mr. E. Laferrière précitée²⁶⁷.

²⁶⁶ AHMANE, Kheira : « Le contrat international de l'eau : contribution à une étude de partenariat public-privé », op.cit. note n°127. P. 123.

²⁶⁷ Gaudemet, Yves : « Arbitrage des contrats internationaux des personnes publiques. La talentueuse construction d'une impasse, Trib. Conflits, 24 avril 2017 » op.cit. note n°239. P. 887.

283. Cependant, le Conseil d'État dans un arrêt d'assemblée daté du 13 décembre 1957 *Société nationale de vente des surplus* précité²⁶⁸ a confirmé le principe général de la prohibition organique de l'arbitrage, adressé à toutes les personnes morales de droit public, sans s'attacher à la nature de leur activité, administrative ou bien industriel et commercial. Cet arrêt avait suscité de nombreuses critiques par la doctrine, puisque les EPIC suivant leurs statuts, sont gérés et agissent : « *Selon les lois et usages du commerce* ». D'autant plus, les EPIC n'existaient pas lors de la rédaction des articles proscrivant le recours des établissements publics à l'arbitrage et même lors de l'analyse de M. E. Laferrière. Les conclusions du Commissaire du Gouvernement Gazier allaient dans ce sens, en estimant que les établissements publics à l'époque de l'intervention des dispositions les interdisant à l'arbitrage, différaient nettement de celui d'aujourd'hui. En effet, les litiges naissant des EPIC ont une nature commerciale et relèvent par conséquent, au juge consulaire et il n'y a plus lieu de l'intervention du ministère public. Les articles 1004 et 83 de l'ancien code civil exigeant la communication du ministère public, ne pouvaient justifier la proscription de l'arbitrage pour les EPIC²⁶⁹. D'autant plus, l'arbitrage à l'époque avait été reconnu pour les litiges de nature commerciale relevant des tribunaux consulaires, en vertu de l'article 631 du code de commerce. En effet, le Conseil d'État n'avait pas suivi ces raisonnements et se penchait sur le critère organique de la qualité de la personne publique sans prendre en compte la nature de son activité²⁷⁰

284. Ces critiques sont à l'origine de la promulgation de la loi n°75-536 du 9 juillet 1975 modifiant le code civil. Cette loi a ajouté un deuxième alinéa à l'article 2060 du code civil disposant que « *des catégories d'établissements publics industriels et commerciaux pourront être autorisés par décret à compromettre* ». Toutefois, un seul décret à nos jours a été promulgué en application de cet article. Il s'agit du décret du 8 janvier 2002 autorisant EDF et GDF, les charbonnages de France et les houillères de bassin à compromettre. Toutefois, rien n'est déplorable puisque le champ de l'arbitrabilité a été ouvert progressivement, par des lois spéciales autorisant l'arbitrage pour certaines matières que nous allons voir dans les développements²⁷¹.

²⁶⁸ Cf. supra. §. 257.

²⁶⁹ SAAD, Rami : « L'arbitrage dans les contrats administratifs, étude comparée, droit français-droit libanais » op.cit. note n°238. P.34.

²⁷⁰ Ibid. p. 96.

²⁷¹ Ibid. p. 889.

285. En Algérie et la Tunisie, nous pouvons constater que l'inarbitrabilité frappe expressément, l'État, les collectivités locales et les établissements publics à **caractère administratif**, selon l'article 975 du code de procédures civiles et administratives algérien et l'article 7 al.5 du code tunisien de l'arbitrage.²⁷² *A contrario*, les EPIC et les EPE peuvent compromettre le plus normalement possible en Algérie.

286. Précédemment en Algérie, en vertu de l'ordonnance 75-44 du 17 juin 1975 du 17 juin 1975 relative à l'arbitrage obligatoire pour certains organismes²⁷³, les litiges impliquant les entreprises socialistes et les sociétés d'économie mixtes étaient soumis à un arbitrage obligatoire exercé par des commissions d'arbitrage²⁷⁴ comparables à celles qu'a connu l'Union Soviétique « *Gosarbitraj* » ou arbitrage de l'État²⁷⁵. Cet état a duré jusqu'à la promulgation des lois de l'autonomie des entreprises publiques économiques, dont la loi n°88-04 modifiant et complétant le code de commerce abrogeant l'ordonnance de 1975 sur l'arbitrage obligatoire²⁷⁶. Désormais, les entreprises publiques économiques et les établissements publics à caractère industriel et commercial sont soumis aux règles de droit privé, et par conséquent, à l'arbitrage du droit commun. Le scénario est identique pour le Brésil où la constitution de 1988 a soumis les sociétés d'économie mixte aux règles de droit privé au même titre que les entreprises privées. Ces sociétés ont progressivement commencé à participer à des procédures d'arbitrage international, et leurs responsables se sont généralement abstenus de contester la validité de la convention d'arbitrage et se sont conformés aux sentences arbitrales²⁷⁷.

²⁷² La République tunisienne : la loi n°93-42 du 26 avril 1993 portant promulgation du code de l'arbitrage, Journal officiel de la République tunisienne. P. 580.

²⁷³ Cf. Ordonnance 75-44 du 17 juin 1975 du 17 juin 1975 relative à l'arbitrage obligatoire pour certains organismes, JORADP n°53 du 04 juillet 1975, pp/ 606.

²⁷⁴ Cf. Ordonnance n°75-44 du 17 juin 1975 relative à l'arbitrage obligatoire pour certains organismes, JORADP n°53 du 04 juillet 1975 (Abrogée par la loi 88-04 du 13 janvier 1988 modifiant et complétant le code de commerce).

²⁷⁵ TRARI-TANI, Mostefa : « *L'arbitrage commercial international : Avec référence au droit et à la pratique des pays du Maghreb (Algérie, Libye, Maroc, Mauritanie et Tunisie)* », op.cit. n°184 P.80.

²⁷⁶ Loi n°88-04 du 13 janvier 1988 modifiant et complétant le code de commerce, JORADP n°2 du 13 janvier 1988.

²⁷⁷ WALD, Arnaldo et ENGELMAYER KALICKI, Jean: "*The settlement of disputes between the public administration and private companies by arbitration under Brazilian law*". Op.cit. note n°265. P.570.

§2- Les dérogations sur le principe de l'inarbitrabilité de certaines formes contractuelles de PPP

287. Plusieurs dérogations au principe général d'interdiction des personnes morales de droit public à compromettre ont été édictées par des lois spéciales. Ces dérogations portent sur certaines formes de PPP. C'est ainsi que l'arbitrage est désormais admis pour les contrats de PPP à paiement public. C'est le cas du droit français où l'article L311-6 du code de la justice administrative a autorisé l'arbitrage pour les marchés de partenariat et les marchés publics (A).

288. Cependant, le recours à l'arbitrage en matière de contrat interne de concession a été expressément interdit en droit français et implicitement, en droit algérien (B).

A- L'étendue de l'arbitrabilité en matière des marchés publics et autres formes de PPP à paiement public

289. Le recours à l'arbitrage en matière des marchés publics d'ordre interne a connu des évolutions finissant à l'autoriser actuellement.

290. En Algérie, la possibilité du recours à l'arbitrage en matière des marchés publics a été expressément, prévue par l'article 975 précité, du code de procédure civile et administrative, algérien de 2008. L'article 1006 alinéa 2 du même code prévoit à son tour que :

« Les personnes morales de droit public ne peuvent compromettre, sauf dans leurs relations économiques internationales et en matière des marchés publics ».

291. Ces dispositions ont autorisé le recours à l'arbitrage en matière des marchés publics sans pour autant, spécifier si ces marchés publics sont d'ordre interne ou international. La portée générale de cet article nous mène à conclure que les marchés publics d'ordre interne sont arbitrables. Cependant, la possibilité du recours à l'arbitrage dans le code de procédure civile et administrative, ne constitue pas une nouveauté. Ainsi, les codes algériens successives des marchés publics la prévoient implicitement, en disposant que le mode de règlement des litiges et le droit applicable constituent des mentions obligatoires dans un marché public. Par conséquent, il est possible d'insérer une clause compromissoire dans la phase de conclusion d'un marché public et avant la naissance du litige. En revanche, le compromis d'arbitrage

avait été proscrit sous l'égide de l'ancien code de procédure civil puisque ce code avait interdit d'une façon absolue, le recours des personnes morales de droit public à l'arbitrage²⁷⁸.

292. De surcroît, sont qualifiés de marchés publics les marchés conclus, par les établissements publics à caractère industriel et commercial lorsque ceux-ci sont chargés d'une opération financée par l'État ou par des collectivités locales. Ce type de marchés publics a été déjà ouvert à l'arbitrage puisque la règle d'interdiction ne concerne pas les EPIC et EPE, elle frappe uniquement, les personnes morales de droit public. A savoir, l'État, les collectivités locales et les établissements publics à caractère administratif.

293. En France, le recours à l'arbitrage en matière des marchés publics n'a été reconnu que récemment en 2016, à l'occasion de la promulgation du code actuel des marchés publics. Ainsi, l'article L2197-6 du nouveau code de la commande publique prévoit :

*« Par dérogation aux dispositions du premier alinéa de l'article 2060 du code civil, le recours à l'arbitrage pour le règlement des litiges opposant les personnes publiques à leurs cocontractants dans l'exécution des marchés publics est possible pour les litiges relatifs à l'exécution financière des marchés publics de travaux et de fournitures de l'État, des collectivités territoriales et des établissements publics locaux ainsi que dans les autres cas où la loi le permet »*²⁷⁹.

294. Ainsi, le recours à l'arbitrage en matière des marchés publics est devenu possible pour les litiges relatifs à l'exécution financière des marchés publics. Cette possibilité de compromettre est liée avec une condition *ration materiae* qui est la nature du litige²⁸⁰. Par déduction, les litiges relatifs à la passation des marchés publics restent du ressort du juge administratif. En outre, les marchés de services ou d'études ne sont pas concernés par cette autorisation.

295. Cependant, le recours à l'arbitrage en matière des marchés publics ne date pas d'aujourd'hui. En effet, ce recours a été reconnu en la matière depuis 1906 sous certaines conditions **(1)**. Il a été reconnu aussi en matière des marchés de partenariat depuis 2004 lorsqu'ils étaient dénommés contrats de partenariat ou PPP *stricto sensu* portant sur un paiement public, devenu ultérieurement une forme de marché public **(2)**.

²⁷⁸ TRARI-TANI, Mostefa : « Arbitration and procurment contracts new achievements for improving the business climate in Algeria ». RDAI/IBLJ.2019/6.

²⁷⁹ Code français de la commande publique. Op.cit. note n°50.

²⁸⁰ Cf. Infra. § 298.

1- Le recours à l'arbitrage en matière de liquidation financière des travaux et de fournitures

296. En France, l'autorisation du recours à l'arbitrage en matière des marchés publics est ancienne mais conditionnée par un critère *ration materiae* portant sur la nature du litige. Ainsi, l'article 69 al.1 de la loi du 17 avril 1906 portant fixation du budget général des dépenses et des recettes de l'exercice 1906, prévoyait que : « *Pour la liquidation de leurs dépenses de travaux publics et de fournitures, l'État, les départements et les communes pourront recourir à l'arbitrage tel qu'il est réglé par le livre III du code de procédure civile* ». Cet article avait été prévu à l'occasion de litiges nés à la suite d'une exposition universelle organisée en 1906, à Paris. Cette autorisation du recours à l'arbitrage paraissait nécessaire pour éviter la perte du temps et de l'argent²⁸¹. Cet article s'était inséré et reproduit avec quelques aménagements, dans les codes successifs des marchés publics et ce jusqu'au code des marchés publics de 2006 abrogé le 1^{er} avril 2016, en vertu de l'article 128, réinséré dans le code de la commande publique de 2018.²⁸²

297. Cependant, cette autorisation d'arbitrabilité se portait uniquement sur les marchés publics de travaux ou de fournitures, et elle ne concerne guère les marchés publics de services ou d'études. En outre, elle concernait uniquement les litiges déjà nés relatif à la liquidation des dépenses de travaux ou de fourniture. Par conséquent, elle s'appliquait uniquement sur le compromis d'arbitrage. A cet effet, la clause compromissoire restait frappée par le principe général de l'interdiction des personnes morales de droit public à compromettre, prévu par l'article 2060 du code civil sus évoqué²⁸³.

2- Le recours à l'arbitrage en matière des marchés de partenariat

298. Le contrat de partenariat est un nouveau contrat paru en droit français en 2004, ajouté à la panoplie des contrats de PPP en France. Il a été considéré par la doctrine française à l'époque comme PPP *stricto sensu* par opposition des PPP *lato sensu* portant sur une multitude de formes telles que la DSP et les autres contrats de concession. Cependant, il a été considéré par le droit européen comme un marché public complexe et a été finalement,

²⁸¹ SAAD, Rami : « L'arbitrage dans les contrats administratifs, étude comparée, droit français-droit libanais », op.cit. note n°238.

²⁸² Article 128 du décret n° 2006-975 du 1er août 2006 portant code des marchés publics, (abrogé) cf. https://www.legifrance.gouv.fr/codes/section_lc/LEGITEXT000005627819/LEGISCTA000006145878/2021-02-08?isAbrogated=true#LEGISCTA000006145878 (droit français).

²⁸³ Cf. Supra. §253.

rebaptisé marché de partenariat depuis le 1^{er} avril 2016. Ainsi, il est devenu un type de marché public²⁸⁴.

299. La nouveauté apportée par cette ordonnance de 2004 qu'elle a pour la première fois autorisé le recours à l'arbitrage pour un contrat qualifié par la même ordonnance comme étant un contrat administratif. Cela sans attacher sur sa nature, un contrat interne ou un contrat international. Ainsi que la volonté de le soumettre au droit administratif français²⁸⁵.

300. L'article 11 *in fine* de l'ordonnance 2004-559 datée du 17 juin 2004 relatif au contrat de partenariat, a autorisé le recours à l'arbitrage en matière de contrat de partenariat conclu par l'État avec l'application de la loi française. Cet article avait énuméré les clauses nécessaires dans un contrat de partenariat, relatives aux « ...modalités de prévention et de règlement des litiges et aux conditions dans lesquelles il peut, le cas échéant, être fait recours à l'arbitrage, avec application de la loi française »²⁸⁶. *Idem* pour les collectivités territoriales en vertu du code général des collectivités territoriales, dans son article L.1414-12 inséré par l'article 14 de l'ordonnance de 2004 sur le contrat de partenariat²⁸⁷. Nous pouvons déduire que cet article concerne tous les litiges et non seulement ceux relatifs à l'exécution des contrats de partenariat. Il concerne aussi la clause compromissoire et rien n'a été dit sur le compromis d'arbitrage²⁸⁸. Mais cet article a exigé l'application du droit français dans son ensemble²⁸⁹. Cette ordonnance a été abrogée le 1^{er} avril 2016 par le code des marchés publics de 2015, inséré à son tour, au code de la commande publique de 2018. Ce dernier ayant considéré le *marché de partenariat* comme étant un marché public, a de nouveau reconnu l'arbitrage en la matière par l'article L2236-1 du code de la commande publique en disposant que « *Les parties peuvent recourir à l'arbitrage pour le règlement des litiges relatifs à l'exécution des marchés de partenariat, avec application de la loi française* »²⁹⁰. La nouveauté ici que l'autorisation du recours à l'arbitrage est prévue par un article spécial et qu'elle n'a pas été figurée dans les mentions obligatoires dans un marché de partenariat. Par

²⁸⁴ Cf. supra. § 161.

²⁸⁵ AUDIT, Bernard : « Le contrat de partenariat ou l'essor de l'arbitrage en matière administrative », Revue de l'arbitrage Vol 2004, Issue 3. PP.541-564, Comité français de l'arbitrage. Paris, 2004.

²⁸⁶ Article 11 de l'ordonnance n°2004-559 du 17 juin 2004 sur le contrat de partenariat. <https://www.legifrance.gouv.fr/jorf/id/JORFTEXT000000438720> (droit français).

²⁸⁷ AUDIT, Bernard : « Le contrat de partenariat ou l'essor de l'arbitrage en matière administrative », op.cit. note n°286.

²⁸⁸ Ibid. p.545.

²⁸⁹ Cf. infra. 736

²⁹⁰ Ordonnance n° 2018-1074 du 26 novembre 2018 portant partie législative du code de la commande publique. <https://www.legifrance.gouv.fr/jorf/id/JORFTEXT000037695219?r=58P3nRGCKn> (consulté le 009/02/2021)

conséquent, nous pouvons conclure que le compromis d'arbitrage et aussi autorisé au même titre que la clause compromissoire. Cependant, les litiges doivent être relatifs à l'exécution du marché de partenariat. Ainsi, le contentieux de passation des marchés de partenariat, est devenu exclu, à l'instar de l'arbitrabilité des marchés publics en France.

301. En effet, il n'est pas illogique d'appliquer le droit local aux contrats conclus par des entités étatiques et d'exiger que les arbitres compétents pour la résolution des litiges découlant de ces contrats, devraient connaître le pays hôte et ses lois. Les restrictions imposées par la loi sur les PPP ne sont pas sans précédent. Plusieurs systèmes juridiques prévoient des restrictions similaires à l'arbitrage des contrats de PPP en droit ou en pratique, tandis que d'autres encore ne prévoient même pas du tout l'accès à l'arbitrage pour ces contrats. A titre comparatif, le législateur brésilien a entrepris une démarche similaire. En effet il a autorisé l'arbitrage dans les contrats de PPP malgré son hostilité traditionnelle, à l'arbitrage impliquant une personne morale de droit public. Ainsi, la loi brésilienne sur les PPP en l'occurrence loi n° 11.079, du 31 décembre 2004, prévoit expressément le recours à l'arbitrage sous réserve de trois conditions :

- 1- La procédure d'arbitrage doit avoir lieu au Brésil ;
- 2- La procédure d'arbitrage doit être menée en langue portugaise ;
- 3- La procédure d'arbitrage doit être conforme à la loi brésilienne.

302. Ces conditions restrictives n'excluent pas l'application des règles de la CCI ou d'autres règles d'arbitrage commercial, ni la possibilité de nommer des arbitres étrangers, mais les arbitres doivent parler portugais et connaître le droit brésilien, qui peut évidemment présenter des obstacles pratiques aux services des non-Brésiliens. Bien que ces dispositions aient été critiquées comme étant de nature paroissiale, il est important de considérer les nouvelles lois comme un premier pas vers la consolidation de l'arbitrage international au Brésil, qui pourrait adopter une position plus libérale dans un avenir proche²⁹¹.

B- La prohibition de l'arbitrage en matière des contrats internes de concession

303. Malgré la multiplication des dérogations sur le principe de prohibition de l'arbitrage en matière des contrats de PPP, le contrat de concession d'ordre interne, comme étant une des principales formes de PPP, n'a pas trouvé sa place dans le droit algérien et le droit français

²⁹¹ WALD, Arnaldo et ENGELMAYER KALICKI, Jean: *"The settlement of disputes between the public administration and private companies by arbitration under Brazilian law"* op.cit. note n°265. P. 574.

d'arbitrage. Ainsi, ces deux contrats s'ils sont d'ordre interne, demeurent exclus de cette ouverture, le principe de prohibition de l'arbitrage persiste à leur égard. Même si ce principe est frappé par quelques dérogations, le contrat de concession n'en fait pas partie sauf s'il est d'ordre international.

304. En droit algérien, l'inarbitrabilité du contrat de concession d'ordre interne est implicite. Le principe général de l'interdiction des personnes morales de droit public à compromettre, même s'il connaît des exceptions en matière de marchés publics ou bien dans les relations extraterritoriales, demeure applicable en matière de concession d'ordre interne, et ce dernier ne peut prévoir ni une clause compromissoire ni un compromis d'arbitrage.

305. En outre, les différents textes juridiques, régissant le contrat de concession exigent que le concessionnaire soit une personne morale de droit algérien²⁹². Ainsi, le législateur tend à internaliser les contrats de concession dans la mesure du possible. A cet effet, le contrat de concession se voit exclu des procédures d'arbitrage, à moins que la société concessionnaire de droit algérien soit constituée par des opérateurs économiques étrangers bénéficiant du droit au recours à l'arbitrage d'investissement en vertu d'un TBI ou bien que le contrat de concession fit l'objet d'un appel d'offre international ou conclu de gré à gré avec une société étrangère. Dans ce cas de figure, même si le droit algérien exige à la société étrangère la création d'une filiale de droit algérien. Le recours à l'arbitrage d'investissement, reste possible s'il constitue un investissement protégé. Aussi le cas en Algérie en matière de DSP, puisque le décret exécutif 18-199 relatif à la DSP exige que le délégataire ne puisse qu'être une personne morale publique ou privée de droit algérien.²⁹³ L'article 10 du décret exécutif n°18-199 prévoit que l'appel à la concurrence doit être national²⁹⁴. Ainsi, le contrat de délégation de service public étant un contrat administratif de droit interne, ne peut prévoir une clause compromissoire, dans la mesure où les personnes morales de droit public ne peuvent compromettre dans les contrats internes, hormis les marchés publics²⁹⁵.

306. Par conséquent, la DSP ne peut être internationalisé qu'exceptionnellement, dans le cas de l'attribution d'une DSP par voie de la procédure de gré à gré. En effet, le recours à cette procédure n'est possible sauf si on est devant un cas d'urgence ou que les prestations ne peuvent être déléguées qu'à un seul candidat occupant une situation de monopole (le gré à gré

²⁹² Cf. Supra. §75.

²⁹³ Le décret exécutif n°18-199 relative à la délégation de service public. Op.cit. note 20 Article 4

²⁹⁴ Article 10, ibid.

²⁹⁵ Article 975 de la loi 08-09 du 25 février 2008 portant code de procédures civiles et administratives » op.cit. n°154.

simple)²⁹⁶ ; si l'appel à la concurrence est déclaré infructueux pour deux fois consécutives ou bien dans le cas de certains services ne nécessitant pas le recours à l'appel à la concurrence, ces services sont déterminés par un arrêté conjoint du ministre des finances et du ministre chargé des collectivités territoriales (gré à gré après consultation)²⁹⁷. Dans ces deux cas, l'autorité délégante peut recourir au secteur privé étranger qui doit investir et créer une filiale de droit algérien, agissant comme délégataire de droit national.

307. En France, l'article L3137-4 du nouveau code de la commande publique a expressément interdit le recours à l'arbitrage en matière de concession d'ordre interne en disposant :

« Ainsi qu'en dispose le premier alinéa de l'article 2060 du code civil, les autorités concédantes qui sont des personnes morales de droit public ne peuvent recourir à l'arbitrage, sauf dans les cas prévus par la loi, notamment ceux mentionnés par l'article L. 311-6 du code de justice administrative »²⁹⁸ .

308. Le Conseil d'État français a été plus sévère dans l'arrêt AREA du Conseil d'État du 03 mars 1989.²⁹⁹ Cet arrêt a interdit le recours à l'arbitrage en matière de réalisation de travaux public, même si les parties sont deux personnes de droit privé, en l'occurrence, la Société AREA concessionnaire de l'État et la société ISA. Ainsi, existe-t-il une inarbitrabilité d'ordre matériel des contrats administratifs portant sur la réalisation des travaux publics ou plus spécifiquement, les concessions de travaux publics, en dépit de l'absence d'un élément organique qui est la présence d'une personne morale de droit public³⁰⁰.

Sous-section 2 : La faculté du partenaire public à compromettre dans l'arbitrage international

309.. La faculté des personnes morales de droit public à compromettre est désormais admise actuellement au point où l'arbitrage international est devenu le moyen principal de résolution des litiges à caractère international. Ainsi tous les arguments défavorisant le

²⁹⁶ Article 20, *ibid.*

²⁹⁷ Article 20. *Ibid.*

²⁹⁸ Cf. Article L.3137-4 de l'ordonnance n°2018-1074 du 26 novembre 2018 portant partie législative de la commande publique. *Op.cit.* note n°51.

²⁹⁹ CE, Arrêt du 03 mars 1989 opposant AREA c/ISA, Recueil Lebon, n°79532.

³⁰⁰ Apostolos Patrikios : « L'arbitrage en matière administrative » *préf.*. Yves Gaudemet, LGDJ. Paris 1997. P. 76.

recours à l'arbitrage international sont devenus obsolètes (§1). En effet, le recours à l'arbitrage s'est ouvert aux personnes morales de droit public, exceptionnellement, en matière des contrats du commerce international, par les codes de procédures civiles des États relevant au système du dualisme juridictionnel. En France, c'est la jurisprudence de la Cour de cassation qui a établi une règle matérielle de l'arbitrabilité des litiges impliquant une personne morale de droit public et mettant en jeu les intérêts du commerce international. (§2).

310. Toutefois, les juridictions administratives en France, ne partagent pas totalement cette position de la Cour de cassation, au point où on assiste récemment à un revirement jurisprudentiel du Conseil d'État établissant, l'inarbitrabilité de certains contrats administratifs à caractère internationaux, issus de la jurisprudence *Inserm* et dont le contrôle des sentences arbitrales relève de la compétence des juridictions administratives. Ainsi, bien que ces contrats mettent en jeu les intérêts du commerce international, le Conseil d'État a établi leur inarbitrabilité par une décision du 17 octobre 2023 dans l'affaire opposant le SMAC contre la société irlandaise Ryaniar Ltd. Alors qu'en matière d'investissement on assiste à une oscillation entre ouverture et hostilité suivant le paradigme « retours » et « départ » de l'État pour réguler et contrôler les activités d'investissement, de sa volonté d'attirer les capitaux étrangers et ainsi la sécurité des investissements et on affiche récemment, un déclin de l'arbitrage d'investissement tant dans les pays en développement que dans les pays industrialisés.

§1- Les fondements théoriques militant en faveur de l'arbitrabilité des litiges internationaux

311. Nous avons vu que le principe de la souveraineté et la protection de l'intérêt général constituaient les bases sur lesquelles la doctrine et la jurisprudence avaient fondé leur attitude hostile vis-à-vis l'arbitrage impliquant des personnes morales de droit public. Cependant, ces arguments ont été sujets à des fluctuations jurisprudentielles.

312. Les États ont longtemps avancé le principe de la souveraineté comme argument principal conduisant leur attitude hostile à l'égard de l'arbitrage avec d'autres arguments³⁰¹. Cependant, ces arguments ont été réfutés. L'arbitrage international s'est évolué au point où il

³⁰¹ Cf. Supra. §260.

est devenu détaché des ordres juridiques nationaux. Il a réussi à émettre ses propres règles et principes, à la tête desquels le principe de l'autonomie de l'arbitrage et de la convention d'arbitrage (A).

313. D'autre part, on assiste dans la pratique, où la partie étatique évoque souvent son droit interne proscrivant l'arbitrage y impliquant. Alors qu'elle a déjà souscrit une clause compromissoire. C'est-à-dire que la partie publique, même si elle a consenti une clause compromissoire, utilise ultérieurement, en cas de litige, son droit interne interdisant son recours à l'arbitrage comme exception d'incompétence de l'arbitre.

314. Cette pratique fâcheuse de la part de l'État est choquante. Alors que l'État est censé être le défenseur de la moralité. Cette pratique est néfaste et elle fait preuve de mauvaise foi³⁰². En effet, les spécialistes de l'arbitrage estiment que ce comportement porte atteinte à la crédibilité de l'État qui s'engage dans un premier temps puis le moment venu, refuse de tenir ses engagements³⁰³. Pour y faire face, l'arbitre international invoque les principes du droit du commerce international, tels que le principe de la bonne foi et de l'estoppel (B)

A- Le principe de l'autonomie de l'arbitrage

315. Le principe de la souveraineté s'accommode mal avec le principe de l'autonomie de l'arbitrage qui emporte sa gloire actuellement. A cet effet, même si certains États continuent de l'invoquer très souvent, pour s'échapper à la justice arbitrale. Cependant, ils ne trouvent plus actuellement, l'appui de la doctrine ni de la jurisprudence, avec le rayonnement du principe de l'autonomie de l'arbitrage³⁰⁴.

316. Ainsi, la souveraineté comme un attribut de l'État ayant un caractère suprême d'une puissance qui n'est soumise à aucune autre, tandis que l'autonomie de l'arbitrage impliquerait l'existence d'un ordre juridique propre. Cependant, M. Gaillard envisageait une conciliation entre le principe de l'autonomie de l'arbitrage et le principe de la souveraineté. Ceci sous la conception positiviste transnationale de l'arbitrage qui suppose que la légitimité de l'arbitrage

³⁰² APOSTOLOS, Patrikios, « L'arbitrage en matière administrative » op.cit. note n°301. P.59.

³⁰³ JOREIGE, Ramzi : « *Pour en finir avec la vieille querelle sur l'aptitude de l'État à compromettre* », in Nassib Ziadé, Liber Amicorum , Samir Saleh : « Réflexions on Dispute Resolution with particular Emphasis on the arab world » Kluwer Law 2019. Pp.133-144.

³⁰⁴ WAKED JABER, Rita : « La notion du contrat administratif international : Essai d'une théorie générale à travers l'exemple du contrat BOT (Build, Operate and Transfer) », op.cit. note n°74, p. 595.

se base non seulement, à l'égard d'un seul ordre juridique (conception mono-localisatrice) et non plus d'un ordre juridique a-national, détaché de tout ordre juridique, mais dans une pluralité de droits. C'est-à-dire que l'arbitre tient son pouvoir de l'ensemble des droits qui sont prêts à reconnaître, sous certaines conditions, la validité de la convention d'arbitrage et la sentence y découlant. Ainsi, aucun droit même celui du siège, n'en est le dépositaire exclusif³⁰⁵. En somme, actuellement, on assiste à la prévalence de la conception positiviste transnationale où tous les droits concourent à asseoir sur la légitimité de l'arbitrage international et la question de l'incompatibilité entre la souveraineté et arbitrage ne se pose plus, elle est en revanche, remplacée par la reconnaissance générale du caractère essentiellement, conventionnel de la convention d'arbitrage³⁰⁶.

317. Le même constat pour l'invocation des États de leur immunité de juridiction ou d'exécution. L'État en consentant une convention d'arbitrage ou un TBI, cela implique nécessairement et manifestement, une renonciation à son immunité de juridiction dans le cadre de l'instance arbitrale. En outre, en cas d'invocation de l'immunité de juridiction devant un tribunal arbitral, ce dernier certes, a une mission juridictionnelle, cependant, il rend la justice au nom d'aucun État. Ainsi, l'Etat en question, ne souffrirait d'aucune atteinte à son immunité³⁰⁷.

318. Ainsi, avec l'autonomie de la convention d'arbitrage, les limitations textuelles existant en droit interne, sur la faculté des personnes morales de droit public à compromettre, ne touchent plus la validité de la convention d'arbitrage.

B- Les principes issus du droit du commerce international

319. Les États invoquent souvent leurs droits internes interdisant leur recours à l'arbitrage, pour s'en échapper, malgré l'existence des clauses compromissoires expresses. La jurisprudence arbitrale estime que de de telles pratiques demeurent sans incidence sur la validité de la convention d'arbitrage. Pour faire face à cette attitude contradictoire, les arbitres

³⁰⁵ GAILLARD, Emmanuel : « *Souveraineté et autonomie : réflexions sur les représentations de l'arbitrage international* » Journal du Droit International, Clunet, octobre novembre décembre 2007, n°4/2007. Ed. LexisNexis, JurisClasseur, Paris 2007.

³⁰⁶ GAILLARD, Emmanuel : « *Souveraineté et autonomie : réflexions sur les représentations de l'arbitrage international* ». op.cit. n°306 p. 1172.

³⁰⁷ WAKED JABER, Rita : « *Le contrat administratif international : Essai d'une théorie générale à travers l'exemple du contrat BOT (Build, Operate and Transfer)* » op.Cit. note n°171

se réfèrent à divers moyens et certains tribunaux considèrent qu'une telle attitude est contraire à l'ordre public réellement international.³⁰⁸

320. D'ailleurs, cette pratique est la raison de l'avènement de la théorie du contrat d'État comme solution pour faire face à ce comportement jugé immoral. Ainsi, cette théorie tentait, dans un premier temps, de soumettre l'État au droit international public dont il est sujet, afin de détacher le contrat à tout ordre juridique interne en appliquant le droit international public³⁰⁹.

321. Par ailleurs, il convient de faire état à la résolution adoptée par l'Institut du Droit International. Ainsi, lors de ses réunions ayant lieu en septembre 1988, l'Institut adopte une résolution selon laquelle l'État ainsi que ses émanations ne pourrait se prévaloir de son incapacité à signer un compromis d'arbitrage pour refuser de participer à une procédure d'arbitrage qu'il avait déjà accepté³¹⁰.

322. Ces moyens consistent en des principes du droit du commerce international, reconnus par tous les ordres juridiques nationaux. Tels que la force obligatoire du contrat, le principe de la bonne foi, le principe de l'estoppel, etc.

323. En ce qui concerne le principe de la force obligatoire du contrat ou *pact sunt servanda*. Il exige à l'État contractant de respecter son engagement contractuel, y compris la clause compromissoire qu'il a souscrite. Ainsi, n'est-il pas en contradiction avec le principe de la souveraineté, le respect de la parole donnée. Au contraire, la souscription d'une clause compromissoire par l'État vaut la renonciation de son immunité de juridiction et d'exécution. Elle vaut aussi, la renonciation au principe de la souveraineté au profit de sa participation aux procédures d'arbitrage³¹¹.

³⁰⁸ AUDIT, Mathias : « *L'arbitrabilité des litiges des personnes publiques : Entre autonomie de la volonté et prévalence du droit national prohibitif* ». in Ouvrage collectif sous la direction de Filali Osman et Lotfi Chedly « Vers une *lex mediterranea* a de l'arbitrage : Pour un cadre commun de référence ». éd. Bruylant. Bruxelles, 2015.

³⁰⁹ JOREIGE, Ramzi : « *Pour en finir avec la vieille querelle sur l'aptitude de l'État à compromettre* », op.cit. note n°111.

³¹⁰ Ibid. p.135

³¹¹ WAKED JABER, Rita : « La notion du contrat administratif international : Essai d'une théorie générale à travers l'exemple du contrat BOT (Build, Operate and Transfer) », op.cit. note n°74. P.600.

324. Le principe de la bonne foi doit aussi conduire les comportements des États. Ainsi, il est inconcevable que les États exécute un contrat contenant une clause compromissoire, et après ils rejettent la convention de l'arbitrage à laquelle ils ont consenti³¹².

325. Les arbitres appliquent aussi, le principe de l'estoppel ou « *non concedit venire contra factum proprium* » qui veut dire l'interdiction de se contredire au détriment d'autrui. Il a été utilisé par les arbitres, puisque l'État en formulant son consentement à l'arbitrage, pour inciter son contractant à la signature du contrat. Puis, une fois que la relation contractuelle s'établit, l'État se contredit au détriment de son contractant. L'arrêt de la Cour de Cassation française, du 3 février 2010³¹³ a affirmé que constitue un estoppel « *un changement de position, en droit, de nature à induire en erreur sur ses intentions* »³¹⁴.

326. Ainsi, le principe de l'estoppel est aujourd'hui consacré par la doctrine comme un nouveau principe du droit du commerce international.

§2- La consécration de la faculté du partenaire public à compromettre en matière d'arbitrage commercial international

327. En dépit du principe général de proscription de l'arbitrage pour les personnes morales de droit public, les litiges internationaux y impliquant ont connu un sort différent. Ainsi, les litiges naissant d'un contrat de PPP d'ordre international sont devenus arbitrables, par exception. Ce qui a renversé la portée du principe de l'interdiction de compromettre pour le partenaire public.

328. Cette ouverture des personnes morales de droit public à l'arbitrage commercial international, a commencé en premier lieu, en droit international (A). Ensuite Elle a été adoptée en droit comparé (B).

³¹² . WAKED JABER, Rita : « La notion du contrat administratif international : Essai d'une théorie générale à travers l'exemple du contrat BOT (Build, Operate and Transfer) », op.cit. note n°74 p.601.

³¹³ Cass. 1^{re} civ, 3 février 2010, Merial c/ Klocke Verpackung, pourvoi n° 08-21.288

³¹⁴ BETTO, Jean-Georges et JOB, Alexandre : « Enfin la définition de l'estoppel en droit français » <https://www.hoganlovells.com/fr/publications/at-last-the-definition-of-estoppel-in-french-law>

A- L'aptitude du partenaire public à compromettre en matière du commerce international, selon le droit international

329. Le siècle écoulé avait connu une activité normative abondante en matière du droit international régissant l'arbitrage commercial international, que ce soit dans le domaine du commerce international ou bien en matière d'arbitrage d'investissement. Ainsi, la communauté internationale a pris conscience de la nécessité de régler l'arbitrage et de le considérer comme un sujet incontournable des relations économiques internationales.

330. Les conventions internationales signées et ratifiées par les États constituent de véritables sources de droit dans la mesure où ils ont une valeur juridique contraignante. Ainsi, la plupart des droits comparés consacrent la suprématie des conventions internationales signées et ratifiées par les organes étatiques habilités, par rapport à leurs normes juridiques internes. C'est le cas de la constitution algérienne dont l'article 154 dispose :

*« Les traités ratifiés par le Président de la République, dans les conditions fixées par la Constitution, sont supérieurs à la loi. »*³¹⁵

331. Au sujet de l'arbitrage commercial international, nous pouvons dire que la convention de New York du 1958 pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères, constitue une des plus importants instruments internationaux relatifs à l'arbitrage international dans la mesure où elle a été ratifiée par 170 pays jusqu'au 23 septembre 2022, dont l'Algérie³¹⁶. Cette convention a permis d'éviter la procédure de double exécutur dans le pays où la sentence a été rendue puis dans le pays d'exécution. En outre, cette convention s'applique sur les sentences arbitrales issues des différends entre personnes physiques ou morales, selon son article 1. Cela sans déterminer la qualité publique ou privée des parties ou émettre des restrictions sur la faculté des personnes morales de droit public à compromettre. Ce qui nous permet de conclure que cette convention s'applique pour l'arbitrage impliquant des personnes morales de droit public, dans la mesure où ces derniers constituent des acteurs incontournables du commerce international.

³¹⁵ La constitution algérienne après sa révision par référendum, le 1 novembre 2020, promulguée par le décret présidentiel n°20-442 du 30 décembre 2020, JORADP n°82 du 30 décembre 2020.

³¹⁶ Convention de New York NATIONS UNIES Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères » New York 1958, <https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/fr/new-york-convention-f.pdf> cf. aussi, la liste des pays membres, <https://www.newyorkconvention.org/countries> (Site consulté le 23 septembre 2022).

332. L'OMC a aussi, reconnu l'arbitrage implicitement pour les personnes morales de droit public, dans son accord plurilatéral sur les marchés publics, renvoyant au mémorandum d'accord sur le règlement des différends. Ce dernier a reconnu l'arbitrage au sein de l'ORD, mais ça reste un arbitrage spécial entre les États membres à l'OMC et ne peut se porter sur les contrats de PPP.

333. Au niveau régional, la convention européenne de l'arbitrage commercial international de Genève de 1961, a permis explicitement, dans son article 2 aux personnes morales de droit public, de conclure valablement, des conventions d'arbitrage. Tout en donnant aux États la faculté de déclarer des limitations à cette permission de compromettre dans des conditions précises dans la déclaration. Nous allons voir que l'adhésion à cette convention a poussé certains États européen à renoncer à leurs attitudes hostiles à l'arbitrage lorsqu'une personne publique est impliquée, pour au moins les contrats du commerce international.

334. Dans l'espace OHADA (L'Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires), l'acte uniforme relatif au droit de l'arbitrage dans son article 1, a aussi reconnu la faculté des personnes morales de droit public à compromettre et ce quoi que ce soit la nature juridique du contrat objet du différend, civile ou commerciale, interne ou international, public ou privée. A cet effet, la capacité des personnes morales de droit public sur l'arbitrage, ne concerne pas uniquement, les contrats du commerce international, Ainsi, ces personnes peuvent être impliquées dans les procédures de l'arbitrage dans les contrats de PPP de nature interne ou internationale. Par conséquent, nous pouvons conclure que le droit de l'arbitrage dans l'espace OHADA est plus ouvert à l'arbitrage, si on le compare avec son homologue européen, en l'occurrence, la convention européenne de l'arbitrage commercial international, précitée qui a donné aux États membres la possibilité d'émettre des limitations à la faculté des personnes morales à compromettre.

335. En outre, l'article 2 al.2 a donné expressément, aux personnes morales de droit public, la faculté à compromettre. Ainsi, il dispose :

« Les États et les autres collectivités publiques territoriales ainsi que Etablissements publics peuvent également être parties à un arbitrage, sans pouvoir invoquer leur propre droit pour contester l'arbitrabilité d'un litige, leur capacité à compromettre ou la validité de la convention d'arbitrage ».

336. Cette règle matérielle donc, a abrogé toutes les législations antérieures interdisant le recours des personnes morales de droit public à l'arbitrage. Elle abrogera également, toute disposition postérieure visant à entraver les personnes morales de droit public au recours à l'arbitrage. Elle est limitée seulement par une exception d'ordre matériel, pour les droits dont ces personnes ne disposent pas.

337. Sachant que pour les pays africains, les États et leurs émanations sont considérés comme principaux acteurs économiques, puisque l'essentiel de la richesse des pays africains, provient des ressources naturelles exploitées traditionnellement, par les entités publiques. En outre, la mise en place des infrastructures publiques, incombent à ces dernières. A cet effet, les États africains font appels souvent, à des investisseurs étrangers. Ce qui fait que la contractualisation en matière de PPP avec des investisseurs étrangers, est de taille.

338. D'autre part, parmi les sources du droit international dites droit mou « *soft law* », constituées des lois type ou bien des recommandations émanant des instances internationales, on trouve la loi-type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international dont son article 1 alinéa 5 prévoit « *La présente Loi ne porte atteinte à aucune autre loi du présent État en vertu de laquelle certains différends ne peuvent être soumis à l'arbitrage ou ne peuvent l'être qu'en application de dispositions autres que celles de la présente Loi* ». Nous pouvons déduire que cette loi-type est de portée ouverte, et laisse aux législateurs nationaux le soin de limiter la faculté des personnes morales de droit public à compromettre.

339. Les nouveaux textes de la CNUDCI sur les PPP ont prescrit l'arbitrage comme un mode incontournable de règlement des différends entre le partenaire public et privé. Ainsi, la disposition législative-type n° 55, de la CNUDCI sur les PPP dispose que

« *Tout différend entre l'autorité contractante et le partenaire privé est réglé grâce aux mécanismes de règlement des différends convenus par les parties dans le contrat de PPP* ».

340. Cette disposition-type a été suivie par une référence en bas de page, que « *l'État adoptant peut prévoir dans sa législation les mécanismes de règlement des différends qui sont les mieux adaptés aux besoins des PPP* »³¹⁷. C'est ainsi que la CNUDCI a donné à l'État ou plus généralement, l'autorité concédante, le soin de déterminer les modes appropriés de

³¹⁷CNUDCI : « *Dispositions législatives type de la CNUDCI sur les partenariats public-privé* » Nations-Unies, Viennes 2020.

https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/fr/19-11012_mlpppp_f.pdf

règlements des différends relatifs aux PPP, dans sa législation interne et dans le contrat de PPP

341. La disposition type n°57 a déclaré la liberté du partenaire privé de choisir le mode approprié (y compris l'arbitrage) de règlement des litiges éventuels, entre les actionnaires dans la société de projet, ou bien entre le partenaire privé et ses sous-traitants, ses prêteurs, fournisseurs ainsi, que d'autres partenaires commerciaux.

B- L'aptitude du partenaire public à compromettre en matière du commerce international, en droit comparé

342. Admise naturellement dans les pays anglo-saxons, l'ouverture des personnes morales de droit public sur l'arbitrage, a commencé vraisemblablement, dans les pays adoptant le dualisme juridictionnel, après le célèbre arrêt Galakis, lequel a admis la possibilité de ces personnes à compromettre lorsque le litige implique les intérêts du commerce international.³¹⁸ Ainsi, en France cette dérogation a été essentiellement, jurisprudentielle. Avec une divergence *a priori* des positions des juridictions judiciaires et juridictions administratives. Nous allons voir les motifs de cette ouverture consacrée par la jurisprudence et notamment, la jurisprudence française **(a)**. Ultérieurement, les autres pays relevant du système du dualisme juridictionnel ont adopté cette ouverture des personnes morales de droit public pour les litiges internationaux pour d'autres motifs, en dépit de l'hostilité traditionnelle de ces pays, à l'arbitrage **(b)**.

a- L'ouverture de la jurisprudence sur l'arbitrage en matière de PPP d'ordre international

343. Le droit français a interdit les personnes morales de droit public à compromettre, en vertu de l'article 2060 du code civil français prévoyant la prohibition de compromettre pour les collectivités publiques et les établissements publics. Cependant, la jurisprudence française a autorisé le recours exceptionnel des personnes morales de droit public à l'arbitrage quand il s'agit d'un traité international, d'une loi l'autorisant, ou dans les relations mettant en

³¹⁸ Cass. civ. 1re, 2 mai 1966, n° 61-12.255, « Trésor public c. Galakis » (Galakis), Bull. civ. 1966, I, n° 256 – JDI 1966, p. 648, note P. Level ; Rev. crit. DIP 1967, p. 553, note B. Goldman

jeu le commerce international. Cette ouverture avait concerné au début, uniquement les contrats de droit privé, impliquant des personnes morales de droit public avec une divergence entre la juridiction judiciaire et la juridiction administrative. Cette dernière avait refusé préalablement, l'arbitrabilité des contrats administratifs internationaux. Cependant, cette position a été résolue ultérieurement, par le Tribunal des Conflits qui a autorisé depuis 2010 avec le célèbre arrêt *Inserm*, l'arbitrabilité des contrats administratifs du commerce international. Tout en ouvrant une brèche pour un nouveau régime de l'arbitrage international en matière administrative. On tâchera de l'étudier dans la deuxième partie de cette thèse³¹⁹.

344. Nous allons voir successivement, les positions de la jurisprudence judiciaire (1) puis les évolutions de la jurisprudence administratives en matière de l'arbitrabilité des contrats internationaux impliquant les personnes morales de droit public (2).

1- La position de la jurisprudence judiciaire

345. Depuis le célèbre arrêt de la Cour d'Appel de Paris *Myrtoon Steamship* de 1957,³²⁰ la jurisprudence judiciaire en France a pris pour acquis l'incompatibilité de la règle d'interdiction de l'arbitrage pour les personnes publiques avec les enjeux du commerce international. Ainsi, faudrait-il écarter toute proscription d'ordre organique pour moraliser les échanges internationaux. Une telle proscription entraînerait souvent la rupture des pourparlers engagés³²¹.

346. A cet effet, la jurisprudence judiciaire française avait tenté de prime abord, l'adoption d'une méthode conflictuelle, en rattachant la faculté des personnes morales de droit public soit à leur loi personnelle en posant le problème sous l'angle de la capacité ou bien à la loi régissant le contrat. Ce qui a été consacré dès 1957 en appliquant la loi anglaise, dans l'affaire *Myrtoon Steamship* comme une loi plus permissive ou bien la loi italienne dans l'affaire de *San Carlo* en 1964³²².

³¹⁹cf. *Infra.* §. 969.

³²⁰ Cour d'Appel de Paris : 14 avril 1957, *Myrtoon Stemship*, JCP, 1957, II, 10078, note Motulsky ; Gazette du Palais, 1957, p. 89.

³²¹ LEMAIRE, Sophie : « Les contrats internationaux de l'administration » *op.cit.* note n°172.

³²² Cass. civ. 1re, 14 avril 1964, *ONIC c. Capitaine du S/S San Carlo* — Bull. civ. 1964, n° 188.

347. Cette méthode conflictuelle a été vite abandonnée à cause de sa défaillance. Ainsi, on ne peut trouver une échappatoire dans une loi étrangère régissant le contrat et qui peut aussi, être hostile quant à la faculté des personnes publiques à compromettre.

348. C'est ainsi que l'arrêt de la cour de cassation, *Galakis*³²³, a consacré une règle matérielle selon laquelle, le principe d'interdiction des personnes morales à compromettre ne peut être applicable : « à un contrat international passé pour les besoins et dans les conditions conformes aux usages du commerce maritime »³²⁴. Cette permission jurisprudentielle est devenue une règle matérielle consacré dans les principes généraux du droit français et n'ayant pas besoin d'être consacrée législativement.

349. Cette règle matérielle a vu son application s'étendre depuis cet arrêt. Ainsi, étant d'ordre public international, elle s'est étendue au profit des personnes morales de droit public, étrangers. En effet, dans l'affaire *Gatoil c/ N.O.I.C.* (une société iranienne à capitaux étatiques. La société Gatoil avait formé un recours en annulation contre deux sentences arbitrales ayant admis la validité des clauses d'arbitrages consenties par N.O.I.C., alors que la constitution iranienne subordonnait la souscription de ces clauses à une autorisation parlementaire. La jurisprudence judiciaire a rejeté cet appel au motif que « l'ordre public international n'est intéressé par les conditions fixées en ce domaine dans l'ordre interne ». Cette solution a été réaffirmée ultérieurement dans plusieurs affaires, mais désormais, par l'intermédiaire d'un autre motif, l'autonomie de la clause compromissoire. C'est ainsi que dans l'affaire du Ministère tunisien de l'équipement c/ la société *Bec Frère*, le Ministère tunisien ayant souscrit une clause compromissoire, invoquait devant la Cour d'appel de Paris, sa nullité au motif de sa proscription par le droit tunisien. La Cour d'Appel a refusé cette invocation en énonçant qu' « en matière d'arbitrage international, le principe de l'autonomie de la clause compromissoire est d'application générale en tant que règle matérielle internationale, consacrant la licéité de la convention d'arbitrage, hors toute référence à un système de conflit des lois, la validité de la convention d'arbitrage devant être contrôlée au regard des seules exigences de l'ordre public international »³²⁵. La jurisprudence judiciaire française a adopté la même position dans l'affaire *Icori c/ KFTCIC*, où la loi algérienne

³²³ Cass. civ. 1re, 2 mai 1966, n° 61-12.255, « Trésor public c. Galakis » (*Galakis*), Bull. civ. 1966, I, n° 256 – JDI 1966, p. 648, note P. Level ; Rev. crit. DIP 1967, p. 553, note B. Goldman

³²⁴ Cf. LEMAIRE, Sophie : « Les contrats internationaux de l'administration » op.cit note n°172..

³²⁵ Cour d'Appel de Paris, 24 février 1994, Ministère Tunisien de l'équipement c/ Société *Bec Frères*, in Revue Trimestrielle de droit commercial, 1994, P. 254.

régissant le contrat entre la Société Icori et une société koweïtienne, a été écartée pour les mêmes motifs³²⁶.

350. Le champ d'application de cette règle matérielle, s'est vu également étendu à tous les contrats internationaux conclus pas les personnes morales de droit public même ceux conclus *jure imperii*. Tout d'abord, le champ de l'arbitrabilité des contrats de l'administration étant limité explicitement, aux contrats de droit privé (ou bien « contrat *jure gestionis* » dans l'affaire *Myrtoon Steamship*, puis implicitement, dans l'affaire Galakis, avant de disparaître totalement, du raisonnement de la jurisprudence judiciaire en France³²⁷. Et c'est ainsi que même les contrats de droit public conclus *jure imperii* sont devenus arbitrables devant les juridictions judiciaires. Qu'en est-il de la position des juridictions administratives ?

2-La position du Conseil d'État français sur l'arbitrabilité des contrats internationaux de l'administration

351. Nous avons vu que le Conseil d'Etat français avait considéré l'interdiction du recours des personnes morales de droit public à l'arbitrage comme un principe général de droit français, suite à l'affaire d'Evêque de Moulins du 23 décembre 1887³²⁸. Ainsi, l'arbitrage en matière des contrats publics avait été longtemps inadmissible, avec l'existence d'un ordre juridictionnel spécialisé exclusivement en matière administrative.

352. Cependant, cette position opposante à l'arbitrabilité de telle litige a été évoluée graduellement, vers une position permissive quand il s'agit d'un contrat d'ordre international **(2.1)**. Toutefois, cette ouverture à l'arbitrabilité des litiges relatifs aux contrats internationaux souffre d'une exception quand il s'agit des contrats administratifs internationaux, soumis au contrôle des juridictions administratives suivant la jurisprudence Inseam. **(2.2)**. Ainsi, ces contrats bien qu'ils mettent en jeu les intérêts du commerce international, ne sont plus arbitrables si aucun texte ou convention internationale ne permettent leur arbitrabilité.

2.1. L'évolution de l'arbitrabilité du Conseil d'État sur l'arbitrabilité des contrats internationaux de l'administration

³²⁶ Arrêt de la Cour d'Appel de Paris, du 13 juin 1996 : Société Kuwait Foreign Trading Contracting and Investment c/ Société Icori Estero SPA, et Société Lambardini SPA, note Eric Loquin, Clunet, 1997.

³²⁷ LEMAIRE, Sophie, : « Les contrats internationaux de l'administration » op.cit. note n°172.

³²⁸ Cf. Supra §256.

353. A la suite de la jurisprudence Galakis, le Conseil d'État n'avait pas eu l'occasion de manifester une opposition à la solution apportée par l'arrêt de la Cour de cassation Galakis du 2 mai 1966. Ultérieurement en 1986, le Conseil d'État français avait été sollicité par le ministre chargé du Plan, pour émettre un avis sur la possibilité d'insertion d'une clause compromissoire dans un contrat pour l'aménagement d'un parc de loisirs Eurodisney Land, à Marne La Vallée, à conclure avec une société américaine *Walt Disney Production*.

354. L'avis du Conseil d'État a maintenu l'application de l'article 2060 du code civil français et les positions antérieures de la jurisprudence administrative. Cela en sanctionnant la méconnaissance de cette règle d'interdiction par la nullité de la clause compromissoire qui doit être relevée d'office par le juge administratif, le seul juge compétent pour connaître de tels litiges. Ainsi, la sentence arbitrale serait entachée de nullité si un arbitrage avait eu lieu. Néanmoins, cet avis a reconnu l'existence de certaines exceptions consacrées par la loi ou une convention internationale. Nous avons déjà vu les exceptions prévues par la loi, admettant l'arbitrabilité de certains litiges³²⁹. C'est ainsi qu'en vertu de l'article 9 de la loi n°86-972 du 19 août 1986 portant dispositions diverses relatives aux collectivités locales, l'État a pu souscrire une clause d'arbitrage dans le contrat d'Eurodisney. Selon cet article, le recours de l'État et les autres personnes morales de droit public à l'arbitrage a été autorisé dans « *..les contrats qu'ils concluent conjointement avec des sociétés étrangères, pour la réalisation d'opérations d'intérêt national, à souscrire des clauses compromissoires en vue de règlement, le cas échéant définitif, de litiges liés à l'application et à l'interprétation des contrats* »³³⁰.

355. C'est à travers cette loi que la clause compromissoire a été introduite au contrat Walt Disney. Alors que l'insertion de cette clause était une condition *sin qua non* pour conclure ce contrat.

356. Quant aux conventions internationales permettant l'arbitrage, nous pouvons citer certains traités bilatéraux, prévoyant le recours à l'arbitrage entre les autorités concédantes et les concessionnaires. Tel est le cas du traité de Cantorbéry entre la France et la Grande Bretagne, pour la réalisation du tunnel sous la Manche, le traité entre la France et l'Espagne pour la réalisation d'une ligne ferroviaire à grande vitesse, le traité relatif au tunnel du Mont-

³²⁹ Cf. Supra §288

³³⁰ Cf. La loi n°86-972 du 19 août 1986 portant dispositions diverses relatives aux collectivités locales, JORF du 22 août 1986.

Blanc, ou bien le traité conclu en 2007 entre Les Émirats Arabes et la France pour la création du Louvre d'Abou Dhabi.³³¹

357. Cet avis du Conseil d'État, a même autorisé la possibilité du recours à l'arbitrage des personnes morales de droit public quand le litige implique les intérêts du commerce international, suivant la jurisprudence Galakis. Toutefois, cet avis n'a pas considéré le contrat Eurodisney comme étant un contrat mettant en jeu les règles du commerce international, mais un contrat mettant en jeu l'existence des prérogatives de puissances publiques ou bien, selon Mme LEMAIRE, des contrats conclus *jure imperii*³³². Par conséquent, on peut constater la divergence entre les deux juridictions ; administrative et judiciaire à propos les contrats administratifs internationaux ou bien conclus *jure imperii*. La première les considère comme étant inarbitrables, tandis que la deuxième admet leur arbitrabilité. Alors que les deux juridictions s'entendent sur l'arbitrabilité des contrats de l'administration de droit privé (ou *jure gestionis*), conclus pour les intérêts du commerce international.

358. Or, nous avons déjà vu que le terme intérêt du commerce international a été évolué. Ainsi, tout contrat a dimension économique est considéré comme intéressant le commerce international, tant qu'il réalise un transfert de fonds, de biens ou de services au travers des frontières internationales. Selon M. Bernard AUDIT, tous les contrats administratifs conclus avec un partenaire étranger devront être considérés comme mettant en jeu les intérêts du commerce international. Par conséquent, sont-ils arbitrables, tous les contrats impliquant une administration publique, et dont le litige portant sur une opération ne dénouant pas économiquement, sur un seul État.

359. En outre, M. GOLDMAN se doutait sur le fait que la distinction entre droit public et privé conserve un sens au niveau international. Par conséquent, on ne peut faire la différence entre contrat administratif et un contrat de droit privé de l'administration, au niveau international³³³.

360. Tous ces critiques ont poussé la Haute juridiction administrative à l'occasion de la célèbre affaire Inserm, à renvoyer au Tribunal des Conflits le litige opposant la Société

³³¹ AUDIT, Mathias : « Arbitrage international et contrats publics en France » in Ouvrage collectif « Contrats publics et arbitrage » sous la direction du Professeur Mathias Audit, éd. Bruylant, Bruxelles 2011. P.115.

³³² AUDIT, Mathias : « Arbitrage international et contrats publics en France » in Ouvrage collectif « Contrats publics et arbitrage » op.cit. n°333. P.325.

³³³ WAKED JABER, Rita : « Le contrat administratif international : Essai d'une théorie générale à travers l'exemple du contrat BOT(*Build, Operate and Transfer*) » op.cit. note n°171. P. 408.

Inserm et une Fondation Norvégienne. Le contrat liant les parties au litige, est un contrat administratif selon les critères de droit public français. Ainsi, la juridiction répartitrice a rendu un arrêt le 17 mai 2010. Cet arrêt a admis qu'un contrat conclu entre une personne morale de droit public français et une personne étrangère et que l'exécution de ce contrat s'effectue sur le territoire français, est susceptible de « *mettre en jeu les intérêts du commerce international, fût-il administratif selon les critères du droit public français* ». Ainsi, il est possible avec cette motivation que le contrat puisse à la fois être administratif et constituer une opération du commerce international³³⁴. C'est ainsi que cet arrêt dont la portée est imposante sur les deux ordres juridictionnels, judiciaire et administratifs, a mis fin à la divergence entre eux, au profit de l'arbitrabilité des contrats internationaux à caractère administratif, tant que l'opération économique réalise un transfert de fonds, de biens ou de services au travers les frontières³³⁵. C'est le cas de la majorité des contrats administratifs. A moins que le contrat soit dénué de toute dimension économique, comme les accords de jumelages où les parties ne peuvent anticiper la survenance d'un litige³³⁶.

2.2. L'inarbitrabilité exceptionnelle de certains contrats administratifs à caractère international

361. Suivant un arrêt du Conseil d'État du 17 octobre 2023, opposant le Syndicat Mixte des Aéroports de Charentes (SMAC) d'une part et d'autre part, la société irlandaise « *Ryanair designated activity company* » ainsi que sa filiale « *Airport marketing services limited* »³³⁷, on assiste à un revirement jurisprudentiel mettant à l'écart le critère de la mise jeu des intérêts du commerce international pour établir l'arbitrabilité des contrats administratifs internationaux dont le contrôle relève à la compétence des juridictions administratifs. Ainsi, ces derniers ne sont plus arbitrables sauf si une loi ou une convention internationale prévoient le contraire.

362. Nous retraçons les faits, le SMAC a conclu un marché public avec la société Ryanair et aussi avec Airport marketing services pour assurer le développement d'une liaison

³³⁴ Audit, Mathias « Arbitrage international et contrats publics en France », op.cit. note n°333. P. 115.

³³⁵ Ibid. p.123.

³³⁶ Audit, Bernard : « Le nouveau régime de l'arbitrage des contrats administratifs internationaux (à la suite de l'arrêt rendu par le Tribunal des conflits dans l'affaire Inserm », note n°196. Pp.254.

³³⁷ CE : 17 octobre 2023 SMAC c/Ryanair n° 465761 Recueil Lebon
https://www.legifrance.gouv.fr/ceta/id/CETATEXT000048222711?init=true&page=1&query=465761&searchFieId=ALL&tab_selection=all (consulté le 22 avril 2024).

aérienne régulière entre l'aéroport de Londres-Stansted et celui d'Angoulême. Les deux conventions conclues le 8 février 2008, comportaient une clause compromissoire, soumettant à l'arbitrage de la Cour d'arbitrage international de Londres (LCIA), tout différend non résolu à l'amiable, avec l'application du droit français.

363. Ryanair et sa filiale ont toutefois résilié unilatéralement, ces conventions par une lettre notifiée au SMAC, le 17 février 2010. Le SMAC a saisi le tribunal administratif de Poitiers. Parallèlement, les deux sociétés ont saisi la LCIA. Cette dernière s'est déclarée compétente en refusant de surseoir à statuer jusqu'à où le tribunal administratif de Poitiers tranche le litige. La LCIA a décidé le 18 juin 2012 par une sentence au fond que le marché de service a été valablement, résilié et mis à la charge du SMAC, le coût total de l'arbitrage. Sachant par ailleurs, que le tribunal administratif de Poitiers s'est déclaré incompétent, par l'effet négatif du principe compétence-compétence, puisque le marché comporte une clause compromissoire.

364. Le conseil d'État saisi pour un recours en annulation, en déclinant sa compétence, puisque l'arbitrage de déroulait à Londres, par un arrêt daté du 19 avril 2013, a attribué par un *obiter dictum*, aux juridictions administratives le contentieux de l'exequatur quand il s'agit des sentences rendues en France ou à l'étranger, pour les contrats administratifs internationaux.³³⁸

365. C'est ainsi que la société Ryanair et sa filiale ont saisi le tribunal administratif de Poitiers pour demander l'exequatur de la sentence arbitrale condamnant le SMAC. Ce dernier a refusé la demande d'exequatur pour la contrariété de la sentence arbitrale à l'ordre public français, puisqu'il interdit aux personnes morales de droit public de compromettre.

366. Notons par ailleurs, que la vérification de la contrariété à l'ordre public international de la sentence arbitrale relative à un des contrats administratifs internationaux relevant au contrôle des juridictions administratives, ne constitue plus un critère de contrôle suivant l'arrêt d'assemblée Fosmax du 9 novembre 2016,³³⁹ lequel exige un contrôle plus poussé et a soumis ces sentences arbitrales à la conformité à l'ordre public interne. Ainsi, le principe de l'estoppel se voit aussi écarté et la personne morale de droit public peut invoquer son droit interne et l'inarbitrabilité du litige en dépit de son consentement à recourir à l'arbitrage.³⁴⁰

³³⁸ Cf. Infra. §. 1002.

³³⁹ CE, Ass. 9 novembre 2016, Société Fosmax LNG, n° 388806, Recueil Lebon.

³⁴⁰ Cf. Infra. §. 969.

367. La Cour d'appel de Bordeaux a aussi rejeté l'appel contre le jugement du tribunal administratif de Poitiers, par un arrêt du 29 mars 2022. Le pourvoi en cassation visant à annuler cet arrêt a aussi été rejeté par le Conseil d'État.

368. En jugeant ainsi, le Conseil d'État s'est attaché au principe de l'interdiction de compromettre faite aux personnes morales de droit public, en dépit du caractère du contrat administratif de commerce international. C'est ainsi que le Conseil d'État en se recoupant avec la jurisprudence *Galakis* a adopté une démarche certes logique au regard de son histoire jurisprudentiel mais anachronique au regard du droit de l'arbitrage international.³⁴¹

b - L'ouverture législative des autres pays relevant du système du dualisme juridictionnel

369. Malgré l'attitude hostile des pays émergents contre l'arbitrage impliquant une personne morale de droit public, affichée dans leurs constitutions et lois antérieurs. La législation de ces pays avait néanmoins, admis la possibilité de recourir à l'arbitrage en matière des contrats PPP d'ordre international.

370. C'est le cas en Algérie sous l'ancien code de procédures civiles avant sa modification en 1993, et aussi, à l'occasion de trois affaires dont deux concernaient des collectivités locales. Ainsi, deux Wilayas qui ont avancé l'exception de l'inarbitrabilité des litiges les impliquant avec des sociétés françaises, compte tenu de l'ancien article 442 du code de procédures civiles. Néanmoins, les juridictions algériennes ont refusé cet argument puisque les contrats contenaient des clauses compromissoires. Cela en s'appuyant sur le règlement algéro-français dont les règles sont supérieures aux règles du droit interne³⁴².

371. Même position a été entreprise en Tunisie, malgré l'interdiction de l'arbitrage impliquant une personne publique. A titre d'exemple, une sentence a été rendue sous l'auspice du CIRDI, dans l'affaire *Gaith Pharaon*. En dépit de l'absence d'une convention d'arbitrage, l'investisseur Saoudien assigna la Tunisie, sur la base d'une offre unilatérale de l'arbitrage, prévue dans le code national des investissements de 1969³⁴³.

³⁴¹ LAHAOUAZI, Mehdi, : « *The Ryanair case : Why is the Conseil d'État not so keen on international arbitration?* » Les cahiers de l'arbitrage, n°3 du 01/07/2024.

³⁴² TRARI-TANI, Mostefa : « L'arbitrage commercial international Avec référence au droit et à la pratique des pays du Maghreb (Algérie, Lybie, Maroc, Mauritanie et Tunisie) ». Op.cit. note n°184.

³⁴³ Ibid. p.84.

372. Une prise de conscience fulgurante de la nécessité d'impliquer les personnes morales de droit public, au moins dans l'ordre international, partagée entre la doctrine et la jurisprudence.

373. A cet effet, les universitaires et juges avaient commencé à faire la distinction entre les intérêts publics et les intérêts financiers, considérant que tous les droits économiques et pécuniaires sont « disponibles » par leur nature même. En outre, Certains commentateurs et décisions de justice ont reconnu la différence entre l'intérêt public primaire qui est incessible et l'intérêt public secondaire de l'administration, qui est économique et donc, cessible. Néanmoins, ces solutions jurisprudentielles n'avaient pas fait l'unanimité entre les tribunaux dont certains continuaient de rejeter l'arbitrabilité de tels litiges à cause par fois de leurs inconstitutionnalités, comme c'est le cas au Brésil, ou bien qu'ils estimassent qu'une loi spécifique devait autoriser l'arbitrage au cas par cas³⁴⁴.

374. Ainsi, les pays émergents ont commencé à réformer leurs législations en faveur de l'arbitrabilité par exception, des litiges d'ordre international, impliquant des personnes publiques.

375. En Algérie, au lendemain de l'indépendance, l'ancien code de la procédure civile de 1966 avait interdit catégoriquement, l'État et les personnes morales de droit public à compromettre. Ce principe avait été atténué dans la pratique en faveur de l'arbitrage en matière des contrats internationaux, hormis le secteur des hydrocarbures, où l'Algérie avait considéré les actes de nationalisation comme des actes de souveraineté échappant à tout contrôle juridictionnel et *a fortiori* à l'arbitrage³⁴⁵.

376. Puis une réforme de l'ancien code de la procédure civile, a été intervenue en 1993. En ce sens, l'article 442 de l'ancien code de procédures civiles prévoyait que le recours à l'arbitrage n'est pas autorisé aux personnes morales de droit public, sauf dans leurs relations commerciales internationales. L'article 458 bis ajouté par le décret législatif n°93-09 modifiant et complétant l'ancien code de procédures civiles, avait considéré l'arbitrage comme international, celui qui « connaît des litiges relatifs à des intérêts du commerce

³⁴⁴ WALD, Arnaldo et ENGELMAYER KALICKI, Jean: "The settlement of disputes between the public administration and private companies by arbitration under Brazilian law". Op.cit. note n°265.

³⁴⁵ TRARI-TANI, Mostefa : « L'arbitrage commercial international Avec référence au droit et à la pratique des pays du Maghreb (Algérie, Lybie, Maroc, Mauritanie et Tunisie », op.cit. note n°184.

international et dont l'une des parties au moins a son siège ou son domicile à l'étranger »³⁴⁶. Ainsi, le législateur algérien avait retenu le critère économique lequel est restreint par un autre critère juridique : « *le siège à l'étranger* ». Par déduction, les litiges naissant des concessions en droit algérien, sont *a priori* frappés de l'inarbitrabilité dans la mesure où le concessionnaire devrait s'établir en Algérie. Néanmoins, la portée de cette interdiction s'est vue allégée quelques mois plus tard avec le décret législatif n°93-12 relatif à la promotion de l'investissement, dont l'article 14 prévoyait :

*« Tout différend entre l'investisseur étranger et l'État algérien, résultant du fait de l'investisseur ou d'une mesure prise par l'État algérien à l'encontre de celui-ci, sera soumis aux juridictions compétentes sauf conventions bilatérales ou multilatérales conclues par l'État algérien relatives à la conciliation et à l'arbitrage ou accord spécifique stipulant une clause compromissoire ou permettant aux parties de convenir d'un compromis par arbitrage ad hoc »*³⁴⁷.

377. Nous pouvons déduire que le législateur algérien a reconnu l'arbitrage international exceptionnellement, si les parties ont convenu à ce recours par voie de traités multilatéraux ou bilatéraux d'investissement, ou si les parties au contrat l'ont autorisé par voie conventionnelle,

378. Le principe de l'interdiction des personnes morales de droit public à compromettre, a été réitéré dans le nouveau code de procédures civiles et administratives avec quelques aménagements. Lequel en interdisant le recours des personnes morales de droit public à l'arbitrage, tout en exceptant ses relations économiques internationales, lorsqu'une convention internationale le prévoit ou en matière des marchés publics³⁴⁸.

379. Cependant, en matière de marchés publics internationaux, malgré l'admission de leur arbitrabilité dans le code de procédure civile et administrative, Qu'ils soient internes ou internationaux. Le décret présidentiel n°15-247 portant réglementation des marchés publics et des délégations de services publics a institué auprès du ministère des finances, une autorité de régulation des marchés publics et des délégations de services publics. Cette autorité comprend en son sein, un observatoire de la commande publique et un organe national de règlement des

³⁴⁶ Décret législatif n°93-09 du 25 avril 1993 modifiant et complétant l'ordonnance n°66-154 du 08 juin 1966 portant code de procédure civile, JORADP n°27 du 27 avril 1993.

³⁴⁷ Décret législatif n°93-12 du 05 octobre 1993 relatif à la promotion de l'investissement, JORADP n°64 du 10 octobre 1993. P.3.

³⁴⁸ Cf. code de procédure civile et administrative, algérien. op.cit. note n°150.

litiges. Cette autorité ayant plusieurs fonctions, entre autres, de statuer sur les litiges nés de l'exécution des marchés publics conclus avec des partenaires cocontractants étrangers. Le terme « *statuer* » indique le caractère juridictionnel de ce mode de règlement. Donc, il ne s'agit pas d'un mode de règlement à l'amiable comme la conciliation ou la médiation, mais plutôt d'un arbitrage exercé par une autorité administrative. Ce rôle nous rappelle de l'ancien arbitrage forcé des années 1970³⁴⁹, puisque c'est une loi qui prévoit ce mode de règlement des différends. En plus, cette autorité est instituée auprès du ministre des finances, ce qui évoque le problème de son impartialité et le degré de son indépendance vis-vis le pouvoir exécutif. Son rattachement au ministère des finances place cette autorité comme juge et partie.

380. En tout état de cause, cette autorité de régulation n'a pas été mise en place et le décret présidentiel lui instituant, a été abrogé par la nouvelle loi n °23-12 fixant les règles générales relatives aux marchés publics.³⁵⁰

381. Finalement, nous pouvons déduire que l'arbitrage impliquant les personnes morales de droit public en Algérie comme en France, reste interdit en matière interne avec quelques exceptions et autorisé en matière internationale. Cette tendance a été généralisée dans plusieurs droits comparés prescrivant le principe d'inarbitrabilité organique, tout en réservant une exception en matière des contrats internationaux conclus par les personnes morales de droit public. Tel est le cas du code mauritanien « *à l'exception des contestations découlant de rapports internationaux d'ordre économique, commercial ou financier* » ou bien le code tunisien de l'arbitrage : « *...dans les contestations découlant de rapports internationaux d'ordre économique, commercial ou financier* »³⁵¹.

Sous-section 3 : L'ouverture des contrats de PPP à l'arbitrage d'investissement

382. Le contrat de PPP revête souvent, le caractère d'un contrat d'investissement, où le partenaire privé s'établit sur le sol de partenaire public. On a déjà vu comment les critères objectifs et subjectifs définissant l'investissement, se calquent sur ceux caractérisant le contrat

³⁴⁹ Cf. Supra. § 266.

³⁵⁰ La loi 23-12 du 5 août 2023 fixant les règles générales relatives aux marchés publics, JORADP n°51 du 06 août 2023.

³⁵¹ AUDIT, Mathias : « L'arbitrabilité des litiges des personnes publique : entre autonomie de la volonté et prévalence du droit national prohibitif » op.cit. note n°309.

de PPP³⁵². En effet, les différends découlant des contrats d'investissement se voyaient résolus soit par la protection diplomatique encouragée par les pays exportateurs des capitaux ou bien le recours aux tribunaux locaux selon les revendications des États hôtes de l'investissement. Cependant, après la deuxième guerre mondiale, les pays développés et en développement, tiraient parti des inconvénients des deux modes de résolutions des différends. Ainsi on s'est rendu compte que l'exercice inconsidéré de la souveraineté et le recours à la guerre causait plus du mal que du bien. En revanche, l'investissement dans des climats risqués nécessite une protection juridique solide, et le recours aux tribunaux locaux ne réalise par la protection juridique escomptée.

383. Ainsi, les États en développement désireux d'attirer plus des capitaux étrangers et les États développés, bien que divergents en termes d'intérêt, ont pu trouver un compromis et sont parvenus à un consensus en concluant divers TBI pour donner des avantages aux investisseurs et en même temps, soumettre leurs différends à un organisme international compétent tel que le CIRDI (A).

384. Cependant, l'arbitrage d'investissement connaît actuellement une remise en cause et un retour vers le protectionnisme étatique (B).

§1- La consécration de l'arbitrabilité en matière d'arbitrage d'investissement

385. A l'instar de l'arbitrage commercial international, l'activité normative internationale dans le domaine de l'investissement a attiré l'attention de tous les pays du monde, que ce soit des pays exportateurs des capitaux dans un souci de protéger leurs investisseurs nationaux à l'étranger ou bien les pays en développement dans un souci d'attirer les investissements étrangers. A cet effet, nous assistons à une normalisation internationale en expansion en matière d'investissement, au travers des traités multilatéraux ou bilatéraux relatifs à l'encouragement d'investissement.

386. En effet, l'arbitrage en matière d'investissement implique les États directement, et ce contrairement à d'autres activités économiques transnationales. Ainsi, l'investissement international ne concerne pas seulement les intérêts privés des investisseurs mais est lié aux intérêts économiques des États importateurs et exportateurs de capitaux. Par conséquent, le

³⁵² Cf. Supra. § 217.

régime moderne du droit international de l'investissement, fondé sur les accords internationaux d'investissement (AII) et les TBI, s'est développé et a évolué sur la base de la relation triangulaire entre les États d'accueil, les États d'origine et les investisseurs et de la double dimension public-privé. Ainsi, on assiste à plusieurs instruments internationaux régissent l'arbitrage en matière d'investissement entre État et l'investisseur d'autres État, au niveau multilatéral, régional et même bilatéral. Nous avons déjà vu que les PPP conclus avec des partenaires privés de nationalité étrangère, ont été qualifiés d'opérations d'investissement, suivant les critères objectifs ou subjectifs identifiant l'investissement étranger protégé³⁵³.

387. La convention de Washington portant création du Centre International de Règlement des Différends relatifs à l'Investissement (CIRDI), appartenant au groupe de la Banque Mondiale, constitue la principale source de droit de l'arbitrage d'investissement. Elle constitue la pierre angulaire de l'arbitrage d'investissement. En effet, l'investisseur étranger à tort ou à raison, craint la partialité des tribunaux étatiques de l'État-hôte et l'instauration même d'un arbitrage local n'offre non plus la sécurité escomptée. Alors, on pensait tout naturellement à l'arbitrage international, voire la possibilité de concevoir un arbitrage réellement, international détaché de tout ordre interne, juridictionnel ou juridique. Telles sont les signes précurseurs de l'établissement de la convention de Washington³⁵⁴. Aussi, le CIRDI met en œuvre l'équilibre entre le droit des pays d'accueil à recourir à leurs tribunaux et le droit des investisseurs à recourir à la protection diplomatique de leurs États d'origine³⁵⁵.

388. La convention de Washington créant le CIRDI, a été signée actuellement par 165 pays et ratifiée par 157 pays dont l'Algérie le 21 février 1996³⁵⁶. Elle a été ratifiée dans les années 1980 même par les pays de l'Amérique Latine, adoptant la doctrine Calvo comme un modèle régional depuis longtemps.

389. Ainsi, tout État ayant ratifié cette convention peut avoir la qualité d'une partie contractante susceptible d'être partie d'un différend soulevé devant le CIRDI. Il faut préciser que selon l'article 68 de la convention de Washington, l'État acquiert cette qualité de contractant, 30 jours après le dépôt de l'instrument de ratification, d'approbation ou

³⁵³ Cf. Supra. §217.

³⁵⁴ KAUFMANN-KOHLER, Gabrielle : « L'arbitrage d'investissement : entre contrat et traité-entre intérêts privés et intérêt public », Texte d'une conférence présentée au Centre Libanais d'arbitrage, Beyrouth 24 juin 2004.

³⁵⁵ Shuo Feng & Wei Shen : "*Calvo Is Back! Changing Sovereignty and Evolutionary Investment Law in a Leaving and Return of the State Paradigm*", op.cit. note n°257. P. 313.

³⁵⁶ CIRDI : « Base de données concernant les États membres du CIRDI » <https://icsid.worldbank.org/fr/a-propos/etats-membres/base-de-donnees-concernant-les-etats-membres-du-cirdi> (Consulté le 21 septembre 2022). L'Algérie a ratifié la convention de Washington par le décret présidentiel n°95-346 du 30 octobre 1995, JORADP n°66 du 5 novembre 1995

d'acceptation. A défaut, un consentement *ad hoc* de la compétence du CIRDI, est requis pour les autres États n'ayant pas ratifié la convention. Ce consentement devrait intervenir avant l'enregistrement du différend impliquant ledit État auprès du secrétariat général du CIRDI³⁵⁷. Ce consentement peut être exprimé dans un contrat, traité ou une loi³⁵⁸. Ceci dit pour un État comme personne de droit international public ayant une entière souveraineté. Ainsi, le terme État ne vaut pas concerner *a priori* les États fédérés ni collectivité territoriale, ou bien les territoires sous occupation, mandat ou tutelle ou embryon d'État³⁵⁹.

390. En revanche, les émanations de l'État contractant : (États fédérés, collectivités locales ou bien des établissements publics ou autres organismes relevant de l'État), peuvent être impliquées dans un différend soulevé devant le CIRDI, sous certaines conditions. En effet, l'article 25 prévoit que la compétence du CIRDI peut s'étendre aux « *collectivités publiques ou des organismes dépendant de l'État* » que ce dernier désigne au Centre. Néanmoins, le consentement des organismes infra étatiques devrait être donné après son approbation par ledit État. Sauf si ce dernier indique au Centre que son approbation n'est pas nécessaire³⁶⁰.

391. La convention de Washington n'a pas fixé qu'elles sont les émanations de l'État susceptibles d'être des parties à l'arbitrage CIRDI contre un investisseur étranger, et quel est le degré de la dépendance de ces organismes à l'État. Elle n'a pas renvoyé non plus aux droits internes des États contractants, dans la mesure où cela pourrait engendrer des difficultés pratiques. La convention de Washington a néanmoins, donné aux États contractants, la faculté de désigner quels sont les organismes infra étatiques dépendant des leurs, et ainsi, laisser la question de la compétence du Centre à l'entier consentement de l'État. On constate ici une preuve de pragmatisme de la convention de Washington, une qualité souvent reconnue à l'arbitrage CIRDI. Dans la pratique, selon Mr. Manciaux, parmi les 103 affaires soulevées devant le CIRDI, jusqu'au 31 décembre 2002, il n'y a que deux affaires impliquant des

³⁵⁷ MANCIAUX, Sébastien : « *Investissements étrangers et arbitrage entre États et ressortissant d'autres États : Trente Années d'activité du CIRDI* » préf. Philippe KAHN, éd. Litec, LexisNexis, Paris, CREDIMI, Dijon, 2004, vol 24. Pp/ 108.

³⁵⁸ LEBEN, Charles : « *Arbitrage : CIRDI* », Répertoire du Droit International, éd. Dalloz, Paris, Mars 2010.

³⁵⁹ MANCIAUX, Sébastien : « *Investissements étrangers et arbitrage entre États et ressortissant d'autres États : Trente Années d'activité du CIRDI* » op.cit. note n°359. P. 108.

³⁶⁰ Article 25 de la Convention de Washington pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre États et ressortissants d'autres États, (dite encore, Convention CIRDI), entrée en vigueur le 14 octobre 1966 et ratifiée par 157 États, <https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/ICSID%20Convention%20French.pdf>

émanations de l'État comme partie exclusive contre un investisseur, ou bien à quatre reprises, on trouve comme partie, une émanation de l'État à côté de son État d'origine³⁶¹.

392. Parallèlement, au niveau bilatéral nous assistons à des milliers de traités bilatéraux d'investissement, conclus dans le monde, estimés à 2901 TBI, dont 2342 sont en vigueur³⁶². La majorité de ces traités ont prévu une offre publique à l'arbitrage au profit de l'investisseur de l'État contractant. A titre d'exemple, l'Algérie a signé 42 TBI jusqu'au mois de décembre 2020 dont 35 TBI font référence au CIRDI comme un mécanisme de règlement des différends impliquant l'Algérie et ses investisseurs à l'étranger³⁶³.

393. En revanche, d'autres systèmes d'arbitrage rivalisent le système CIRDI, en matière d'arbitrage d'investissement. Nous citons par exemple, l'arbitrage de la CNUDCI, avec le Règlement d'arbitrage de la CNUDCI (avec nouveau paragraphe 4 à l'article premier, adopté en 2013) et le Règlement de la CNUDCI sur la transparence dans l'arbitrage entre investisseurs et États fondé sur des traités³⁶⁴. Aussi le cas pour la CCI une institution d'arbitrage commercial international, à laquelle renvoient plusieurs TBI et même certains contrats d'investissement.

394. Encore, les Accords d'Alger de 1981 à la suite de l'affaire des otages iraniens, créant un tribunal des différends irano-américain, donnant lieu à une riche pratique arbitrale³⁶⁵.

395. Au niveau du droit interne, on assiste à une ouverture progressive sur l'arbitrage d'investissement, en vue d'encourager et d'attirer les investissements étrangers. C'est le cas de l'Algérie dans ses codes successifs d'investissement depuis le décret législatif n°93-12 relatif à la promotion de l'investissement³⁶⁶ jusqu'à la loi actuelle relative à l'investissement.³⁶⁷

396. Pour le secteur de l'hydrocarbures, l'Algérie s'est ouverte progressivement sur l'arbitrage après une période d'hostilité envers l'institution, depuis les nationalisations de

³⁶¹ MANCIAUX, Sébastien : « *Investissements étrangers et arbitrage entre États et ressortissant d'autres États : Trente Années d'activité du CIRDI* » op.cit. note n°359

³⁶² UNCTAD : "International Investment Agreements Navigator" <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements> (site consulté le 27 décembre 2020).

³⁶³ CIRDI « Base de données relative aux traités bilatéraux d'investissement », <https://icsid.worldbank.org/fr/ressources/base-de-donn%C3%A9es/base-de-donn%C3%A9es-relative-aux-trait%C3%A9s-bilat%C3%A9aux-dinvestissement#a2> (site consulté le 24 décembre 2020).

³⁶⁴ CNUDCI : « Le règlement de la CNUDCI sur la transparence dans l'arbitrage entre investisseurs et États fondés sur des traités » New York 2014. <https://uncitral.un.org/fr/texts/arbitration/conventions/transparency>

³⁶⁵ KAUFMANN-KOHLER, Gabrielle : « L'arbitrage d'investissement : entre contrat et traité-entre intérêts privés et intérêt public » op.cit. note n°356.

³⁶⁶ Article 41 du décret législatif n°93_12 du 05 octobre 1993, relatif à la promotion de l'investissement, JORADP n° 64 du 10 octobre 1993

³⁶⁷ La loi n°22-18 du 24 juillet 2022, relative à l'investissement, JORADP n°50 du 28 juillet 2022.

1971.³⁶⁸ Ainsi, la loi actuelle régissant les activités des hydrocarbures a ouvert la possibilité de recourir à l'arbitrage international pour les contrats d'hydrocarbures.³⁶⁹

A- La remise en cause de l'arbitrage CIRDI

397. Malgré son adoption par 165 États, le recours à l'arbitrage CIRDI connaît actuellement, un déclin tant au niveau régional (1) qu'au niveau local par le retrait de certains États de l'arbitrage CIRDI (2). Ainsi, certains auteurs ont constaté son inefficacité sur le plan opérationnel, ce qui a suscité des critiques et suspicions à l'égard du CIRDI.

398. En effet, les sentences CIRDI ont accordé plus d'avantages et une grande protection aux investisseurs privés. Par exemple, au niveau du droit applicable, l'article 42 de la convention de Washington a donné aux arbitres une marge de manœuvre pour appliquer les règles de droit international pour restreindre voire exclure le droit interne de l'État d'accueil³⁷⁰. Ainsi, l'influence du droit de l'État d'accueil est diluée par sa combinaison avec le droit international³⁷¹.

1- La remise en question du système CIRDI au niveau régional

399. Au niveau régional, plusieurs efforts internationaux pour normaliser les relations économiques de voisinage ont été entrepris. Ainsi, ces efforts ont renoncé au système CIRDI au niveau régional quand il s'agit d'un différend entre un État et investisseur d'un autre État relevant de la même région. Cette renonciation marque un déclin de l'arbitrage CIRDI au profit des institutions régionales telles que la CJUE dans l'espace européen³⁷², la CCJA dans l'espace OHADA, ou encore au niveau de la Ligue Arabe.

400. En ce qui concerne l'Union Européenne, la CJUE a acquis en 2009, à la suite du Traité de Lisbonne (2007)³⁷³, une compétence exclusive en matière des investissements directs étrangers menant ainsi, systématiquement une politique de destruction de l'arbitrage d'investissement dans l'espace intra-européen que Mr Gaillard qualifie de « *séisme tectonique* »³⁷⁴. Ainsi, la Commission Européenne est intervenue à plusieurs reprises, en sa

³⁶⁸ Cf. Supra. §217.

³⁶⁹ Article 54 de la loi 19-13 du 11 décembre 2019 régissant les activités des hydrocarbures, op.cit. note n°34.

³⁷⁰ Cf. Infra. § 878.

³⁷¹ Shuo Feng & Wei Shen : "Calvo Is Back! Changing Sovereignty and Evolutionary Investment Law in a Leaving and Return of the State Paradigm". Op.cit. note n°257.

³⁷² LEMAIRE, Sophie : « Arbitrage d'investissement et Union Européenne », Revue de l'arbitrage, éd. Comité français de l'arbitrage, Vol 2016, issue 4

³⁷³ Traité de Lisbonne modifiant le traité sur l'Union européenne et le traité instituant la Communauté européenne, signé à Lisbonne le 13 décembre 2007, JOUE C 306 du 17 décembre 2007.

³⁷⁴ Ibid. p. 1011.

qualité d'*amicus curiae* devant les tribunaux arbitraux ou bien devant les juges de contrôle ou d'exécution pour contester la compétence des tribunaux arbitraux en matière d'investissement entre les pays membres de l'UE et leurs investisseurs, au profit de la CJUE. Cela en évoquant l'incompatibilité des TBI avec la politique de l'Union Européenne contre la discrimination et la sauvegarde d'un marché unique au niveau européen³⁷⁵. Finalement, les États membres de l'Union Européenne ont convenu de mettre un terme à tous les TBI conclus entre eux, le 24 octobre 2019, par un traité plurilatéral³⁷⁶ et ainsi, mettre fin aux offres d'arbitrage pour résoudre les différends relatifs à l'investissement³⁷⁷. Ceci dit pour les litiges intra-européens. En général, l'Union Européenne marque récemment, une opposition contre le système actuel de règlement des différends entre investisseur/État. Ainsi, dans le cadre des discussions pertinentes organisées par la CNUDCI, l'UE a plaidé pour la réforme du système actuel de règlement des différends entre États et investisseurs d'autres États. En soulignant ses principaux problèmes comme ce qui suit :

401. Premièrement, les tribunaux d'arbitrage ont toujours fait preuve d'un mépris sélectif pour les questions souveraines des États hôtes dans leur pratique de l'arbitrage d'investissement à long terme et n'ont pas réussi à appréhender efficacement l'échelle de protection ; deuxièmement, il y a un manque de cohérence dans l'interprétation et l'application d'une série de dispositions. Troisièmement, l'absence d'un régime d'appel nécessaire fait perdre au régime actuel sa capacité d'autocorrection. Même avec le mécanisme d'annulation prévu par la Convention CIRDI, sa fonctionnalité pratique est plutôt limitée. Quatrièmement, la nomination des arbitres dans le cadre de ce régime est souvent faite *ex post* au litige. Ainsi, lorsqu'il nomme les arbitres, l'État hôte prend également en compte ses propres intérêts et ignore ses fonctions de droit public en tant qu'État souverain, ce qui fait que le tribunal d'arbitrage manque de neutralité dans l'interprétation et l'application des traités. Cinquièmement, comme le tribunal d'arbitrage des investissements n'est pas une organisation internationale permanente, des coûts énormes ont été engagés pour maintenir le fonctionnement de l'ensemble du système. Sixièmement, le régime actuel de règlement des différends relatifs à l'investissement, est dérivé de l'arbitrage commercial qui traite principalement des litiges commerciaux. Par conséquent, le système actuel n'a pas de

³⁷⁵ Cf. *Infra*. §640.

³⁷⁶ Union Européenne, Accord plurilatéral portant extinction des traités bilatéraux d'investissement conclus entre États membres de l'Union européenne, signé le 24 octobre 2019.

³⁷⁷ BEN HAMIDA, Walid : « *L'intégration imparfaite de l'arbitrage d'investissement dans le droit de l'OHADA* », Revue de l'Arbitrage, éd. Comité français de l'arbitrage, vol. 2019, issue 4) pp. 1109-1140.

dispositions institutionnelles appropriées pour les contrôles et les équilibres de la puissance publique afin d'assurer la transparence et l'équité³⁷⁸.

402. En Somme, l'UE estime que les défauts relatifs au système actuel de règlement des différends, ne sont plus adaptés au XXI^e siècle³⁷⁹. Elle propose alors d'établir un tribunal d'investissement fondé sur la volonté des États souverains comme régime possible pour régler les différends en matière d'investissement. L'idée de l'UE d'un tribunal d'investissement met directement en évidence les inconvénients du système actuel de règlement des différends entre États et ressortissants d'autres États. Elle propose alors d'accorder aux parties le pouvoir absolu de régler dans le domaine de la sécurité publique, de la protection de l'environnement, de la protection des droits des consommateurs, etc. Elle propose aussi, que le recours aux tribunaux nationaux des parties contractantes reste aussi un moyen possible pour le règlement des différends. En outre, l'UE souhaite empêcher les tribunaux d'arbitrage d'interpréter le traité de manière arbitraire dans le cadre du régime actuel de l'arbitrage d'investissement, en établissant un organe politique autorisé par les parties contractantes à interpréter les traités d'investissement de manière uniforme³⁸⁰

403. Dans l'espace de l'OHADA où l'arbitrage était de prime abord, consacré à l'arbitrage commercial³⁸¹, un nouveau dispositif a été intégré relatif à l'arbitrage d'investissement. Cela en révisant l'acte uniforme sur l'arbitrage de 1999 et le règlement de l'arbitrage de la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage (CCJA), par le Conseil des ministres de l'OHADA, lors de la session annuelle tenue le 23 et le 24 novembre 2017³⁸². Ainsi, l'Acte Uniforme réformé de l'OHADA sur l'arbitrage vise d'une manière explicite, l'arbitrage d'investissement et l'intègre dans son champ d'application³⁸³.

404. Par ailleurs, l'accord régional régissant l'investissement en Amérique du Nord a suivi la même démarche. Il s'agit de l'Accord de Libre-Échange Nord-Américain (ALENA,

³⁷⁸ Shuo Feng & Wei Shen : "Calvo Is Back! Changing Sovereignty and Evolutionary Investment Law in a Leaving and Return of the State Paradigm". Op.cit. note n°257.

³⁷⁹ C. Malmstrom, Investments in TTIP and beyond-towards an International Investment Court (5 mai 2015), https://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2015/may/tradoc_153408.PDF (consulté le 18 février 2022).

³⁸⁰ Shuo Feng & Wei Shen : "Calvo Is Back! Changing Sovereignty and Evolutionary Investment Law in a Leaving and Return of the State Paradigm" op.cit, note n°257.

³⁸¹ KENFACK DOUAJNI, Gaston : « Le règlement par voie d'arbitrage des litiges relatifs aux investissements dans l'espace OHADA », R.G.D.I.P. 2017/1.

³⁸² BEN HAMIDA, Walid : « L'intégration imparfaite de l'arbitrage d'investissement dans le droit de l'OHADA », Op.cit. note n°379.

³⁸³ Ibid. p. 1114.

ou bien Nafta en anglais) liant les USA et le Canada³⁸⁴. Cet accord a été révisé récemment pour introduire le Mexique et ainsi, rebaptisé « Accord Canada- États-Unis-Mexique » (l'ACEUM ou bien USMCA en anglais) signé le 30 novembre 2018 et entré en vigueur le 1^{er} juillet 2020³⁸⁵. Cet accord tend aussi, à éliminer l'arbitrage d'investissement et limite son usage contre le Mexique, en restaurant la règle de l'épuisement des voies de recours internes³⁸⁶.

405. Aussi le cas pour l'Accord global et progressif pour le partenariat trans-pacifique, conclu par onze pays du Pacifique dont le Japon, l'Australie, le Chili, le Canada et d'autres. La nouvelle Zélande, le Canada et le Chili ont explicitement, exclu le règlement par le CIRDI, pour résoudre les différends avec les investisseurs de certains pays.³⁸⁷

406. Dans la région arabe, nous citons également, la convention unifiée pour l'investissement des capitaux arabes dans les pays arabes ratifiée par 21 États relevant à la Ligue Arabe (sauf l'Algérie et le Comores ayant signé la convention sans l'avoir ratifié)³⁸⁸. Cette convention signée le 27 novembre 1980 au sommet d'Amman³⁸⁹, a été conclu pour combler le manque de TBI intra-arabe. Ainsi, elle a créé la Cour Arabe d'Investissement³⁹⁰.

2- La renonciation au système CIRDI au niveau local

407. En dépit de sa remise en cause au niveau régional, l'arbitrage CIRDI connaît aussi, un déclin au niveau local. Par la dénonciation du système par certains pays en développement (a) et aussi par certains pays développés (b).

a- Le retrait des pays de l'Amérique Latine du régime CIRDI

408. Un nombre important des pays de l'Amérique Latine ont jugé que l'arbitrage CIRDI protège excessivement les investisseurs étrangers. Le montant élevé des indemnités découlant

³⁸⁴ Accord de Libre échange nord-américain (ALENA), <https://www.international.gc.ca/trade-commerce/trade-agreements-accords-commerciaux/agr-acc/nafta-alena/fta-ale/11.aspx?lang=fra>

³⁸⁵ La croix : « Le nouvel accord commercial nord-américain est entré en vigueur » article de presse publié le 03 juillet 2020, <https://www.la-croix.com/Economie/Le-nouvel-accord-commercial-nord-americain-entre-vigueur-2020-07-03-1201103242> (site consulté le 24 décembre 2020).

³⁸⁶ BEN HAMIDA, Walid : « *L'intégration imparfaite de l'arbitrage d'investissement dans le droit de l'OHADA* », Op.cit. note n°379.

³⁸⁷ Shuo Feng & Wei Shen : « *Calvo Is Back! Changing Sovereignty and Evolutionary Investment Law in a Leaving and Return of the State Paradigm* » op.cit, note n°257.

³⁸⁸ MOUAWAD, Caline et KHOURI, Lillian : « investment arbitration under multilateral treaties in the Middle East », in Nassib Ziadé (ed). BCDR International Arbitration Review, Kluwer Law International, 2016, Volume 3 issue 2. Pp. 243-266.

³⁸⁹ TRARI-TANI, Mostefa : « L'arbitrage commercial international : Avec référence au droit et à la pratique des pays du Maghreb (Algérie, Libye, Maroc, Mauritanie et Tunisie) ». Op.cit. n°184.

³⁹⁰ MOUAWAD, Caline et KHOURI, Lillian : « investment arbitration under multilateral treaties in the Middle East ». op.cit. note n°390.

des affaires de l'arbitrage CIRDI a impacté fatalement, la vitalité du développement économique dans ces pays. Ainsi, l'Argentine devait reconsidérer sa participation au CIRDI, puisque soixante cas d'arbitrage CIRDI a freiné son développement économique. Depuis 2007 avec un effet domino, l'Argentine, le Venezuela, l'Equateur et la Bolivie ont annoncé leur décision de se retirer de la convention de Washington³⁹¹.

409. Cette renonciation bien qu'elle ne bloque pas entièrement, l'arbitrage d'investissement. Elle n'exprime pas seulement, le mécontentement de ces pays à l'arbitrage CIRDI. Elle signale la perte de la confiance de ces pays et envoie un message politique plus réaliste de leur refus de coopérer à l'avenir au régime actuel du droit international de l'investissement. Cette renonciation de certains pays de l'Amérique Latine nous rappelle de la doctrine Calvo qu'était autrefois populaire dans la région. En effet, cette doctrine n'est pas morte et certains auteurs voient qu'il est évident de la faire revivre³⁹².

410. D'autant plus, on assiste à une montée en puissance de certains pays émergents non contractants au CIRDI, tels que le Brésil, l'Inde ou bien l'Afrique du Sud, dans le domaine de l'investissement international. Ces pays excluent le recours à l'arbitrage d'investissement dans leurs lois nationales et TBI modèles, mis à jour récemment. Par exemple, le TBI modèle de l'Inde publié en 2016, a exclu le recours à l'arbitrage d'investissement et a mis l'accent sur le recours aux tribunaux locaux de l'État hôte. En effet, ces pays ne montrent aucun intérêt à l'adhésion à la convention CIRDI et aucun signe en faveur de l'avenir de leur adhésion n'est montré³⁹³.

b- Le déclin du régime CIRDI dans les pays développés

411. Outre la remise en cause du régime CIRDI au niveau régional et la revendication de sa mise à niveau, dans l'espace européen ou bien trans-pacifique. Nous constatons un mécontentement du régime dans les pays développés. A la tête desquels, les États-Unis.

412. Le régime CIRDI a été critiqué aussi par sa sur-privatisation. En effet, si certains pays en développement s'en sont retirés, les pays développés tentent à le remodeler, à travers le paradigme du retour de l'État, au moins au niveau de sa capacité de réglementer et de

³⁹¹ Shuo Feng & Wei Shen : "Calvo Is Back! Changing Sovereignty and Evolutionary Investment Law in a Leaving and Return of the State Paradigm" op.cit, note n°257.

³⁹² . Shuo Feng & Wei Shen : "Calvo Is Back! Changing Sovereignty and Evolutionary Investment Law in a Leaving and Return of the State Paradigm" op.cit, note n°257. p. 322

³⁹³ Shuo Feng & Wei Shen : "Calvo Is Back! Changing Sovereignty and Evolutionary Investment Law in a Leaving and Return of the State Paradigm" op.cit, note n°257. p.322.

réguler les activités de l'investissement. Les pays développés même s'ils divergent en termes d'intérêt avec les pays en développement. Ils mettent tous l'accent sur le respect de la souveraineté nationale dans l'élaboration des mécanismes de règlement des différends relatifs à l'investissement³⁹⁴.

413. Ainsi, les États-Unis ont cessé d'encourager le régime CIRDI. Même s'ils ont longtemps joué le rôle du principal État d'origine des demandeurs dans les affaires CIRDI. Cependant, les États-Unis ont fini par reconnaître ses risques juridiques. Le représentant américain Robert Lighthizer a souligné, en mars 2018 devant le Congrès américain les raisons qui ont poussé le gouvernement américain à s'opposer à l'insertion des clauses obligatoires de CIRDI dans la négociation de l'ALENA. Il a également, indiqué que cela mettrait en péril l'intégrité de l'accord et expose les USA à de grands risques juridiques. Ainsi, cela porterait gravement atteinte à la souveraineté nationale américaine³⁹⁵.

414. En Effet, après la crise financière de 2008 et la montée en puissance de certains pays émergents, le fossé économique entre le Nord et le Sud n'a cessé de se réduire. Ce qui a privé les pays développés de leur position dominante et a poussé les États développés de rester sur leur garde et de faire preuve de plus de prudence. Aussi, on assiste à un mouvement antilibéral et antimondialisation, à cause de restrictions réglementaires imposés par les pays développés sur les investisseurs étrangers.

415. A en juger, les États concernés accordent plus d'attention à la supervision des fusions et acquisitions impliquant des investisseurs étrangers. Surtout en matière d'acquisition d'actifs nationaux stratégiques ou clés, pour des raisons de sécurité nationale. Tels que le secteur de la fabrication de haute technologie, des télécommunications ou des services financiers. La Chine est le principal pays d'origine pour ces secteurs alors que les USA sont les principaux États d'accueil. L'administration Trump depuis son arrivée au pouvoir a pris des mesures réglementaires plus stricts contre les économies émergentes représentées par la Chine. Cela en adoptant The FIRRMA « *The foreign Investment Risk Review Modernization Act* »³⁹⁶, un dispositif réglementaire pour renforcer de manière exhaustive, le droit de l'État à réglementer dans le domaine de l'investissement étranger en élargissant le champ d'examen

³⁹⁴ . Shuo Feng & Wei Shen : "Calvo Is Back! Changing Sovereignty and Evolutionary Investment Law in a Leaving and Return of the State Paradigm" op.cit, note n°257. p.322. 322.

³⁹⁵ Shuo Feng & Wei Shen : "Calvo Is Back! Changing Sovereignty and Evolutionary Investment Law in a Leaving and Return of the State Paradigm" op.cit, note n°257. p.323.

³⁹⁶ Les États Unies de l'Amérique : Foreign Investment Risk Review Modernization Act of 2018 (FIRRMA), Pub. L. n° 115-232, Title XVII, 132 Stat. 2173, adopté par le Congrès des États-Unis et promulgué le 13 août 2018.

de la sécurité nationale et en contrôlant le partage de technologie clés avec les économies émergentes³⁹⁷.

416. Des réformes similaires ont été entreprises par d'autres pays développés de l'Union Européenne, le Royaume Uni, Canada et le Japon, pour s'engager et de se coopérer officiellement dans la sécurité de l'investissement. Pour l'UE, on a souligné l'importance de la surveillance des investissements étrangers, en insistant sur la mise en œuvre des lois sur les investissements, dans le domaine de l'énergie, tel que le gaz naturel et l'électricité. En renforçant le maintien de la sécurité des infrastructures concernées. Aussi le cas pour l'aviation civile ainsi que l'exploration et la production de l'hydroxyde, en exigeant que les citoyens européens détiennent le contrôle absolu du capital des entreprises.

³⁹⁷Shuo Feng & Wei Shen : "Calvo Is Back! Changing Sovereignty and Evolutionary Investment Law in a Leavingand Return of the State Paradigm" op.cit, note n°257. p.328

Conclusion Chapitre 1

417. Bien qu'elle soit admise dans les pays relevant du monisme juridictionnel, la capacité du partenaire public à compromettre a connu un essor considérable après avoir été proscrite, tant dans les pays du dualisme juridictionnel que dans les pays en développement.

418. Ainsi, dans les pays du dualisme juridictionnel, le principe général demeure l'incapacité des personnes publiques à compromettre, en raison de la protection de l'intérêt général. Aussi le cas pour les pays en développement, où ils avançaient traditionnellement, le principe de la souveraineté pour s'échapper à la justice arbitrale.

419. Toutefois, ce principe général de l'incapacité des personnes publiques à compromettre n'est plus à l'ordre du jour, dans la mesure où il connaît actuellement, plusieurs dérogations, au niveau interne. Ainsi, les contrats de PPP d'ordre interne sont devenus en partie, arbitrables. Cependant, le contrat de concession d'ordre interne, même s'il constitue le socle juridique de la majorité des contrats de PPP, il demeure inarbitrable en droit français et en droit algérien.

420. De surcroît, le principe de l'incapacité de compromettre pour le partenaire public se voit renversé totalement, en matière de contrats de PPP d'ordre international. A l'image de tous les contrats de commerce international. A l'exception des contrats administratifs internationaux soumis au contrôle des juridictions administratives, ces contrats sont devenus récemment, inarbitrables sauf si une loi ou une convention internationale prévoient le contraire. Le critère des intérêts du commerce international dégagé par la jurisprudence Galakis ne fonctionne plus à leur égard.

421. Néanmoins, en matière d'investissement nous constatons que le recours des personnes morales à l'arbitrage est une question de rapport de force. Ainsi, le partenaire public tend à préférer le recours à ses propres tribunaux internes pour maintenir son contrôle sur l'investissement étranger. En revanche, s'il souhaite attirer les capitaux étrangers, son consentement à l'arbitrage est évident.

Chapitre 2 : L'arbitrabilité des litiges découlant des contrats de PPP

422. On a vu que le principe de l'interdiction du recours des personnes morales de droit public à l'arbitrage persistait depuis longtemps. Cependant, des îlots d'arbitrabilité ont renversé ce principe. Cette ouverture à l'arbitrage est étroitement, liée à la nature du contrat de PPP en cause, selon qu'il est d'ordre interne, international ou constituant un investissement protégé. A cet effet, on pourrait dire que la possibilité du recours des personnes publiques étant d'ordre subjectif est étroitement subordonnée à un autre critère d'ordre objectif. En l'occurrence, la nature du contrat de PPP.

423. En dépit de ce critère « *ration materiae* » lié à la nature interne ou international du contrat de PPP. On rajoute un autre critère matériel, relatif cette fois à la nature du litige. Ou bien l'arbitrabilité des litiges *stricto sensu*, si on penche sur une notion restrictive de l'arbitrabilité.

424. En effet, certaines catégories de litiges ne peuvent être résolus par voie arbitrale, en raison de leur nature, même si le contrat de PPP en cause est arbitral. Ces litiges portent sur des droits indisponibles ou bien, intéressant l'ordre public. Nous allons étudier l'étendue de l'inarbitrabilité des contrats publics *ration materiae* de certains litiges (**Section 1**). Puis, on va la calquer sur certaines catégories de litiges relatifs au contrat de PPP (**Section 2**).

Section 1 : L'inarbitrabilité *ration materiae* de certains litiges

425. La majorité des droits comparés ont exclu du domaine de l'arbitrage, les litiges portant sur des droits indisponibles ou intéressant l'ordre public. (**Sous-section 1**). Tandis que d'autres droits comme le droit allemand et le droit belge, se sont référés à une autre distinction portée sur les droits « subjectifs » patrimoniaux et les droits « subjectifs » extrapatrimoniaux. Ainsi, les premiers sont arbitraux tandis que les deuxièmes, ne le sont pas³⁹⁸.

426. Toutefois, Ces principes conditionnant la validité de la convention d'arbitrage ont été tempérés, voire renversés, spécifiquement en matière internationale avec le triomphe du principe de l'autonomie de la convention d'arbitrage qui a réussi à la détacher à toute ordre juridique interne (**Sous-section 2**).

³⁹⁸ LOQUIN, Éric : « L'ordre public et l'arbitrage » : Conférence association Droit et Commerce, Tribunal du Commerce de Paris, 5 Mars 2018, Revue de Jurisprudence commerciale, éd. Thomson Reuters, Juillet/août 2018.

Sous-section 1 : L'ordre public et l'indisponibilité des droits comme base d'inarbitrabilité des litiges

427. *A priori*, l'arbitrage et l'ordre public constituent des notions antagonistes. Le premier est une justice privée n'ayant pas le pouvoir de *l'imperium*. Tandis que l'ordre public relève de prime abord, des prérogatives de l'État et ses démembrements, dont ils ont la garde de sa préservation, à travers ses tribunaux étatiques. Ainsi, de prime abord, l'arbitrage et l'ordre public ne font pas bon ménage³⁹⁹.

428. En effet, la majorité des droits comparés ont exclu les matières dont les parties n'ont pas la libre disposition du champ de l'arbitrage.

429. Il en va de l'article 1006 al.1 du code algérien de procédure civile et administrative et l'article 2059 du code civil français. Ces deux articles disposent que :

« *Toutes personnes peuvent compromettre sur les droits dont elles ont la libre disposition* ». Ainsi, les législateurs des deux pays ont exclu les litiges portant sur les **droits indisponibles** du champ de l'arbitrabilité.

430. Les deux législateurs ont exclu également, les **matières intéressant l'ordre public** du champ de l'arbitrabilité, et ce en vertu des articles 1006 al.2 du code algérien de procédure civile et administrative et l'article 2060 du code civil français.

431. Il en ressort que les litiges portant sur des droits indisponibles ou ayant un rapport avec l'ordre public ne peuvent être tranchés que par les juridictions étatiques et s'échappent à la compétence de l'arbitre ayant un pouvoir de *juridictio* mais n'ayant pas le pouvoir de *l'imperium*. Cela est en dépit de la faculté des parties de délimiter la compétence du tribunal arbitral, en vertu du principe de l'autonomie de volonté, en fixant les pouvoirs du tribunal arbitral dans la convention d'arbitrage.

432. Cependant, la notion de l'ordre public est une des notions les plus difficiles à cerner dans la mesure où elle n'a pas pu trouver l'unanimité. Il est certain néanmoins qu'il s'agit toujours, de triompher l'intérêt général sur l'intérêt privé⁴⁰⁰. On peut retenir la définition de l'ordre public par Ph. MALAURI dans sa célèbre thèse sur les contrats

³⁹⁹ LOQUIN, Éric : « L'ordre public et l'arbitrage » op.cit. note n°400. p. 12

⁴⁰⁰ APOSTOLOS, Patrikios : « L'arbitrage en matière administrative » préf. Yves Gaudemet, éd. LGDJ.

contraires à l'ordre public selon laquelle « *L'ordre public exprime le principe que l'intérêt général l'emporte sur l'intérêt privé* »⁴⁰¹.

433. Il est indéniable que l'intérêt général est omniprésent dans la littérature du droit administratif. Cela constitue justement un autre argument justifiant l'hostilité de la matière vis-à-vis l'arbitrage. Ainsi, le principe traditionnel de l'interdiction des personnes morales de droit public à recourir à l'arbitrage, tient aussi sa base par le fait que ces personnes sont les gardiens de l'ordre public et l'intérêt général. Heureusement pour l'institution d'arbitrage que les contrats administratifs à caractère international peuvent s'échapper à cette interdiction, ainsi que certains contrats d'ordre interne comme il a été évoqué dans le chapitre précédent.

434. Cependant, même avec l'ouverture de ces contrats à l'arbitrage, plusieurs litiges y découlant peuvent se porter sur des droits indisponibles ou toucher à l'ordre public. Ces litiges ont été qualifiés par la doctrine comme des matières inarbitrables *per se*⁴⁰² étant donné qu'ils intéressent l'ordre public et leur résolution appartient exclusivement, au juge étatique.

435. Selon cette conception, on pourrait exclure de la compétence de l'arbitre, les litiges relatifs à légalité des actes unilatéraux pris par l'administration publique, soit pour conclure, exécuter ou bien résilier un contrat de PPP. Ces actes sont connus communément, par les actes détachables. Cette inarbitrabilité d'ordre matériel concerne aussi, les actes incriminés par le droit pénal comme la corruption lors de l'attribution des contrats de PPP qui demeure en principe, du ressort du juge pénal compétent. Il en va de même pour les litiges fiscaux.

436. En effet, certains droits comparés ont écarté expressément, ces catégories de litiges de la compétence de l'arbitre. Tandis que d'autres, se sont contenté du critère général de droit commun de l'arbitrage, en l'occurrence, l'inarbitrabilité *ratione materiae* liée à l'ordre public ou l'indisponibilité des droits.

⁴⁰¹ PH. MALAURI « Les contrats contraires à l'ordre public, Thèse Paris, 1953, Citée dans l'article de LOQUIN Éric, L'ordre public et l'arbitrage » :op.cit. note 377.

⁴⁰² Cf. RACINE, Jean Baptiste : « Droit de l'arbitrage », op.cit. note n°230.

Sous-section 2 : La remise en question du principe de l'inarbitrabilité *ratione materiae* de certaines catégories de litiges

437. Dire que toute matière intéressant l'ordre public est inarbitrable, vaut l'exclusion de plusieurs domaines du champ de l'arbitrabilité. Cela a été accentué par la non reconnaissance de la sentence arbitrale intéressant à l'ordre public, par le juge étatique du contrôle, Et ce dans la majorité des droits comparés et aussi, dans la convention internationale de New York, sur la reconnaissance et exécution des sentences arbitrales.

438. Cette double interdiction semble bien verrouiller l'institution d'arbitrage au point où l'arbitre n'aurait aucun espace pour juger des litiges contraires à l'ordre public. Selon cette conception, si l'arbitre s'aventure et tranche un litige concernant l'ordre public, sa sentence serait annulée par le juge étatique, du fait que la convention d'arbitrage soit nulle dès le départ, et par la suite, l'arbitre serait incompétent⁴⁰³.

439. Or, l'ordre public est actuellement, omniprésent dans la vie économique, l'on assiste à une expansion formidable de celui-ci au XXème siècle. Une époque où le droit des contrats a été enveloppé par des règles d'ordre public. M. RACINE soulève que « *L'interdiction de compromettre dans « les matières qui intéressent l'ordre public » si elle avait été prise au pied de la lettre, aurait très certainement « tué » l'arbitrage* »⁴⁰⁴. Ainsi, si on suit cette logique, il suffit qu'une partie évoque la nullité du contrat pour obliger l'arbitre à se dessaisir⁴⁰⁵. M. René David a souligné pour sa part que toutes les matières intéressent l'ordre public, sinon, « *Si elles ne l'intéressent pas, elles ne feraient pas l'objet de règles de droit* »⁴⁰⁶

440. Fort heureusement pour l'institution d'arbitrage, la jurisprudence s'est évoluée progressivement, et a créé un régime juridique *favor arbitrandum*, en refoulant l'ordre public. Cette révolution prétorienne a vidé l'article 2059 du code civil français de son sens. Ainsi, les limitations textuelles d'arbitrabilité pour cause d'ordre public sont devenues obsolètes.

441. En effet, la jurisprudence a admis la possibilité d'application des règles et des principes d'ordre public. Ainsi, l'arbitre pourrait statuer même si l'ordre public a été enfreint.

⁴⁰³ LOQUIN, Éric : « Arbitrage commercial international -notion- », cit. note n°176.

⁴⁰⁴ Racine, Jean Baptiste « Droit de l'arbitrage », op.cit. note n°230.

⁴⁰⁵ LOQUIN, Éric : « Arbitrage commercial international -notion- », cit. note n°176.

⁴⁰⁶ DAVID, René : « L'arbitrage dans le commerce international » éd. Economica, Paris 1982.

En revanche, il revient au juge étatique d'annulation de contrôler l'application desdites règles et principes d'ordre public par l'arbitre. En dépit de l'article 2059 du code civil français et l'article 1006 du CPCA algérien. Cette solution illustre le déplacement de l'ordre public de la convention d'arbitrage vers la sentence arbitrale. Le pouvoir de l'arbitre d'appliquer les principes d'ordre public s'exerce ainsi sous le contrôle du juge. C'est à dire, le recours à l'arbitrage est permis *ex ante* parce qu'un contrôle *ex post* par le juge étatique serait possible⁴⁰⁷. Par conséquent, la méconnaissance éventuelle par l'arbitre des règles d'ordre public est de nature à entraîner l'annulation de la sentence⁴⁰⁸.

442. Nous allons voir que cette faculté de trancher par l'arbitre, des litiges intéressant l'ordre public, se concrétise par l'attribution à l'arbitre de certains pouvoirs pour exercer cette mission **(A)**. En revanche, le pouvoir du juge étatique de contrôle se voit limité concernant sa mission de reconnaissance de la sentence arbitrale toutes les fois où le litige intéresse l'ordre public **(B)**.

§1 - Les pouvoirs de l'arbitre en matière des litiges intéressant l'ordre public

443. La jurisprudence a élargi la compétence de l'arbitre dans certaines matières intéressant l'ordre public. Ces pouvoirs octroyés à l'arbitre ont rendu par conséquent, le litige intéressant l'ordre public arbitral, et la convention d'arbitrage portant sur ce genre de litige, valide. Cependant, Ces évolutions ont parcouru un long chemin, nous allons retracer les évolutions à la lumière de la jurisprudence française.

444. La première étape franchie, était à l'occasion de l'arrêt Tissot.⁴⁰⁹ En l'occurrence, selon l'arrêt de la chambre commerciale de la Cour de cassation, daté du 28 novembre 1950, l'existence d'une réglementation d'ordre public ne suffisait pas pour déclarer l'incompétence du tribunal arbitral. En revanche, ce dernier demeurait incompétent pour sanctionner la violation de l'ordre public.

445. Même si cette solution avait persisté longtemps, dans la mesure où elle a été suivie par un autre arrêt de la cour d'Appel de Paris en 1989. Cette solution a été critiquée par

⁴⁰⁷ DAVID, René : « L'arbitrage dans le commerce international » op.cit. note n°408. p. 168.

⁴⁰⁸ VAN COMPERNOLLE, Jaques : « L'arbitrage en droit public : Réflexions conclusives » in « L'ARBITRAGE EN DROIT PUBLIC » Ouvrage Collectif sous la direction de David RENDERS, Pierre DELVOLVÉ et Thierry TANQUEREL, p. 406.

⁴⁰⁹ Cass. com., 29 novembre 1950, Tissot c/ Neff, Cour de cassation — Bull. civ. III, n° 355 ; Recueil Dalloz 1951, p. 170 ; S. 1951, p. 120.

la doctrine en raison de son absence de logique. Même si elle préserve la validité de la convention d'arbitrage. Puisque l'arbitre pourrait constater l'illicéité et la contrariété de l'acte à l'ordre public, pourquoi il ne pourrait prononcer sa nullité ?

446. Ultérieurement, une révolution a été marquée en 1991 par l'arrêt *Ganz* de la cour d'appel de Paris en matière d'arbitrage international, en donnant à l'arbitre international en sa qualité de gardien de l'ordre public international, le pouvoir de sanctionner *“Les comportements contraires à la bonne foi qui doit présider aux relations entre partenaires du commerce international”*. En l'espèce, *« l'imputation de fraude ou de spoliation »*. Ainsi, en matière d'arbitrage international, l'arbitre peut appliquer les règles d'ordre public international et de sanctionner leur méconnaissance éventuelle sous le contrôle du juge de l'annulation⁴¹⁰.

447. L'arrêt Labinel de la cour d'appel de Paris, du 19 mai 1993, a apporté aussi, une révolution de taille, en donnant à l'arbitre le pouvoir de tirer les conséquences civiles et réparer les dommages subis par la violation de l'ordre public. Ainsi, il en a été jugé que : *« Si le caractère de loi de police économique de la règle communautaire du droit de la concurrence interdit aux arbitres de prononcer des injonctions ou des amendes, ils peuvent néanmoins tirer les conséquences civiles d'un comportement jugé illicite au regard d'ordre public pouvant être directement appliquées aux relations des parties en cause »*.⁴¹¹

448. En somme, l'ordre public ne constitue plus un obstacle en matière d'arbitrage international, et les arbitres internationaux ont le pouvoir de préserver l'ordre public et sanctionner sa violation mais sous le contrôle du juge étatique. Ainsi, cette règle est devenue une règle matérielle intervenue seulement, en matière de l'arbitrage international et indépendamment, de la loi choisie par les parties.

449. Par ailleurs, l'arbitre international peut faire face à une pluralité d'ordres juridiques nationaux : l'ordre public dicté par la loi applicable ; l'ordre public de l'État du siège sur la base duquel le juge étatique dudit État peut annuler la sentence ou bien l'ordre public de l'État d'exécution, sachant que le débiteur peut posséder des actifs dans plusieurs pays dans lesquels le créancier peut demander l'exequatur de la sentence arbitrale. Ce qui complique d'avantage la tâche de l'arbitre. Alors que l'ordre public dicté par le droit applicable au fond du litige, s'il est étranger par rapport au droit du juge de contrôle de

⁴¹⁰ Cour d'appel de Paris, 29 mars 1991, revue arbitrage, p.478, note L. Idot

⁴¹¹ C.A. Paris, 1^{re} ch., sect. A, 19 mai 1993, Société Labinal c/ Société Mors & Westland Aerospace (Labinal 1993).

validité ou l'exécution de la sentence, le juge étatique du contrôle, ne peut sanctionner la méconnaissance par l'arbitre de l'ordre public relatif au droit applicable, suivant le principe de la non révision au fond des sentences arbitrales⁴¹²

450. Or le principe de l'autonomie de l'arbitrage vise d'autres conceptions de l'arbitrage, et rompe avec la conception positiviste nationale liant l'arbitrage à un seul ordre juridique qui est celui de l'État du siège.

451. Ainsi, selon M. Gaillard, On assiste à deux conceptions mettant en œuvre le principe de l'autonomie de l'arbitrage :

452. La première conception est la conception *jus naturaliste* transnationale qui admet une autonomie totale de l'arbitrage et son détachement par rapport aux ordres juridiques internes. Ainsi, l'arbitre s'en est trouvé libéré de l'archaïsme de certains droits nationaux, de la nécessité de trancher les conflits des lois ou d'appliquer les règles de procédures du for. Cependant, cette conception avait quelques difficultés à se justifier. Surtout sur la source du pouvoir de l'arbitre et la capacité de la société marchande de créer un droit spécifique et spontané. Ainsi, on lui reproche la production des sentences flottantes⁴¹³.

453. La deuxième conception est la conception positiviste transnationale. Selon cette conception, l'arbitre tient son pouvoir de l'ensemble des droits qui sont prêts, à certaines conditions, à reconnaître la validité de la convention d'arbitrage et la satisfaction de la sentence intervenue ou à intervenir, à certaines conditions minimales. La convergence des ordres juridiques nationaux et leurs accords sur ces conditions minimales, justifie l'autonomie de l'arbitrage⁴¹⁴

454. C'est cette dernière conception qui a pris le dessus en matière de l'application de l'ordre public. Ainsi, l'arbitre doit se positionner par rapport à une pluralité d'ordres juridiques et sa sentence ne devrait plus se heurter à ces ordres publics potentiels, suivant la jurisprudence *Ganz* autorisant l'application des règles de l'ordre public international sous le contrôle du juge étatique de l'annulation.

455. Selon M. LOQUIN, l'ordre public international : « *est formé des valeurs considérées comme fondamentales par le droit de l'État où la sentence est rendue ou par le*

⁴¹² LOQUIN, Éric : « Arbitrage commercial international -notion- », cit. note n°176.

⁴¹³ GAILLARD, Emmanuel : « *Souveraineté et autonomie : réflexions sur les représentations de l'arbitrage international* ». op.cit. note n°306.

⁴¹⁴ Ibid. p. 1172.

droit de l'État où la sentence doit être exécutée. Il s'oppose à l'application d'une loi ou à l'exécution d'une décision de justice étrangère ou d'une sentence arbitrale, qui lui porterait atteinte et dont les effets seraient constatés dans l'ordre juridique porteur de ces valeurs ». Pour le même auteur, le contenu de cet ordre public international s'élargie considérablement, pour absorber aussi les lois de police de l'État en cause⁴¹⁵. C'est ainsi qu'il existe une pluralité d'ordres publics internationaux. Ainsi, l'ordre public international pris par l'arbitre devrait tenir compte des critères découlant d'un ou de plusieurs ordres juridiques ayant un rattachement, quelconque, avec la cause, comme la loi du for, les lois des pays éventuels d'exécution de la sentence.⁴¹⁶

456. Encore plus, Il se peut que l'arbitre applique des règles d'ordre public transnational ou véritablement, international⁴¹⁷, suivant la conception jusnaturaliste transnationale déjà évoquée. Il s'agit des normes universelles et valeurs morales communes, reconnues par toutes les nations civilisées et difficilement contestable telles que l'interdiction de l'apartheid, de la corruption, de la ségrégation religieuse, ou du trafic de la drogue. Le Professeur Jacquet l'a défini comme : « *un ordre public qui impose ses exigences sans souci nécessaire d'un rattachement d'une espèce à un ordre juridique déterminé* »⁴¹⁸.

457. Enfin, si la compétence de l'arbitre international dans les matières intéressant l'ordre public est établie en matière de l'arbitrage commercial international. Il en existe deux réserves menant à la nullité de la convention d'arbitrage. La première consiste en la délimitation des pouvoirs de l'arbitre dans la convention de l'arbitrage, de sorte qu'il ne pourrait pas soulever d'office la contrariété du contrat à l'ordre public. Par conséquent, il ne pourrait trancher qu'en enfreignant l'ordre public. Par exemple, un contrat illicite dont les parties ne veulent pas soulever son illicéité et demandent à l'arbitre de donner effet à ce contrat illicite alors que l'arbitre ne peut soulever d'office, sa nullité étant donné que la convention d'arbitrage ne lui confère que de juger sur les questions d'interprétation et d'exécution de ce contrat. Dans ce cas de figure, l'arbitre doit se dessaisir car les parties lui demandent de donner effet à un contrat illicite. La deuxième réserve concerne les matières dites inarbitrables *per se* à cause de leur nature et que seul le juge étatique pourrait les trancher, comme les affaires pénales où l'arbitre ne peut sanctionner les auteurs de l'infraction

⁴¹⁵ LOQUIN, Éric : « Arbitrage commercial international -notion- », cit. note n°176.

⁴¹⁶ TRARI-TANI, Mostefa, « L'arbitrage commercial international Avec référence au droit et à la pratique des pays du Maghreb (Algérie, Lybie, Maroc, Mauritanie et Tunisie », op.cit. note n°184.

⁴¹⁷ Ibid. p.264.

⁴¹⁸ LOQUIN, Éric : « Arbitrage commercial international -notion- », cit. note n°176.

que par des sanctions civiles ou bien le contrôle de la légalité des actes administratifs unilatéraux⁴¹⁹.

458. Nous pouvons déduire en revanche, que l'article 1006 du code de procédure civile et administrative algérien est applicable qu'en matière d'arbitrage d'ordre interne. Même si son homologue français, dont la jurisprudence a vidé l'article 2060 proscrivant l'arbitrage intéressant l'ordre public, de son sens, même en matière interne, par l'arrêt de la cour d'appel de Paris daté du 12 septembre 2002,⁴²⁰ en donnant la faculté à l'arbitre de tirer les conséquences civiles de la méconnaissance des règles d'ordre public, et ce à l'occasion d'un litige purement, interne. Il en va de même pour la Cour de Cassation dans son arrêt Toulousay du 9 avril 2002⁴²¹, où il a été jugé que l'arbitre en matière des litiges naissant des relations internes, peut appliquer les règles impératives du droit, sous le contrôle du juge de l'annulation.⁴²²

§2- La limitation des pouvoirs du juge du contrôle

459. Avec le triomphe du principe de l'autonomie de la convention d'arbitrage par rapport aux ordres juridiques internes, l'article 1006 du code de procédure civile et administrative algérien, faisant référence à l'ordre public, n'est plus applicable en matière d'arbitrage international. En revanche, les articles 1051 et 1056 du code de procédure civile et administrative algérien régissant les règles du contrôle de la sentence arbitrale en matière d'arbitrage commercial international, ont donné au juge étatique algérien, la faculté de refuser la reconnaissance ou l'exécution de la sentence arbitrale contraire à l'ordre public international. S'agit-il en la matière que de l'ordre public international tel qu'il peut être entendu par le juge algérien⁴²³.

460. Ainsi, le juge étatique ne va pas aller sur le fond et vérifier la motivation de la sentence. Il se contente en revanche de contrôler la solution donnée par la sentence si elle est contraire ou non à l'ordre public et ce contrôle ne peut pas le conduire à réviser au fond de la solution donnée par l'arbitre, suivant le principe de la non révision au fond des sentences arbitrales, admis par la convention de New York sur la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales et la majorité des droits nationaux.

⁴¹⁹ RACINE, Jean Baptiste : « Droit de l'arbitrage » op.cit. note n°230.

⁴²⁰ Cour d'appel de Paris, 1^{re} chambre C, 12 sept. 2002, n° de RG 2002/00263, Rev. arb. 2003, p. 173-177.

⁴²¹ Cass. com., 9 avr. 2002, pourvoi n° 99-15.532. Affaire Touloussay

⁴²² LOQUIN, Éric : « Arbitrage commercial international -notion- », op.cit. note n°176.

⁴²³ TRARI-TANI, Mostefa « L'arbitrage commercial international Avec référence au droit et à la pratique des pays du Maghreb (Algérie, Lybie, Maroc, Mauritanie et Tunisie », note n°184.

461. Cependant en France, à l’occasion de l’arrêt du TC Inserm c/Saugstad précité, a tranché exceptionnellement, en faveur de la compétence du juge administratif, en matière de contrôle des sentences rendues en France, portant sur les litiges nés de l’exécution ou de la rupture des contrats soumis aux règles impératives du droit public français régissant la commande publique ou relatives à l’occupation du domaine public, conclus entre les personnes morales de droit public français et une personne étrangère, et exécutés sur le territoire français. Ainsi, le juge administratif s’est doté d’un contrôle plus poussé que son homologue, juge judiciaire en matière de contrôle. A cet effet, le juge administratif contrôle la conformité de la sentence arbitrale internationale aux règles impératives du droit public français relatives à la domanialité publique et celles régissant la commande publique, en l’occurrence, les marchés publics, le contrat de partenariat et les contrats de délégation de service public. Ces contrats constituent la majorité des formes de PPP⁴²⁴.

462. Cela s’est confirmée d’autant plus par l’arrêt de l’assemblée du Conseil d’État Foxmas du 9 novembre 2016⁴²⁵. Il a été confirmé aussi par le TC. du 24 avril 2017 opposant la société SMAC contre Ryanair où le juge administratif exerce un contrôle sur la conformité de la sentence arbitrale international à l’ordre public interne et non plus l’ordre public international⁴²⁶.

Section 2 : L’application des évolutions prétoriennes sur les litiges inarbitrables *per se*

463. Plusieurs questions relevant de l’ordre public, peuvent altérer l’exécution d’un contrat de PPP voire le résilier. C’est l’exemple des actes administratifs unilatéraux pris par le partenaire public pour modifier le contrat ou bien le résilier, soit pour motif d’intérêt général ou pour faute du partenaire privé (**Sous-section 1**). Il en va de même pour l’acte de corruption pour attribuer un contrat de PPP ou le renouveler (**Sous-section 2**). Aussi, le cas pour les litiges fiscaux. (**Sous-section 3**).

⁴²⁴ Cf. Supra. §31.

⁴²⁵ <https://www.conseil-etat.fr/fr/arianeweb/CE/decision/2016-11-09/388806>

Cf. aussi, AUDIT, Mathias et BROUELLE, Camille : « L’arbitrage en matière de contrats administratifs internationaux : les avancées récentes, note sous Cour administrative d’appel de Bordeaux, 12 juillet 2016, Paris, pôle I-Ch. 1, 8 novembre 2016 », Revue de l’arbitrage, Vol 2017. Issue1. PP. 262-277.

⁴²⁶ GAUDEMET, Yves : « Arbitrage des contrats internationaux des personnes publiques. La talentueuse construction d’une impasse, Trib. Conflits, 24 avril 2017. » op.cit. note n°239.

464. *A priori*, ces catégories de litiges concernent l'ordre public et ne peuvent trancher que par les juridictions étatiques protectrices de l'intérêt général. Ainsi, le juge administratif comme juge de légalité, demeure le juge naturel du contentieux de légalité et le protecteur de l'intérêt général. Il en va ainsi pour le juge pénal protégeant le droit de la société. Ce type de contentieux échappent de prime abord, de la compétence de la justice arbitrale considérée comme une justice privée. Cependant, le pouvoir de modification ou de résiliation unilatérale à travers l'acte administratif unilatéral, et les actes de corruptions peuvent porter des griefs à l'exécution du contrat et aussi, aux parties aux contrats. Ces derniers ayant consenti à une procédure d'arbitrage, se voient alléguer des dommages devant les arbitres. Et pour ne pas alourdir les procédures arbitrales, les arbitres peuvent désormais, faire face à ces allégations et trancher les litiges sans sursoit à statuer.

Sous-section 1 : Les litiges relatifs à la corruption en matière de contrat de PPP

465. Il est acquis que le droit pénal constitue le noyau dur de l'inarbitrabilité par nature. C'est la matière la plus rétive à l'arbitrage. Ainsi, les juridictions étatiques compétentes ont un pouvoir exclusif de prononcer des sanctions pénales. On ne pourrait imaginer, par la suite, un arbitre prononcer une peine privative de liberté ou bien une amende contre les auteurs de l'infraction, puisque l'arbitre n'est pas doté de pouvoir de *l'imperium*. En revanche, l'arbitre peut tirer les conséquences civiles de l'infraction pénale.

466. En effet, la corruption est l'infraction la plus répandue des litiges pénaux relatifs au contrat de PPP. Que ce soit sur son acception *stricto sensu*, C'est-à-dire le versement des pots-de-vin pour l'attribution des contrats de PPP, ou bien sur son acception *lato sensu* défini par la Banque Mondiale par « *l'abus d'une fonction publique à des fins privées* »⁴²⁷, comprenant d'autres formes que le versement des pots de vin, telles que le trafic d'influence.

467. A ce titre, la première question surgie concerne la règle : « *le criminel tient le civil en état* ». En effet, l'application de cette règle est peut-être exclue en matière d'arbitrage international, où l'arbitre international peut appliquer les dispositions pénales pour en tirer les conséquences civiles. L'application de cette règle est facultative et le sursis à statuer l'est aussi, puisque l'arbitre international n'est pas considéré comme un juge de l'État. Ainsi,

⁴²⁷ William Fox « *Adjudicating Bribery and corruption issues in international commercial arbitration* », Journal of Energy & Natural Resources Law, 27 :3, (2009). P.487-502.

l'arbitre international pourrait trancher désormais, les allégations relatives à la corruption comme il pourrait surseoir à statuer s'il juge pertinent que la bonne administration de la justice le justifie. En revanche, la règle « Le criminel tient le civil en l'état » s'impose à l'arbitre interne et par conséquent, il devrait surseoir à statuer pour trancher une demande de réparation des dommages causés par l'infraction pénal⁴²⁸.

468. En effet, le traitement par l'arbitre international des litiges relatifs à la corruption, a connu un essor considérable en droit de l'arbitrage international. Cela est dû à un certain nombre de facteurs simultanés ayant contribué à la prévalence actuelle des questions de corruption devant l'arbitre international. En effet, ce dernier se trouve fréquemment devant des allégations de corruption. Cette dernière demeure un fléau du commerce international. Ainsi, 1500 milliards USD est le montant des pots de vin estimé en 2017 par la Banque Mondiale. Le FMI a estimé également, en 2015 ce coût à 2% du PIB Mondial⁴²⁹. Ensuite, les bouleversements politiques connus ces dernières années, comme le cas du printemps arabe qui a poussé les gouvernements nouvellement formés, à dénoncer régulièrement les pratiques de corruption commises par les régimes précédents. Ainsi, les gouvernements actuels allèguent devant les arbitres qu'un litige hérité d'un gouvernement précédent découlait d'un contrat entaché de corruption. Les contrats de PPP peuvent aussi, faire l'objet d'allégation de corruption devant l'arbitre. Un exemple donné par M. Fox William d'un sous-traitant qui refuse d'exécuter le contrat en entendant que le contrat principal entre l'État et la société de projet est entaché de corruption, peut alléguer devant l'arbitre des pratiques corruptibles lui empêchant d'exécuter son contrat⁴³⁰.

469. L'avènement des règles transnationales en matière de corruption est un autre facteur contribuant à l'essor de l'arbitrabilité des litiges relatifs à la corruption des agents publics étrangers⁴³¹. En effet, hormis les Etats-Unis avec *The Foreign Corrupt Practice Act* (FCPA) promulgué en 1977, la corruption des agents publics étrangers, n'avait pas été pénalisée par les droits internes. La communauté internationale a pris conscience des conséquences néfastes de la corruption et plusieurs initiatives ont été prises pour y faire face.

⁴²⁸ RACINE, Jean Baptiste : « Droit de l'arbitrage » op.cit. note n° 240.

⁴²⁹ GAILLARD, Emmanuel : « *La corruption saisie par les arbitres du commerce international* » Conférence donnée à l'Association Française d'Arbitrage, le 20 septembre 2017. Revue de l'arbitrage, 2017. N°3. Pp.805.

⁴³⁰ William Fox « *Adjudicating Bribery and corruption issues in international commercial arbitration* » op.cit. note n°429. P.499. p. 498.

⁴³¹ GAILLARD, Emmanuel : « *The emergence of transnational responses to corruption in international arbitration* » Arbitration International, 2019, 35. Publié par Oxford University Press, on behalf of the London Court of International Arbitration. Pp. 1.

La première des initiatives est la convention de l'OCDE sur la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales, conclues en 1997 et entrée en vigueur en 1999. Cette convention a été ratifiée par 44 pays dont 6 États non membres à l'OCDE. Ces pays ont incorporé dans leurs législations internes les dispositions de cette convention. Puis, une autre initiative plus importante puisqu'elle est multilatérale concrétisée par la convention des Nations Unies contre la corruption dont l'article 16 préconisant aux États signataires de prendre les mesures législatives nécessaires pour incriminer la corruption des agents publics étrangers⁴³². Cette convention a été signée par 140 pays dont l'Algérie⁴³³ qui a incorporé dans sa législation interne, des mesures incriminant la corruption des agents publics étrangers, en l'occurrence, l'article 28 de la loi 06-01 relative à la prévention et la lutte contre la corruption⁴³⁴. En outre, plusieurs efforts à caractère régional ont été entrepris pour lutter contre la corruption, telles que la convention pénale et la convention civile contre la corruption, adoptées par le Conseil de l'Europe ; la convention de l'Union Africaine sur la prévention et la lutte contre la corruption ; la convention arabe contre la corruption, etc.

470. Ces accords sont salutaires en soi. Collectivement, ils constituent une déclaration puissante d'un nombre important de pays, tant développés qu'en développement, selon laquelle la corruption et le versement des pots-de vin pour les agents publics nationaux ou étrangers, ne sont plus tolérables dans l'ordre public international⁴³⁵. En effet, plusieurs commentateurs y compris les arbitres, ont qualifié ce mouvement international visant à criminaliser la corruption par « des règles de l'ordre public transnational »⁴³⁶.

471. Pour faire face aux allégations de corruption, l'arbitre peut tirer profit des évolutions jurisprudentielles pour statuer sur sa compétence et appliquer les règles de l'ordre

⁴³² Les Nations Unies : « La convention des Nations Unies contre la corruption », Nations Unies, New York, 2004,

https://www.unodc.org/res/ji/import/international_standards/united_nations_convention_against_corruption/unca_c_french.pdf

⁴³³ Ratifiée par l'Algérie, avec réserve, par le décret présidentiel n°04-128 du 19 avril 2004, JORADP n°26 du 25 avril 2004.

⁴³⁴ La loi 06-01 du 20 février 2006, relative à la prévention et la lutte contre la corruption, JORADP n°14 du 08 mars 2006, modifiée et complétée par la l'ordonnance n°10-05 du 26 août 2010, par la loi n° 11-15 du 2 août 2011 et par la loi n°22-08 du 05 mai 2022.

⁴³⁵ William Fox « *Adjudicating Bribery and corruption issues in international commercial arbitration* » op.cit. note n°429. P. 501.

⁴³⁶ NADAKAVUKAREN SCHEFER, Krista : « *Crime in international Investment Arbitration* » Springer Nature Singapore Pte Ltd. 2020. J. Chaisse et al. (eds.), Handbook of International Investment Law and Policy, https://doi.org/10.1007/978-981-13-5744-2_47-1

public transnational. Ainsi, il semble que rien n'interdise la doctrine et la pratique de l'arbitrage de soulever les questions de la corruption avec l'existence d'un corpus des règles transnationales⁴³⁷.

472. La tendance actuelle, est que l'arbitre international ne devrait plus déduire l'inarbitrabilité et son incompetence si le contrat est obtenu par corruption. Par contre, il doit statuer sur sa compétence et constater la nullité du contrat pour contrariété de l'ordre public international⁴³⁸. Ainsi, plusieurs cas ont affirmé que les questions de corruption doivent être résolues par référence à des règles d'ordre public transnational, plutôt qu'à des règles impératives locales, ou lois de police, lorsque les règles locales ne font pas partie du droit applicable. Bien que de telles réponses à la corruption n'aient pas et ne doivent pas atteindre une reconnaissance unanime dans tous les systèmes juridiques, elles ont été adoptées dans un nombre significatif des cas, pour fonctionner comme des principes généraux pouvant guider les arbitres traitant des questions de corruption⁴³⁹.

473. Toutefois, il est évident d'y avoir des problèmes particuliers de preuves. La plupart des actes de corruption ont lieu sous la table, dans la nuit, dans des lieux de rencontre secrets. Et dans la majorité des cas, ces actes sont commis par le biais des intermédiaires⁴⁴⁰. En effet, l'arbitre ne se dote pas des moyens d'investigation poussés comme c'est le cas du juge étatique compétent en matière pénale. Ainsi, les arbitres actuellement, tiennent compte d'un nombre suffisant d'indices ou la méthode de *red flags* selon la terminologie américaine (les signaux d'alarme). Cette méthode est inspirée directement du FCPA de 1977. Les américains ont voulu transposer cette méthode au plan international afin d'éviter des distorsions de concurrence⁴⁴¹.

474. La méthode de *red flags* a connu un essor considérable dans la pratique arbitrale et aussi, dans la jurisprudence étatique. Ainsi, la corruption peut être décelée généralement, par le biais des contrats assurant la rémunération d'intermédiaires pour l'obtention d'un

⁴³⁷. NADAKAVUKAREN SCHEFER, Krista : « Crime in international Investment Arbitration » Springer Nature Singapore Pte Ltd. 2020. J. Chaisse et al. (eds.), Handbook of International Investment Law and Policy, op.cit. note n°438. p.487.

⁴³⁸ GAILLARD, Emmanuel « *La corruption saisie par les arbitres du commerce international* ». op.cit. note n°431.

⁴³⁹ GAILLARD, Emmanuel : « *The emergence of transnational responses to corruption in international arbitration* » op.cit. note n°433. P. 4.

⁴⁴⁰ William Fox « *Adjudicating Bribery and corruption issues in international commercial arbitration* » op.cit. note n°429. P. 502.

⁴⁴¹ GAILLARD, Emmanuel « *La corruption saisie par les arbitres du commerce international* ». op.cit. note n°431. P. 809.

marché. Généralement, le décideur corrompu n'approche pas directement à un soumissionnaire potentiel, mais il confie cette tâche à des intermédiaires. La jurisprudence arbitrale est abondante en la matière. Les arbitres se déclarent souvent, compétents et déclarent par la suite, la nullité des contrats. Tout cela en utilisant la méthode des faisceaux d'indices (*red flags*) qui aide les arbitres facilement à constater l'illicéité du contrat et déduire l'objet réel du contrat qui est la corruption des décideurs et non pas la fourniture des services par ces intermédiaires. Parmi ces indices, l'octroi d'un marché sans recourir à la procédure de l'appel d'offre, si cette procédure est requise par le droit local ; le montant de la rémunération et son inadéquation avec le service fourni ainsi que l'absence de justification sérieuse de diligence permettant d'en constituer la contrepartie ; le refus d'une partie de fournir des documents requis devant l'arbitre, etc⁴⁴².

475. Dans une sentence rendue par la Chambre du Commerce International de Paris (affaire n°8891) en 1998, le tribunal a estimé qu'en fait, le véritable objet du contrat, était de corrompre des fonctionnaires étrangers. Cela a été fondé sur la base de quatre signaux d'alarme, à savoir l'incapacité de l'agent à fournir des preuves de ses activités ; la courte durée du contrat, le mode de rémunération de l'agent et la commission du suivi estimée à 18.5%. Dans une autre sentence (CCI n°13515) rendue en 2006, en dépit de l'absence de preuves directes, le tribunal CCI déduirait la réalité des paiements illicites à partir d'indicateurs sérieux et convergents. Ainsi, le tribunal a estimé que si le fait que la corruption soit endémique dans le pays africain du Nord en question ne constituait pas une preuve suffisante de corruption, d'autres indicateurs suffisaient à prouver que son objet était illicite, à savoir la commission de 40% versée à l'intermédiaire et la courte durée du contrat. Enfin, Dans une sentence rendue en 2008, la CCI à propos de l'affaire n°13914 portant sur un contrat pour l'acquisition d'études sismiques au large d'un pays africain, régi par le droit texan⁴⁴³.

476. Le tribunal a estimé la présence d'un certain nombre de *red flags* énoncés dans la note du FCPA américain. Il s'agit notamment, d'un *success fee* (commission de succès) très élevée ; le manque d'expertise de l'agent dans le domaine de l'activité sismique, la rédaction des documents, d'une façon unilatérale, sans explication crédible et son refus lors de l'instance, de fournir d'autres documents demandés (les documents bancaires en particulier).

⁴⁴² GAILLARD, Emmanuel « La corruption saisie par les arbitres du commerce international ». op.cit. note n°431.. pp. 818.

⁴⁴³ FOX, William: "*Adjudicating bribery and corruption issues in international commerce arbitration*" op.cit. note n°429. P. 497.

Par la suite, le tribunal arbitral a pu conclure que l'ensemble des indicateurs prouvait que l'objet du contrat était le versement de pots-de-vin à des fonctionnaires clés d'une entreprise publique, afin d'influencer leur prise de décision dans le processus de passation d'un marché public⁴⁴⁴.

477. Enfin, si les questions relatives à la corruption sont arbitrables en matière d'arbitrage commercial international et confèrent à l'arbitre la faculté de statuer favorablement, sur sa compétence, la donne se change quand il s'agit de l'arbitrage d'investissement fondé sur un traité d'investissement. Ainsi, la compétence des arbitres sur des allégations de corruption, dans certains contrats, est fondée sur l'exigence qu'un investissement soit effectué dans des conditions de légalité. Dans cet état de cause, l'investissement a été réalisé dans des conditions illégales ne pourrait être protégé par un TBI. Par conséquent, la corruption serait inarbitrable car elle constitue une source d'incompétence du tribunal arbitral. En effet, Il n'est pas surprenant que les États défendeurs soulèvent de plus en plus des allégations de corruption comme objection préliminaire ou lors de la phase du fond, dans le but de priver les demandeurs de la protection des TBI⁴⁴⁵.

Sous-section 2 : Les litiges relatifs aux actes administratifs détachables du contrat de PPP

478. Il est acquis que le juge administratif est le juge de la légalité. Ainsi, il lui appartient exclusivement, de vérifier la légalité des actes administratifs. C'est ainsi que le contentieux de légalité et plus particulièrement, le recours en excès de pouvoir contre les actes administratifs unilatéraux est considéré comme une matière inarbitrable *per se*. Ainsi, il est admis dans la sphère du contentieux administratif, l'arbitrage se contente uniquement, de trancher les litiges de nature contractuelle.

479. Néanmoins, il arrive que des décisions administratives unilatérales, peuvent être prises pour la formation d'un contrat de PPP ou altérer son exécution voire, le résilier. Ces actes sont communément connus comme des actes administratifs détachables. Il s'agit là d'une des questions préjudicielles pouvant être poser devant l'arbitre compétent en matière de PPP. Alors on peut poser la question si l'arbitre devrait surseoir à statuer ou bien, il tranche en

⁴⁴⁴ Gaillard, Emmanuel « *The emergence of transnational responses to corruption in international arbitration* ». op.cit. note n°433. P.14

⁴⁴⁵ Ibid. p.15.

la matière comme en matière de corruption et tirer profit des avantages de la rapidité des procédures arbitrales contrairement à la justice étatique.

480. Si on se réfère à la jurisprudence judiciaire, cette dernière peut interpréter uniquement, les actes administratifs réglementaires, étant donné que ces actes édictent des dispositions d'ordre général, au même titre que les lois. L'interprétation d'actes administratifs individuels ou bien, l'appréciation de légalité de tout acte administratif unilatéral, quel que soit sa nature, relève de la compétence exclusive du juge administratif⁴⁴⁶. Par conséquent, le juge judiciaire devrait surseoir à statuer et renvoyer la question préjudicielle au juge administratif. Ce qui a été consacré par la jurisprudence du Tribunal des Conflits, français, (T.C. : 16 juin 1923, Septfond)⁴⁴⁷. Toutefois, le Tribunal des Conflits a assoupli cette règle par une décision rendue le 17 octobre 2011, en accordant au juge judiciaire la faculté de statuer en matière de légalité des actes administratifs, dans deux hypothèses à savoir :

« -Lorsque l'illégalité de l'acte administratif est manifeste au vu d'une jurisprudence établie, ce afin de répondre à l'exigence de bonne administration de la justice et à la nécessité d'obtenir un jugement dans un délai raisonnable,

- Lorsque l'illégalité de l'acte administratif provient de sa contrariété avec une norme issue du droit de l'Union européenne. “⁴⁴⁸.

481. La question a été posée en matière d'arbitrage, par le groupe de travail présidé par M. Labetoulle. En effet, le garde des Sceaux en France, a demandé par une lettre au Vice-président du Conseil d'État français, de constituer un groupe de travail pour qu'une réflexion soit engagée sur les conditions et hypothèses dans lesquelles, pour résoudre leurs différends, les personnes morales de droit public pourraient recourir à la justice arbitrale. A l'exception des différends relatifs aux actes administratifs unilatéraux.

482. Néanmoins, le groupe de travail s'est unanimement, prononcé en faveur de la disposition de l'arbitre d'une plénitude de juridiction. Ainsi, l'arbitre aurait le pouvoir d'interpréter et d'apprécier la légalité des actes administratifs unilatéraux, lorsque l'issu d'un

⁴⁴⁶ SI ALI, Abderrahim : « Le recours des personnes morales de droit public à l'arbitrage », Thèse soutenue le 16 octobre 1998, à l'Université de Bourgogne, Dijon.

⁴⁴⁷ TC. du 16 juin 1923, arrêt Septfond, <https://www.legifrance.gouv.fr/ceta/id/CETATEXT000007604199/>

⁴⁴⁸ Cf. Trib. confl., 17 oct. 2011, SCEA du Chéneau c/ INAPORC (Req. n° 3828/3829), Rec. Lebon, décision n° C3828. Cité in : MENIER, Flavien : « L'appréciation de la légalité des actes administratifs », 21/10/2011 <https://www.eurojuris.fr/categories/tribunal-administratif-procedure-administrative-11000/articles/lappréciation-de-la-legalite-dun-acte-administratif-8028.htm> (consulté le 07 septembre 2022).

litige contractuel dépend de cette interprétation ou cette appréciation de légalité⁴⁴⁹. C'est-à-dire quand ces recours constituent des questions préjudicielles par rapport au litige contractuel principal.

483. Cette solution ne contredit pas la recommandation initiale, quant à l'inarbitrabilité du contrôle de la légalité des actes administratifs unilatéraux. *A priori*, l'inarbitrabilité de tels actes demeure maintenue surtout en matière du recours en excès de pouvoir contre les actes unilatéraux illégaux. Seulement, cette inarbitrabilité connaît des tempéraments quand il s'agit d'un acte administratif unilatéral détachable du contrat. C'est-à-dire, un acte administratif pris pour la formation, modification ou bien résiliation d'un contrat administratif objet du litige pendant devant l'arbitre.

484. L'utilité de cette solution n'est pas contestée. Mais au contraire, cette proposition est nécessaire à plusieurs égards :

Tout d'abord, elle n'est pas si audacieuse dans la mesure où l'arbitre considéré comme juge de l'action, ne l'est pas moins juge de l'exception⁴⁵⁰.

485. Ensuite, l'application du principe du *juge de l'action est le juge de l'exception* a trouvé des applications similaires dans la justice arbitrale, en matière des mesures provisoires et les mesures conservatoires. Ces dernières peuvent surgir devant l'arbitre compétent. Ainsi, dans certaines législations anciennes, les arbitres internationaux devaient renvoyer au juge étatique pour en statuer. Cependant, ce n'est plus le cas actuellement, où le droit et la pratique arbitrale ont été évolués dans sa majorité, en faveur de la compétence de l'arbitre à trancher ces mesures⁴⁵¹.

486. C'est ainsi que la convention CIRDI dans son article 47 a donné aux arbitres internationaux la faculté de trancher les mesures provisoires et conservatoires. Il en va de même pour la pratique arbitrale et les législations internes. Tel est le cas du droit algérien où

⁴⁴⁹ Ministère de Justice français, Groupe de Travail sur l'arbitrage : « Rapport Labettoule sur l'arbitrage des litiges intéressant les personnes publiques » 30 mars 2007, https://www.justice.gouv.fr/sites/default/files/2023-06/arbitrage_litige_perspub_rapport_final.pdf

⁴⁵⁰ DELVOLVÉ, Jean-Louis : « Une véritable Révolution ... Inaboutie (Remarques sur le Projet de Réforme de l'Arbitrage en Matière Administrative) » Revue de l'Arbitrage 2007, Vol. 2007, Issue 3. Pp.373-406, éd. Comité Français de l'Arbitrage. Paris 2007.

⁴⁵¹ TRARI-TANI, Mostefa : « Arbitrage, mesures provisoires et conservatoires dans l'espace méditerranéen », in. Ouvrage collectif sous la direction de Filali Osman et Lotfi Chedly « Vers une *lex mediterranea* a de l'arbitrage : Pour un cadre commun de référence ». Pour un cadre commun de référence ». éd. Bruylant. Bruxelles, 2015. w

l'article 1046 al.1 du code de procédure civile et administrative a permis au tribunal arbitral d'ordonner des mesures provisoires et conservatoires, à défaut de dispositions contraires⁴⁵².

487. En somme, on ne peut qu'en déduire théoriquement, l'arbitrabilité des questions préjudicielles, puisque l'arbitre dispose de *juridictio*. Ce qui a été confirmée aussi par l'article 46 de la convention de Washington créant le CIRDI. Cet article dispose :

« Sauf accord contraire des parties, le Tribunal doit, à la requête de l'une d'elles, statuer sur toutes demandes incidentes, additionnelles ou reconventionnelles se rapportant directement à l'objet du différend, à condition que ces demandes soient couvertes par le consentement des parties et qu'elles relèvent par ailleurs de la compétence du Centre ».

488. Le rapport LABETTOUL a avancé quant à lui, deux autres arguments. Il a estimé ainsi que cette solution permettrait d'éviter tout délai lié aux questions préjudicielles et que les risques éventuels d'une telle solution seraient limités, dès lors que les parties auront le pouvoir d'exercer des voies de recours devant les juridictions étatiques compétentes⁴⁵³. Le célèbre arrêt du TC Inserm c/ la fondation Letten F. Saugstad, a attribué aussi, la compétence générale, au juge judiciaire. Mais aussi, au juge administratif exerçant un contrôle plus poussé sur l'application des règles impératives quand il s'agit des contrats dits *Inserm.*, constituant des formes de PPP, mais seulement quand il s'agit d'une sentence rendue sur le territoire français et un contrat exécuté en France, à propos d'un litige né de l'exécution ou rupture de ces contrats. M. LAAZOUZ a en déduit que la juridiction administrative est compétente aussi, en matière de contrôle des sentences arbitrales tranchant en matière des actes unilatéraux détachables relatifs uniquement, de l'exécution ou la rupture du contrat. La question de validité du contrat ou bien sa formation est attribuée en matière de contrôle, au juge judiciaire, y compris les actes détachables liés à la formation du contrat⁴⁵⁴.

⁴⁵²TRARI-TANI, Mostefa : « Arbitrage, mesures provisoires et conservatoires dans l'espace méditerranéen », note n°451. p.186.

⁴⁵³ Rapport Labettoulle. Recommandation n°2.3.1 op.cit. note n°424.

⁴⁵⁴ LAAZOUZI, Malik : « L'impérativité, l'arbitrage international des contrats administratifs et le conflit des lois » RCDIP, n°2010/4 n°4

Sous-section 3 : Les litiges fiscaux

489. Il est acquis que le contentieux fiscal au sens strict, demeure inarbitrable puisqu'il est lié à la souveraineté qui ne peut être tranchée que par les juridictions étatiques, à travers la juridiction administrative, la seule habilitée à trancher en la matière. Toutefois, cette inarbitrabilité ne touche que les litiges entre l'État et le contribuable. C'est-à-dire le litige entre le partenaire public et le partenaire privé reste inarbitrable⁴⁵⁵.

490. En revanche, sont –il arbitrables les litiges entre personnes privées, c'est-à-dire les autres relations contractuelles sous-jacentes, telles que les contrats de prêt, de construction ou d'exploitation dans les PPP.

491. Il en va de soi le contentieux de répartition de charge d'impôt, par le biais des clauses fiscales qui sont fréquentes et que les arbitres se déclarent souvent compétents. Ainsi, ils n'ont qu'à respecter l'ordre public fiscal pour trouver une solution au litige.

⁴⁵⁵ RACINE, Jean-Baptiste : « Droit de l'arbitrage », op.cit. note n°240.

Conclusion du chapitre 2

492. Bien qu'elle ait été contestée traditionnellement, l'arbitrabilité de certaines catégories de litiges est devenue admise en droit comparé. Ainsi, même si la contrariété à l'ordre public demeure la principale cause de l'inarbitrabilité de ces litiges, l'essor du principe de l'autonomie de l'arbitrage international ne s'est pas contenté d'admettre leur arbitrabilité mais a su déplacer la vérification de la contrariété de certains litiges à l'ordre public ainsi que de la vérification par l'arbitre de sa propre compétence menant autrefois à se dessaisir, au stade du contrôle par le juge étatique. A cet effet, l'arbitre se voit doter de la capacité de traiter des questions relevant de l'ordre public sous le contrôle du juge étatique. Tel est le cas de l'interprétation et l'appréciation de légalité des actes administratifs unilatéraux détachables, s'ils constituent des questions préjudiciables.

493. En outre, le triomphe de certaines règles et leur appartenance à l'ordre public réellement international a donné à l'arbitre la faculté de traiter certains litiges qui sont inarbitrables *per se*. C'est le cas des affaires de corruption où l'arbitre au lieu de se dessaisir, il pourrait traiter désormais les conséquences civiles des allégations de corruption, en se référant à des faisceaux d'indices sur l'existence de la corruption.

Conclusion du titre 2 :

494. L'arbitrabilité des contrats de PPP n'est plus contestée à l'heure actuelle, que ce soit sur le champ organique, c'est-à-dire la capacité des personnes morales à compromettre, ou sur le champ matériel, c'est-à-dire l'arbitrabilité des litiges découlant des PPP.

495. Pour la capacité des personnes morales à l'arbitrage, elle est admise presque totalement en matière des PPP d'ordre international. Alors que pour les PPP d'ordre interne, le principe de l'interdiction des personnes morales à compromettre tend à se renverser avec les ilots d'exception sur le principe. Hormis le contrat de concession d'ordre interne demeurant toujours frappé par le principe de l'interdiction de compromettre.

496. Alors que pour les litiges découlant des PPP, ces derniers ne constituent plus une entrave à l'ordre public, puisque l'arbitre pourrait les trancher sous le contrôle du juge étatique. Ainsi, même les litiges les plus rétifs à l'arbitrage peuvent être traités par les tribunaux arbitraux, dans une certaine mesure. Tel est le cas de la corruption faisant partie de l'ordre public réellement international, où l'arbitre peut tirer les conséquences civiles des allégations de corruption, où les actes administratifs détachables, que l'arbitre peut interpréter et en apprécier la légalité.

Conclusion de la première partie

497. Contrairement à ce qu'il peut paraître contradictoire, l'arbitrage et les contrats de PPP ne sont plus des notions antagonistes.

498. Les contrats de PPP dont le principal but est de satisfaire l'intérêt général, sont devenus de plus en plus arbitrables, du fait de la contractualisation transfrontalière. Par conséquent, l'élément d'extranéité a requalifié les PPP de contrats de commerce international ou aussi, des contrats d'investissement. Alors que l'arbitrage est le mode naturel de résolution des différends découlant de ces contrats. Les PPP d'ordre international n'en échappent pas. De ce fait, même les États les plus hostiles à l'arbitrage se voient ouverts sur l'institution pour encourager l'investissement étranger.

499. En outre, l'arbitrage a prouvé son efficacité de résolution des litiges économiques. De ce fait, certaines catégories de PPP se sont ouvertes progressivement à l'arbitrage même s'ils sont d'ordre interne. Cela en dépit du principe général de l'interdiction des personnes publiques à compromettre connu dans les pays relevant du système du dualisme juridictionnel. C'est le cas des marchés publics en Algérie et en France qui sont devenus arbitrables même s'ils sont d'ordre interne.

500. La pertinence de l'arbitrage comme mode de règlement des différends relatifs aux contrats de PPP s'apprécie à l'aune de l'intérêt général dont les PPP assurent. Notamment dans les pays relevant du système du dualisme juridictionnel.

501. En matière de PPP d'ordre interne, les personnes morales de droit public agissent en tant qu'une administration publique dotée de prérogatives de puissance publique envers ses citoyens y compris, ses partenaires privés nationaux. A cet effet, le partenaire public leur impose l'application de sa loi interne devant ses propres tribunaux. C'est ainsi que l'inarbitrabilité des PPP d'ordre interne demeure le principe. Toutefois, la nécessaire rapidité des relations économiques a poussé les acteurs publics à admettre le recours à l'arbitrage. C'est le cas des marchés publics devenant arbitral dans plusieurs droits internes.

502. En revanche, en matière de PPP d'ordre international, l'effet des principes de commerce international tels que le principe de la bonne foi et le principe de l'estoppel ont pris le dessus. L'autonomie de l'arbitrage international a remis en cause la prohibition des personnes morales de droit public à compromettre. Ainsi, au milieu du XX^{ème} siècle, nous constatons la gloire de l'arbitrage international et une ouverture générale sur l'arbitrage

international impliquant les personnes morales de droit public, au détriment des pays en développement voulant restituer à cette époque, leur souveraineté sur leurs ressources naturelles et leurs revendications légitimes de protéger l'intérêt général.

503. Toutefois, on assiste récemment à une remise en cause de l'arbitrabilité des PPP internationaux au gré de l'intérêt général des pays développés. C'est le cas de la France qui a durci son système de contrôle sur les sentences arbitrales impliquant les personnes morales de droit public françaises avec des partenaires étrangers au point que l'ordre public international n'est plus considéré comme un critère de contrôle.

504. Cela a mené à exclure l'arbitrabilité des contrats internationaux de commande publique et ceux relatifs à l'occupation du domaine public, conclus par l'administration française sauf si des dispositions législatives ou une convention internationale admettent leur arbitrabilité.

505. La mise en œuvre du rapport Labetoulle se voit aussi inaboutie par l'effet de la célèbre affaire Tapie où l'arbitrage en droit public se voit avec un mauvais œil où il pourrait impacter sur l'intérêt public de l'Etat.

506. En matière d'arbitrage d'investissement, l'air est aussi maussade. Les pays de l'Union Européenne ont mis fin aux TBI intra européens. Alors qu'aux États-Unis l'administration Trump procède à un protectionnisme accru.

507. En somme, l'essor de l'arbitrabilité des litiges relatifs aux PPP pourrait être freiné par l'obstacle de l'intérêt des États qui peuvent changer leur attitude et bouter l'arbitrage en la matière au nom de cet intérêt général.

Deuxième partie : Le régime juridique de l'arbitrage en matière de partenariat public-privé

508. Après avoir étudié la question de l'arbitrabilité des litiges naissant des contrats de partenariat public-privé, il nous appartient d'étudier le régime juridique applicable en la matière.

509. Si on passe en revue des législations comparées, nous constatons qu'il n'y existe pas un régime juridique propre à l'arbitrage en matière des contrats administratifs, ni encore en matière de PPP.

510. D'ailleurs, en France, afin qu'une réflexion sérieuse soit engagée sur le régime d'arbitrage impliquant les personnes morales de droit public, le garde des Sceaux a demandé par une lettre du 7 avril 2006, adressée au Vice-président du Conseil d'État, Daniel Labetoulle de constituer un groupe de travail sur l'arbitrage des litiges impliquant l'administration publique à l'exception à ceux relatifs au contentieux des actes administratifs unilatéraux. Ce rapport a été accompagné d'un projet de loi comportant le champ d'arbitrabilité des litiges intéressant les personnes morales de droit public, sur les conséquences du recours de ces personnes à l'arbitrage et enfin, le régime procédural de ce dernier.

511. Ce rapport marque une véritable révolution en la matière dans le sens d'une vraie libération de l'arbitrage en droit administratif. Il n'en demeure pas moins que cette révolution demeure inaboutie dans la mesure où ce rapport ne pouvait pas aller au-delà de son mandat et ne pouvait pas surmonter les obstacles de l'inarbitrabilité des litiges impliquant les personnes morales de droit public.⁴⁵⁶

512. Toutefois, nous allons voir que le droit commun de l'arbitrage est parfaitement adapté pour gérer la matière. Sauf quelques aménagements liés à la présence d'une personne morale de droit public dans la relation contractuelle et la particularité des contrats de PPP et l'intérêt général qu'ils protègent. Nous tâcherons dans cette partie de mettre en exergue ces aménagements et la particularité de l'arbitrage en matière de PPP.

513. En effet, à l'instar de l'arbitrage en droit commun, l'arbitrage en matière des PPP a une origine purement conventionnelle. Puisque l'investiture du tribunal arbitral est tirée du consentement des parties.

⁴⁵⁶ DELVOLLÉ, Jean-Louis : « Une véritable révolutioninaboutie (Remarques sur le projet de réforme de l'arbitrage en matière administrative) », op.cit. note n°452.

514. En outre, le tribunal arbitral aurait une fonction purement juridictionnelle. Une fois le litige est né, l'aspect juridictionnel de l'arbitrage surgit à travers la constitution du tribunal arbitral et le déroulement de l'instance arbitrale jusqu'à la production de la sentence arbitrale et l'intervention des juges étatiques que ce soit pour sa validation ou bien pour son annulation.

515. C'est ainsi que nous allons nous focaliser sur ces particularités en étudiant le régime juridique de l'arbitrage lié à son origine conventionnelle (Titre 1). Puis, nous passerons à l'étude du régime juridique de l'arbitrage liée à sa fonction juridictionnelle (Titre 2).

Titre 1 : Le régime juridique de l'arbitrage en matière de PPP, lié à son origine conventionnelle

516. L'existence d'un accord entre les parties pour soumettre les litiges entre elles à l'arbitrage, constitue la pierre angulaire de l'arbitrage. C'est ainsi que la convention de l'arbitrage issue de l'accord des parties, est à l'origine de toute procédure arbitrale. Elle constitue en effet, la source classique du consentement à l'arbitrage (**Chapitre 1**).

517. Cependant, on assiste à partir des années 1990, dans la pratique actuelle surtout en matière d'investissement, et spécifiquement devant le CIRDI, que le recours à l'arbitrage se voit basé sur un traité bilatéral ou multilatéral de protection de l'investissement, ou encore un code national d'investissement, octroyant aux investisseurs étrangers la possibilité de saisir les juridictions arbitrales. Ce qu'on appelle l'arbitrage basé sur un instrument normatif d'investissement. Nous allons voir que le recours à l'arbitrage sur cette base ne déroge pas à l'arbitrage son caractère consensuel, dans la mesure où le partenaire privé est toujours libre de bénéficier de l'offre que le TBI ou une loi sur l'arbitrage, lui a octroyée. Ainsi, le consentement des parties est toujours existant en dépit de son manifestation décalée dans le temps et dans des actes distincts par les parties au litige (**Chapitre 2**).

Chapitre 1 : Le fondement conventionnel du recours à l'arbitrage en matière de PPP

518. L'arbitrage est une justice privée. Si les juridictions étatiques tiennent leur légitimité de leur appartenance à l'État, l'arbitrage tient sa légitimité du consentement des parties ayant convenu à soumettre leurs litiges éventuels ou déjà nés à une juridiction arbitrale.

519. On a déjà vu que la possibilité de soumettre les litiges impliquant des personnes morales de droit public à l'arbitrage, a été passée de l'interdiction pure et simple de l'arbitrage à une phase de permission presque générale. Cela étant surtout en matière de contrats internationaux où le principe de l'autonomie de la convention de l'arbitrage a pris le dessus. Ainsi, toute interdiction textuelle dans les droits internes des parties étatiques en cause, serait sans incidence sur la possibilité de l'arbitrage impliquant des partenaires publics.

520. En effet, en matière de PPP internationaux, le partenaire public agit comme une personne privée. Par la suite, l'arbitrage même s'il implique une personne morale de droit public, demeure en principe, soumis au droit commun de l'arbitrage international au même titre que l'arbitrage international impliquant des personnes de droit privé. Cependant, nous ne pouvons retenir ce constat dans l'absolu. La présence d'une personne morale de droit public dans l'arbitrage, ainsi que la présence de plusieurs parties dans certains catégories complexes de PPP, revêt à la convention d'arbitrage une certaine particularité. **(Section 1).**

521. En revanche, le recours à l'arbitrage peut rarement se fonder sur une base non conventionnelle, c'est le cas de l'arbitrage forcé. Il s'agit d'une exception sur le principe général selon laquelle la convention d'arbitrage est la base de tout arbitrage. **(Section 2)**

Section 1 : Le régime juridique de la convention d'arbitrage en matière de partenariat public-privé

522. En dépit de la soumission de l'arbitrage en matière de PPP au droit commun à l'arbitrage international, il existe quelques particularités liées au consentement des personnes publiques à l'arbitrage. La qualité souveraine de la personne publique ne s'estompe pas définitivement, ce qui revêt à formation de la convention d'arbitrage une certaine particularité. **(Sous-section 1).**

523. D'autre part, la convention d'arbitrage a aussi des effets particuliers liés non seulement à la présence d'une personne morale de droit public, mais aussi, sur la particularité des montages contractuels complexes (**Sous-section 2**).

Sous-section 1 : La formation de la convention d'arbitrage

524. L'arbitrage a une origine nécessairement, conventionnelle. C'est-à-dire que le recours à l'arbitrage se base sur un accord préalable des parties au litige. Cet accord s'exprime concrètement, dans une convention d'arbitrage qui prend la forme soit d'une clause compromissoire ou bien, un compromis d'arbitrage.

525. À première vue, nous constatons que la convention d'arbitrage insérée dans un marché public ainsi que dans un contrat international conclu par une personne morale de droit public, est soumise aux mêmes règles de droit commun régissant l'arbitrage. Or ce constat n'est pas absolu. Il existe en fait, des règles particulières régissant l'arbitrage en la matière. Ces règles résident dans le type de la convention d'arbitrage (**§1**). Puis, le formalisme exigé pour consentir une clause d'arbitrage (**§2**).

§1 : Le type de convention d'arbitrage consentie par le partenaire public

526. Selon l'article 1040 du CPCA algérien, la convention d'arbitrage régit les litiges déjà nés ou bien, les litiges futurs. Ainsi, la convention d'arbitrage est un terme générique englobant la clause compromissoire et le compromis d'arbitrage.

527. Traditionnellement, le compromis avait été considéré comme la convention d'arbitrage par excellence. C'est un accord en vertu duquel, les parties consentent à recourir à l'arbitrage après la naissance du litige. Cependant, le compromis présente un inconvénient majeur puisqu'il intervient seulement après la naissance du litige où les relations entre les parties risquent d'être tendues et moins favorables à trouver un consensus. Pour justement éviter ce genre d'obstacles que les parties concluent généralement une clause compromissoire avant la naissance du litige. C'est une clause négociée soigneusement avant la survenance de tout conflit. Ainsi, la clause compromissoire connaît actuellement, un essor considérable dans

les relations économiques internationales. Le recours à cette clause tend à devenir quasiment, exclusive dans la pratique arbitrale en Algérie ⁴⁵⁷.

529. Toutefois, ces deux formes de convention d'arbitrage ont été utilisées différemment en Algérie, selon la forme de PPP en cause. Un marché public ou un contrat d'investissement. Le code algérien de procédure civile et administrative a exclu le contentieux relatif aux marchés publics, de la règle générale de l'interdiction des personnes morales de droit public à compromettre. Et ce, depuis 2009 la date d'entrée en vigueur dudit code.

530. Cependant, on ne peut déduire que cette permission a été une nouveauté. Les réglementations successives régissant les marchés publics avaient longtemps, permis implicitement, le recours à l'arbitrage en la matière. Cela en prévoyant la clause de règlement des litiges ainsi que le droit applicable, comme mentions obligatoires dans un marché public⁴⁵⁸. On en déduit que même si ces dispositions confirment la possibilité de recourir à l'arbitrage par le biais d'une clause compromissoire. Toutefois, le compromis d'arbitrage demeure frappé par la règle générale de l'interdiction des personnes morales de droit public, qui subsistait en dehors de la prévision de recours à l'arbitrage par le biais d'une clause compromissoire. En étant obligatoire avant la naissance du litige, le mode de règlement des différends choisi par les parties, si ce n'était pas une clause compromissoire. Il serait nécessairement, une clause attributive de juridiction au profit des juridictions locales algériennes. Alors après la naissance du litige, il serait inadmissible que les services contractants algériens consentent avec leur cocontractant un compromis d'arbitrage.

531. D'autre part, même si le nouveau code de procédure civile et administrative a ouvert la voie arbitrale pour les marchés publics, sans spécifier s'il s'agit des marchés publics nationaux ou internationaux ni de s'il s'agit d'une clause compromissoire ou d'un compromis d'arbitrage. La logique mène à l'exclusion du compromis. D'ailleurs, l'administration contractante a été souvent contrainte lors de la conclusion des contrats publics à recourir à l'arbitrage. Si elle en a échappé lors de la conclusion, évidemment, elle n'accepterait pas de

⁴⁵⁷ TERKI, Nouredinne : « *L'arbitrage commercial international en Algérie* » Edition Ajed, Alger 2015.

⁴⁵⁸ Article 95 du décret présidentiel 15-247 op.cit. note 20 cf. aussi l'article 62 du décret présidentiel n°10-236 du 7 octobre 2010, portant réglementation des marchés publics, JORADP n°58 du 07 octobre 2010. Article 50 du décret présidentiel 02-250 du 24 juillet 2002, portant réglementation des marchés publics. JORADP n°52 du 28 juillet 2002.

consentir un compromis lors de l'exécution et après la naissance du litige⁴⁵⁹. Alors que cette dernière est soumise à des procédures rigoureuses d'approbation exigée par l'article 89 du code algérien des marchés publics.⁴⁶⁰

532. En ce qui concerne les contrats d'investissement, après l'ouverture de l'Algérie sur l'économie du marché au début des années 1990, quatre lois régissant l'investissement ont été adoptées. Du décret législatif n°93-12 relatif à la promotion d'investissement jusqu'à la loi actuelle sur l'investissement du 24 juillet 2022⁴⁶¹. Les trois premiers textes législatifs prévoient le même article, à titre d'exemple, l'article 24 de la loi 16-09 relative à l'investissement prévoyant :

*« Tout différend né entre l'investisseur étranger et l'État algérien, résultant du fait de l'investisseur ou d'une mesure prise par l'État algérien à l'encontre de celui-ci, sera soumis aux juridictions algériennes territorialement compétentes, sauf conventions bilatérales ou multilatérales conclues par l'État algérien, relatives à la conciliation et à l'arbitrage ou accord avec l'investisseur stipulant une clause compromissoire permettant aux parties de convenir d'un compromis par arbitrage ad-hoc ».*⁴⁶²

533. Nous en déduisons que le législateur algérien prévoit pour le règlement des différends relatifs à l'investissement, le recours à ses tribunaux étatiques à moins qu'il y ait lieu d'un consentement à l'arbitrage dont l'origine est soit une convention bilatérale ou multilatérale conclue par l'Algérie ; soit une clause compromissoire insérée dans le contrat d'investissement pour un arbitrage *ad hoc*.

534. Curieusement, le nouveau code d'investissement n'a pas prévu la clause compromissoire comme étant une base du consentement des parties, Son article 12 prévoit :

« Outre les dispositions de l'article 11 ci-dessus, tout différend né de l'application de la présente loi, entre l'investisseur étranger et l'État algérien, résultant du fait de

⁴⁵⁹ TRARI-TANI, Mostefa : « Arbitration and procurment contracts new achievements for improving the business climate in Algeria ». Op.cit. note. 279.

⁴⁶⁰ Infra. §. 556.

⁴⁶¹ La loi n°22-18 du 24 juillet 2022 relatif à l'investissement, JORADP n°50 du 28 juillet 2022, cf. aussi, la loi n°16-09 du 3 août 2016 relative à la promotion de l'investissement (abrogée). JORADP n°46 du 3 août 2016. Cf. aussi, l'ordonnance n°01-03 du 20 août 2001 relative au développement de l'investissement, JORADP n°47 du 22 août 2001 (abrogée). Cf. aussi, le décret législatif n°93-12 du 5 octobre 1993 relatif à la promotion de l'investissement, JORADP n°64 du 10 octobre 1993 (abrogé).

⁴⁶² Article 24 de la loi 16-09 du 03 août 2016 relative à la promotion de l'investissement, JORADP n°46 du 03 août 2016 (abrogée par la loi n°22-18 précitée).

l'investisseur ou d'une mesure prise par l'État algérien à l'encontre de celui-ci, est soumis aux juridictions algériennes compétentes, sauf dispositions de conventions bilatérales ou multilatérales ratifiées par l'État Algérien relatives à la conciliation, la médiation et l'arbitrage ou d'un compromis entre l'Agence, visée à l'article 18 ci-dessous, agissant au nom de l'État et l'investisseur, permettant aux parties de recourir à l'arbitrage »⁴⁶³.

535. On en déduit que la base consensuelle des contrats d'investissement, selon cette loi est désormais, le compromis à l'arbitrage entre l'Agence nationale de développement de l'investissement agissant au nom de l'État algérien et l'investisseur. Sans spécifier la nature d'arbitrage, s'il s'agit d'un arbitrage institutionnel ou d'un arbitrage *ad hoc*. Alors qu'on a déjà évoqué la difficulté d'obtenir le consentement de la partie étatique après la conclusion du contrat. Comment l'État va-t-il consentir un compromis d'arbitrage alors qu'il en a échappé lors des négociations ? surtout que la loi relative à l'investissement a donné la priorité aux juridictions étatiques algériennes.

§2- Les formalités requises pour la convention d'arbitrage

536. En dépit des conditions de forme et de fond prévues par le droit commun de l'arbitrage **(A)**, le recours des personnes morales de droit public à l'arbitrage est subordonné par l'approbation de certaines autorités **(B)**.

A- Les conditions requises pour la convention d'arbitrage issues du droit commun

537. Certaines conditions devraient être remplies pour la validité de la convention d'arbitrage. On en distingue les conditions de fond aux conditions de forme.

a- Les conditions de fond

538. Nous avons déjà étudié dans la première partie, la capacité des parties à compromettre, plus particulièrement, celle des personnes morales de droit public⁴⁶⁴. Ainsi,

⁴⁶³ GHALI, Ryad : « Arbitrage international et contrats publics en Syrie » in. Ouvrage collectif, AUDIT, Mathias : « Contrats publics et arbitrage international », édition Bruylant, Bruxelles 2011.

⁴⁶⁴ Cf. Supra. § 249.

pour la validité de la convention d'arbitrage, les parties devraient être capables et libres à contracter⁴⁶⁵.

539. Pour le contenu du principe de la liberté, il convient aussi, que la convention d'arbitrage doit être rédigée d'une manière claire et avec un maximum de soin pour que sa validité soit incontestable et éviter ainsi, ce qu'on appelle, la convention d'arbitrage pathologique. Cela en précisant notamment, le type de l'arbitrage, institutionnel ou *ad hoc*, la désignation ou le mode de désignation des membres du tribunal arbitral, soit directement ou en se référant à un règlement d'arbitrage⁴⁶⁶ et enfin, la mission du tribunal arbitral, et les catégories des litiges surtout pour la clause compromissoire, où le litige n'est pas encore survenu. C'est pour cette raison qu'il est préférable que la formulation de la clause devrait être aussi large que possible, de manière à inclure tous les cas de figure éventuels. La rédaction la plus pertinente est celle qui vise « *les litiges touchant à l'interprétation et l'exécution du contrat* ». ⁴⁶⁷

b- Les conditions de forme

540. La convention d'arbitrage s'exprime par écrit dans la majorité des droits comparés. Toutefois, la place de l'écrit y est très contrastée.

541. Pour le droit conventionnel, l'article 2 de la Convention de New York pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères, a fait de l'écrit un formalisme de preuve, en disposant que « *on entend par une convention écrite, une clause compromissoire insérée dans un contrat ou un compromis signé par les parties ou contenus dans un échange de lettres ou de télégramme* ». Alors que la loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international après son amendement en juillet 2006, dont l'article 7 fait preuve de plus de souplesse, en ouvrant deux options, la première requiert la forme écrite alors que la deuxième option n'impose aucune forme⁴⁶⁸. C'est ainsi que les droits nationaux de l'arbitrage ont adopté trois tendances.

542. La première tendance qui est la plus exigeante, consiste à exiger l'écrit comme une condition de validité. C'est le cas du droit algérien dans l'article 1040 al.2 du CPCAA

⁴⁶⁵ TERKI, Nour-Eddine : « *L'arbitrage commercial international en Algérie* », op.cit. note n°459.

⁴⁶⁶ Article 1041 al.1 CPCAA

⁴⁶⁷ TERKI, Nour-Eddine : « *L'arbitrage commercial international en Algérie* », op.cit. note n°459.

⁴⁶⁸ RACINE, Jean-Baptiste : « *Arbitrage international* » op.cit. note n°240.

disposant que la convention d'arbitrage doit être passée par écrit sous peine de nullité. Il en va de même pour le droit libyen.⁴⁶⁹

543. Le droit français a été aussi exigeant en matière d'arbitrage interne. Ainsi, l'article 1443 du code de procédure civile prévoit que la convention d'arbitrage est écrite sous peine de nullité. Il ajoute que l'écrit peut résulter d'un échange ou d'un document auquel il est fait référence dans le contrat principal.⁴⁷⁰

544. La deuxième tendance consacre la position de la convention de New York où l'écrit constitue un formalisme de preuve, c'est le cas du droit marocain adoptant cette position dans sa jurisprudence. Il a consacré cette position implicitement en matière internationale, dans son droit interne. Le droit tunisien a été plus explicite en évoquant plusieurs hypothèses où la convention d'arbitrage même si elle ne consiste pas en un écrit classique, elle remplit la condition de forme.⁴⁷¹

545. Finalement, la troisième tendance est la plus libérale. Elle a été adoptée par le droit français après la réforme du 13 janvier 2011 sur l'arbitrage international. En effet, l'article 1507 du Code de procédure civile prévoit que : « *La convention d'arbitrage n'est soumise à aucune condition de forme* ». Ainsi, le droit français a atteint les sommets du libéralisme, et ce contrairement en matière d'arbitrage interne exigeant l'écrit comme une condition de validité. Ainsi, le contraste entre l'arbitrage interne et international est saisissant concernant la place de l'écrit comme condition de forme de la convention d'arbitrage, en droit français.⁴⁷²

B- L'autorisation préalable pour le recours à l'arbitrage

546. Étant une personne morale, le partenaire public avant de recourir à l'arbitrage, devrait obtenir une autorisation préalable à compromettre. Certains pays sans aller jusqu'à l'interdiction de l'arbitrage impliquant les personnes morales de droit public, l'ont subordonné à des conditions strictes. **(a).** Nous allons analyser par la suite, la portée de cette condition ainsi que les conséquences juridiques découlant à son absence **(b).**

⁴⁶⁹ TRARI-TANI, Mostefa : « L'arbitrage commercial international : Avec référence au droit et à la pratique des pays du Maghreb (Algérie, Libye, Maroc, Mauritanie et Tunisie). Op.cit. note. 184.

⁴⁷⁰ Article 1443 du code de procédure civile français.

⁴⁷¹ TRARI-TANI, Mostefa ; « L'arbitrage commercial international : Avec référence au droit et à la pratique des pays du Maghreb (Algérie, Libye, Maroc, Mauritanie et Tunisie). Op.cit. note. 184.

⁴⁷² RACINE, Jean-Baptiste : « Le droit de l'arbitrage », op.cit. note n°240. P.194. p. 27.

a- Les organes habilités à délivrer l'autorisation préalable à compromettre

547. La question des organes habilités à souscrire une convention d'arbitrage, renvoie à une question plus générale. C'est la question de la représentation légale de personne morale de droit public. Il appartient ainsi à chaque État de déterminer l'organe compétent à autoriser le recours à l'arbitrage. Mais une question est sûre, les conceptions diffèrent en matière de la représentation légale de la personne publique, selon qu'on est devant un ordre juridique relevant de la tradition civiliste ou celui relevant de la *Common Law*.⁴⁷³

548. Selon la conception civiliste, une fiction juridique admet que la volonté du représentant légale est celle de la personne morale de droit public. Ainsi, on est devant une confusion entre les deux volontés. Le représentant légal n'est pas un mandataire de cette entité publique. Alors que pour la conception de la *Common Law*, le représentant légal est l'instrument par lequel l'autorité publique exécute ses décisions. Il est cantonné ainsi à l'expression de la volonté de cette entité. Le consentement de cette dernière émane ainsi à des personnes autres que le représentant légal. La prise de connaissance ou le consentement des individus ou autres organes pourrait être tenu comme consentement et/ou une prise de connaissance de la personne morale de droit public. C'est l'exemple du conseil d'administration de la personne morale de droit public ou bien le fonctionnaire de cette dernière, auquel on a confié la charge de relayer l'information à l'autorité publique via son représentant légal. Vu la particularité du système de *Common Law*, il est difficile d'apporter des exemples concrets, puisqu'il n'y pas une loi qui traite ces questions. Ainsi, c'est la *Common Law* qui s'applique en analysant les situations, au cas par cas.⁴⁷⁴

549. Pour les pays de tradition civilistes, certains vont jusqu'à prévoir ces conditions par la constitution. Tel est le cas de la constitution iranienne, laquelle dispose que la soumission des différends impliquant l'État et ses biens, à l'arbitrage est subordonnée dans chaque cas, à l'approbation du Conseil des ministres et devra être notifiée au Parlement. Ce dernier devrait approuver également, le recours à l'arbitrage concernant les affaires internes importantes ou les affaires impliquant un étranger⁴⁷⁵.

⁴⁷³ SELIM, Ismail : « *Convention d'arbitrage est intérêts publics* » in. Ouvrage collectif : « *Arbitrage international et intérêts publics* », Collection sous la direction de Francarbi. Préf. Guy KEUTGEN, Bruylant, Bruxelles, 2019. Pp. 29.

⁴⁷⁴ Ibid. p. 2

⁴⁷⁵ RACINE, Jean-Baptiste : « *L'arbitrage commercial international et l'ordre public* ». LGDJ, Paris 1999.

550. La constitution syrienne dans son article 70 al.5 prévoit quant à elle, la ratification par un acte législatif, des contrats conclus par l'État avec une société étrangère présentant un caractère dérogatoire au droit commun. Il s'agit notamment, des contrats de prêts internationaux et des contrats d'exploitations des ressources naturelles. Cela n'a pas empêché l'État à souscrire des clauses d'arbitrage, dans la majorité de ces contrats conclus avec des sociétés étrangères⁴⁷⁶.

551. Il existe aussi, des droits nationaux exigeant l'accord de certaines instances. En droit Egyptien, la loi n°47 de l'année 1972 relative au Conseil d'État subordonne dans son article 58, la conclusion de la convention d'arbitrage à l'avis favorable de l'administration compétente, lorsque le litige excède 5000 livres égyptiennes. Alors que la loi égyptienne de 1994 sur l'arbitrage exige une autorisation préalable du ministre compétent lorsque l'arbitrage porte sur un contrat administratif.⁴⁷⁷

552. En droit français, la convention d'arbitrage est soumise aux mêmes règles d'organisation interne d'habilitation, régissant la conclusion des contrats administratifs. Ainsi, il revient au premier ministre la compétence de principe, pour engager l'État. Pour les collectivités territoriales, il appartient à l'exécutif local et l'assemblée délibérante de partager cette compétence. Il en va de même pour les établissements publics.

553. Pour le droit algérien, l'article 976 du CPCA subordonne le recours à des procédures arbitrales concernant l'État, à l'initiation du ministre ou des ministres concernés. Alors s'il concerne la wilaya ou la commune, le recours à ces procédures est initié respectivement, par le Wali ou le président de l'APC. Si ce recours concerne un établissement public à caractère administratif, l'initiation à l'arbitrage relève au représentant légal de cet établissement, ou le représentant de l'autorité de tutelle dont il relève.⁴⁷⁸

554. Ceci dit pour les litiges impliquant les personnes morales de droit public, en général. En matière des marchés publics, en Algérie, le recours à l'arbitrage international pour le règlement des différends naissant de l'exécution des marchés publics conclus avec des cocontractants étrangers, est soumis, sur proposition du ministre concerné, à l'accord préalable du Conseil du Gouvernement. Alors que pour les marchés publics internationaux

⁴⁷⁶ GHALI, Ryad : « Arbitrage international et contrats publics en Syrie » in. « Contrats publics et arbitrage international », op.cit. note n°465. Pp. 189.

⁴⁷⁷ SELIM, Ismail : « Convention d'arbitrage et intérêt public », op.cit. note n°475. P.40.

⁴⁷⁸ Article 976 du code de procédure civile et administrative algérien. op.cit. note n°150.

conclus par le Parlement, le recours à l'arbitrage international est soumis à l'accord préalable de leurs bureaux.⁴⁷⁹

555. Quant au droit syrien, on distingue les marchés publics d'ordre interne aux marchés publics internationaux. Pour les premiers, la Syrie avait consacré depuis longtemps, la capacité des pouvoirs adjudicateurs à compromettre. La loi n°55 daté de 1958 avait autorisé l'État à compromettre sur autorisation préalable du Conseil d'État. Cela sous peine de refus de l'exequatur de la sentence arbitrales par les juridictions syriennes. Actuellement, la loi n°55 de 2004 a ouvert la possibilité aussi, dans son article 66, d'insérer une convention d'arbitrage dans les marchés publics. Le tribunal arbitral est constitué de deux arbitres désignés par les parties et présidé par un conseiller d'État, nommé par le président du Conseil d'État. Cet état touche au principe de l'impartialité, puisque généralement, c'est le président du Conseil d'État qui se désigne lui-même. Alors que le Conseil d'État est compétent en matière de recours contre la sentence arbitrale.⁴⁸⁰

556. En droit français, le recours à l'arbitrage en matière des marchés publics ; de marchés de partenariat ainsi que les marchés de défense et de sécurité, requiert une autorisation par décret pris sur le rapport du ministre compétent et du ministre chargé de l'économie⁴⁸¹.

b- La portée juridique de l'autorisation préalable pour la conclusion d'une convention d'arbitrage

557. Après avoir dressé les autorisations requises pour conclure une convention d'arbitrage dans les droits internes, il convient de s'interroger sur sa portée juridique, ainsi que les conséquences juridiques découlant de leur absence. Pour en répondre, nous nous référons à la pratique arbitrale. Ainsi, on distingue entre l'arbitrage international et l'arbitrage interne.

558. Pour l'arbitrage international, la réponse été apportée à l'occasion de l'affaire Gatoil contre la société étatique iranienne N.O.I.C. Précitée⁴⁸². Gatoil a contesté une sentence

⁴⁷⁹ Article 89 de la loi 23-12 du 5 août 2023, fixant les règles générales relatives aux marchés publics, JORADP n°51 du 6 août 2023.

⁴⁸⁰ GHALL, Ryad : « *Arbitrage international et contrats publics en Syrie* » *op.cit.* note n°465.

⁴⁸¹ Les article R. 2197-25, R. 2236-1 et R. 2397-4 du Code français de la Commande publique (Partie réglementaire). *Op.cit.* note n°50.

⁴⁸² *Cf. Supra.* §349.

arbitrale ayant admis la validité d'une convention d'arbitrage méconnaissant l'autorisation parlementaire exigée par la constitution iranienne. La Cour d'Appel de Paris a rejeté cet appel au motif que les conditions fixées en ce domaine dans l'ordre interne n'intéressent pas l'ordre public international.

559. En droit interne, les textes ne précisent pas si le manque de l'autorisation engendre la nullité de la convention d'arbitrage ou la sentence arbitrale.

560. Toutefois, nous pouvons citer l'Affaire opposant d'une part les époux Tapie et les liquidateurs du Groupe Tapie et d'autre part, le CDR (le Consortium de réalisation) et le EPFR (établissement public de financement et de restructuration). Un compromis avait été conclu entre les parties en méconnaissance de la règle d'inarbitralité des litiges impliquant les établissements publics administratifs. Alors que EPFR est un établissement public administratif à caractère national, placé sous la tutelle de la ministre de l'économie, Mme Christine Lagarde.

561. C'est ainsi que la commission d'instruction de la Cour de Justice de la République avait renvoyé Mme Lagarde par un arrêt du 17 décembre 2015, devant la Cour de justice de la République, en ce que la ministre avait autorisé le recours à l'arbitrage sans avoir vérifié l'arbitrabilité du litige et qu'elle n'avait pas formulé un recours contre la sentence rendue. En effet, le tribunal arbitral a condamné le CDR à payer la somme de 240 millions d'euros hors intérêts à la partie adverse, en plus de verser 45 millions d'euros aux époux Tapie, au titre de préjudice moral et 8.5 millions d'euro de dépenses engagées sur frais de liquidation.

562. En tout état de cause, la Cour de cassation de Paris n'a pas refusé l'exequatur pour le motif de l'inarbitrabilité du litige et l'inégalité de l'autorisation délivrée par la ministre pour conclure ce compromis, mais bien pour un autre motif, l'autorité de la chose jugée puisqu'il y' avait des décisions de justice définitives, précédemment rendues.⁴⁸³ Alors que la Cour de Justice de la République a condamné Mme Lagarde à un an de prison et quinze mille (15000) euro d'amende, pour avoir agi avec négligence, en autorisant la procédure arbitrale, toute en la dispensant de la peine. La Cour a estimé que la personnalité de la patronne du FMI, sa

⁴⁸³ DOUGANIS, Carine : « Pour un droit public de l'arbitrage », éd. Mare et Martin, Paris 2022.

réputation internationale et le fait qu'elle bataillait contre la crise financière internationale, justifiaient de dispenser Mme Lagarde de peine.⁴⁸⁴

Sous-section 2 : Les effets de la conclusion de la convention d'arbitrage

563. Sans parler des effets générés de la convention d'arbitrage après la naissance du litige, objet d'étude du titre suivant, nous abordons ici les effets immédiats de la convention d'arbitrage, spécifiques de l'arbitrage en matière de PPP. Il s'agit notamment, de l'effet de la conclusion de l'arbitrage par l'État qui va, en souscrivant une clause d'arbitrage, renoncer à son immunité de juridiction (§1).

564. Une autre caractéristique du consentement de l'arbitrage liée cette fois à la spécificité de certaines formes de PPP. Il s'agit des montages contractuels complexes tels que les contrats BOT et leurs dérivés ou bien, les marchés de partenariats français ou le PFI anglais. C'est l'effet de la convention d'arbitrage et son rayonnement sur les tiers.

565. En effet, ces montages impliquent non seulement un seul contrat entre le partenaire public et la société de projet, mais une multitude de contrats liant plusieurs parties. L'interdépendance de ces contrats fait en sorte qu'un seul litige entre deux parties à un contrat pourrait avoir un effet sur d'autres contrats et impliquerait plusieurs parties aux montages contractuels complexes. Ainsi, on peut poser la question de l'extension de la convention d'arbitrage à d'autres contrats du même groupe, ainsi que la question de sa transmission à d'autres parties non signataires. (§2).

§1-La renonciation de l'État à son immunité de juridiction

566. Une des attributs de la souveraineté de l'État, est son immunité de juridiction devant les tribunaux d'un autre État. C'est-à-dire sa faculté de refuser d'être jugé par un ordre juridictionnel autre que le sien. Ainsi, l'État peut exciper de cette immunité contre toute action intentée à son encontre.⁴⁸⁵

⁴⁸⁴ Journal Le Monde : « *Affaire Tapie : Christine Lagarde coupable de « négligence » mais dispensée de peine* » https://www.lemonde.fr/societe/article/2016/12/19/proces-lagarde-la-cour-de-justice-de-la-republique-tranche_5051038_3224.html (consulté le 17 septembre 2024)

⁴⁸⁵ SELIM, Ismail : « La convention d'arbitrage et intérêts publics », op.cit. note n°475. P.47.

567. Historiquement, les règles de l'immunité de juridiction des États relèvent du droit international coutumier. Ainsi, l'immunité de juridiction relèvent d'une sorte de courtoisie interétatique.⁴⁸⁶ Elle relève encore à une convention régionale européenne sur les immunités des États datée de 1972. Cette convention compte un État signataire et huit États adhérents.

568. Au niveau universel, l'Institut du droit international et la commission du droit international des Nations Unies, ont fourni des efforts depuis des décennies pour codifier ces règles. Ainsi, la convention des Nations Unies sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens a été adoptée le 9 novembre 2004. Malheureusement, cette convention nécessitant la ratification, l'acceptation, l'approbation ou l'adhésion d'au moins, 30 États ; n'est pas encore entrée en vigueur puisqu'il n'y a que 28 signataires et 23 parties à cette convention.⁴⁸⁷ Cela témoigne le caractère controversé de certains aspects de l'immunité juridictionnelle des États.⁴⁸⁸

569. Selon l'article 17 de la convention des Nations Unies sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens, un État ne peut invoquer son immunité de juridiction s'il a accepté par écrit une convention d'arbitrage pour la résolution d'un différend le liant avec une personne physique ou morale étrangère et dont l'objet est une transaction commerciale. Cela dans des procédures concernant la validité, l'interprétation, ou l'application de la convention d'arbitrage ; la procédure d'arbitrage elle-même, et la confirmation ou le rejet de la sentence arbitrale.⁴⁸⁹ Toutefois, cette convention ne recouvre pas l'immunité de juridiction en matière de reconnaissance des sentences arbitrales. Elle exige alors, une renonciation explicite à l'exécution à l'encontre des biens non commerciaux de l'État, non affectés à la satisfaction des créances en cause.⁴⁹⁰

570. Au niveau interne, on constate que les pays relevant au système romano germanique n'ont pas adopté des législations nationales relatives à l'immunité de juridiction. Contrairement aux pays du *Common Law*. C'est le cas du droit américain avec *The Foreign*

⁴⁸⁶ SELIM, Ismail : « La convention d'arbitrage et intérêts publics », op.cit. note n°475. pp. 49.

⁴⁸⁷ https://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=IND&mtdsg_no=III-13&chapter=3&clang=fr (Consulté le 12 septembre 2024).

⁴⁸⁸ Cf. ANNACKER, Claudia et T. GREIG, Robert : « Immunité des États et arbitrage » in. Bulletin de la Cour internationale d'arbitrage de la CCI, Vol 15 n°2, 2^{ème} trimestre 2004.

⁴⁸⁹ ONU : « Convention des Nations Unies sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens » New York, 2 décembre 2004.

⁴⁹⁰ Cf. ANNACKER, Claudia et T. GREIG, Robert : « Immunité des États et arbitrage », op.cit. note n°490.

Sovereign Immunity Act, modifié en 1988 ; le droit australien avec la loi de 1985 sur *Foreign States Immunity Act* et le droit anglais avec *The State Immunity Act de 1978*.⁴⁹¹

571. En France, c'est le droit international coutumier qu'est applicable. Toutefois, la jurisprudence exige deux critères pour que l'État puisse invoquer son immunité juridictionnelle. Un critère organique consiste en la qualité souveraine de l'État dans l'ordre international. L'autre est matériel lié à la nature des actes. Ces derniers doivent être conclus *jure imperii*. C'est-à-dire que l'acte doit porter sur un service public ou comporter des clauses exorbitantes.

572. Ainsi, les actes conclus *jure gestionis* sont exclus.⁴⁹² Encore une fois, la jurisprudence a distingué entre les procédures de reconnaissance et celles d'exécution des sentences arbitrales. De ce fait, les tribunaux ont rejeté l'exception d'immunité de juridiction dans les procédures de reconnaissance. En revanche, les avis se divergent quant à l'immunité d'exécution. Plusieurs affaires ont adopté la position selon laquelle, l'acceptation de l'arbitrage n'implique pas, en elle-même une renonciation à l'immunité d'exécution, sauf si l'État a manifestement et d'une façon non équivoque, voulu en renoncer lors de la conclusion de la convention d'arbitrage⁴⁹³.

573. Pour les droits relevant du *Common Law*, L'Australie a affirmé la renonciation de l'immunité juridictionnelle en concluant une convention d'arbitrage, alors pour l'immunité d'exécution elle exige une renonciation expresse. Alors que le droit américain et anglais, ont aussi affirmé le principe de la renonciation de l'immunité de juridiction issue de la conclusion de la convention d'arbitrage, avec des conditions moins restrictives en matière de de la renonciation de l'immunité d'exécution par rapport à celles exigées par la Convention des Nations Unies pour l'immunité juridictionnelle de l'État.⁴⁹⁴

⁴⁹¹ ANNACKER, Claudia et T. GREIG, Robert : « Immunité des États et arbitrage », op.cit. note n°490. p.3.

⁴⁹² WAKED JABER, Rita : « La notion du contrat administratif international : Essai d'une théorie générale à travers l'exemple du contrat BOT (Build, Operate and Transfer) », op.cit. note n°74. P. 466.

⁴⁹³ Cf. ANNACKER, Claudia et T. GREIG, Robert : « Immunité des États et arbitrage ». op.cit. note n°490. P.4.

⁴⁹⁴ Ibid. p. 5.

§2- L'Effet de la convention de l'arbitrage sur les tiers

574. La nature contractuelle de la clause compromissoire invoque l'application du principe de l'effet relatif du contrat, tiré du droit commun des contrats. Ainsi, la convention d'arbitrage s'applique principalement sur les parties au contrat dans lequel a été stipulée et n'a d'effet que sur ses signataires⁴⁹⁵.

575. Or, au sein d'un ensemble contractuel comme celui d'un montage contractuel en PPP, les choses ne sont pas aussi simples et le principe de l'effet relatif de la convention d'arbitrage est très relatif⁴⁹⁶ et son application n'est pas au rendez-vous. Pour la bonne administration de la justice arbitrale, même si la clause compromissoire a été consentie par les parties d'un contrat, les hypothèses d'intervention de plusieurs parties tierces par rapport à ce contrat, au litige arbitral se diversifient. A titre d'exemple, dans un litige entre le partenaire public et la société de projet, il est de mise de faire intervenir les membres de cette société ; un litige entre le constructeur et la société de projet, à l'occasion d'un préjudice causé par un ingénieur ou un autre constructeur. Ou bien un litige entre la société de projet et l'exploitant et/ou le constructeur et que l'État souhaite intervenir dans la procédure arbitrale⁴⁹⁷.

576. En outre, on assiste sur la pluralité des litiges dans un schéma BOT. En effet, ce dernier se repose sur un ensemble contractuel cohérent, et l'exécution mauvaise d'un de ses contrats pourrait se répercuter sur les autres contrats et générer par la suite une pluralité des litiges entre plusieurs parties. Ainsi, la société de projet pourrait se trouver partie dans plusieurs litiges et tendrait à nommer le même arbitre pour ces différents litiges. D'autre part, l'existence de plusieurs modes de résolution de litiges dans ces contrats, dont la mise en œuvre risque d'aboutir à des solutions contradictoires dans un ensemble contractuel, nécessitant un traitement unitaire et cohérent des litiges.⁴⁹⁸

577. Mais dans ces hypothèses d'intervention des personnes non signataires de la clause compromissoire, qu'en est-il du principe de consensualisme de la convention

⁴⁹⁵ ABDALLAH-MARTIN, Nadine : « L'extension et la transmission de la clause compromissoire : Vers une *Lex Mediterranea* ? ». in. Ouvrage collectif sous la direction de Lotfi CHEDLY et Filali OSMAN « Vers une *lex mediterranea* a de l'arbitrage : Pour un cadre commun de référence ». éd. Bruylant. Bruxelles, 2015. PP. 115.

⁴⁹⁶ RACINE, Jean Baptiste : « *Droit de l'arbitrage* ». op.cit. note n°240.

⁴⁹⁷ Waked Jaber, Rita : « Le contrat administratif international : Essai d'une théorie générale à travers l'exemple du contrat BOT (*Build, Operate and Transfer*). Op.cit. note 171.

⁴⁹⁸ HAROUN, Mehdi : « Arbitrage et financement de projets BOT » op.cit. n°84.

d'arbitrage ? nous allons traiter l'extension de la clause compromissoire aux autres contrats du montage PPP (A) puis sa transmission aux autres parties (B).

A- L'extension de la clause compromissoire dans un montage PPP

578. Selon la doctrine, la pratique et la jurisprudence arbitrale, il est possible d'étendre la clause compromissoire signée dans l'accord de projet par le partenaire public et la société de projet aux autres contrats du montage.

579. Cette solution permet d'éviter le morcèlement d'un contentieux en plusieurs procédures juridictionnelles, que ce soient étatiques ou arbitrales, alors que la matière litigieuse reste la même. Ainsi, il est judicieux de faire rayonner la convention d'arbitrage, au-delà de la sphère des parties signataires, dans un souci de bonne administration de la justice et afin d'éviter des solutions contradictoires rendant difficile, voire impossible toute solution au litige⁴⁹⁹.

580. La jurisprudence française a été depuis longtemps, favorable aux mécanismes d'extension et de transmission et elle fait preuve d'un grand libéralisme en la matière. Néanmoins, la jurisprudence dans les pays arabes, demeure partagée sur la question de l'extension et de transmission de la convention d'arbitrage. Ainsi, un arrêt de la Cour de cassation au Koweït, a dans une position radicale, jugé que l'arbitrage, comparé à d'autres modes juridictionnels de résolution de litige, a une nature spéciale puisque l'arbitre puise son pouvoir de la volonté des parties. En conséquence, le consentement à l'arbitrage dans un contrat déterminé, ne peut être étendu à un autre contrat, même si ces contrats sont liés et sont conclus par les mêmes parties. Tandis que la jurisprudence libanaise a été favorable à l'extension de l'accord compromissoire à d'autres contrats conclus par les mêmes parties, dans le cadre d'une opération économique unique. Cette solution est justifiée par l'interprétation de la volonté implicite des parties⁵⁰⁰.

581. La consécration de l'extension de la convention d'arbitrage, en matière de PPP, a connu un long chemin. Tout d'abord, la question de l'extension de la clause compromissoire a été posée initialement, dans le domaine des groupes de sociétés. Par exemple, entre une

⁴⁹⁹ ABDALLAH-MARTIN, Nadine : « *L'extension et la transmission de la clause compromissoire : Vers une Lex Mediterranea ?* ». op.cit. note n°497. P. 120.

⁵⁰⁰ Ibid. pp. 121.

société mère et une de ses filiales, pour rechercher un débiteur solvable dans le cadre d'une stratégie de *deep pocket*. Mais deux obstacles juridiques empêcheraient cette solution. Les sociétés du même groupe sont autonomes juridiquement et sont dotées de la personnalité morale. Aussi, les sociétés non signataires n'ont pas consentie la clause compromissoire.⁵⁰¹ Néanmoins, l'extension a été admise dans la pratique arbitrale, mais sous certaines conditions. Dans un premier temps, les juges ont cherché le comportement du tiers révélant qu'il a accepté et voulu s'adhérer à la convention d'arbitrage. Un critère purement, subjectif qui est la recherche de la volonté de ces tiers. Cependant, les arbitres tendent à mêler des éléments objectifs à ce critère pour mieux fonder l'extension de la clause compromissoire.

582. C'était le cas dans l'affaire *Dow Chemical* où deux filiales non signataires d'une clause compromissoire étaient demanderesse aux côtés de deux autres filiales signataires du même groupe. En effet, les arbitres ont déclaré que « *La clause compromissoire expressément, acceptée par certaines sociétés du groupe, doit lier les autres sociétés qui, par le rôle qu'elles ont joué dans la conclusion, l'exécution ou la résiliation des contrats contenant lesdites clauses apparaissant selon la commune volonté de toutes les parties à la procédure, comme ayant été de véritables parties à ces contrats, ou comme étant concernées, au premier chef, par ceux-ci et par les litiges qui en peuvent déclouer* »⁵⁰².

583. En déduit que le comportement des sociétés non signataires et son immixtion dans la négociation et/ou conclusion, l'exécution ou la résiliation révèle la volonté de ces sociétés d'adhérer à la convention d'arbitrage⁵⁰³.

584. Ultérieurement, cette position de l'extension de la clause d'arbitrage, consacrée de prime abord en matière de groupe de société, s'est élargie en droit de l'arbitrage international et devenue un principe général d'extension de la clause d'arbitrage. Ce principe est basé cette fois-ci sur un critère objectif en mettant le critère subjectif qu'est la volonté du tiers, au second plan. Ainsi, on observe le comportement de la tierce partie, dès qu'elle s'implique dans la vie du contrat contenant la clause compromissoire, que ce soit dans sa négociation, sa formation, son exécution et/ou sa fin, cette implication est révélatrice de son

⁵⁰¹ RACINE, Jean-Baptiste : « Droit de l'arbitrage » op.cit. note n° p.240

⁵⁰² La sentence du CCI numéro 4131, datée le 23 septembre 1982. Y. DERAIS ; JDI. 1983, Revue d'arbitrage 1984 ; p. 137.

⁵⁰³ RACINE, Jean Baptiste : « Droit de l'arbitrage » op.cit. note n°240. P.248.

adhésion à la convention d'arbitrage. En effet, dès lors qu'il s'implique dans une phase du contrat, il accepte nécessairement, le mode de résolution des litiges y concernant⁵⁰⁴.

585. La jurisprudence en France rappelle fréquemment que « *La clause compromissoire insérée dans contrat international, a une validité et une efficacité propre qui commandent d'en étendre l'application aux parties, directement impliquées dans l'exécution du contrat et dans les litiges qui peuvent en résulter* »⁵⁰⁵.

586. La doctrine a été aussi favorable à l'extension de la convention d'arbitrage. Ainsi, deux arguments ont été avancés par M. Racine. Le premier argument est lié à l'efficacité de la convention de l'arbitrage. Ainsi, si l'extension a été critiquée comme emportant une édulcoration voire une élimination du consentement, nécessaire pour établir toute convention d'arbitrage, elle est cependant, saluée dans la mesure où elle donne à la convention d'arbitrage une plus grande efficacité. Cette solution n'est pas choquante, puisque l'implication du tiers n'est pas arbitraire, le tiers n'est tenu par cette convention que parce qu'il a adopté un comportement qui l'a fait adhérer à ladite convention.

587. Le deuxième argument est tiré de la bonne administration de la justice. En effet, l'extension de la convention d'arbitrage dans les matières complexes comme les montages contractuels, permet de centraliser le contentieux entre les mains d'un seul juge, l'arbitre en l'occurrence. Ainsi, la dimension juridictionnelle de l'arbitrage, prend le dessus sur sa dimension contractuelle, afin de ne pas disperser le contentieux⁵⁰⁶.

588. Aussi, est-il évident d'étendre la clause compromissoire, contenue dans l'accord de projet aux autres contrats du montage BOT ou l'inverse. La jurisprudence surtout en France, en est favorable. Cette position requiert la preuve de la volonté des parties, même implicite de cette clause compromissoire. Elle est déduite des notions d'unité, d'indivisibilité des contrats du montage ou de connexité. Cette volonté est déduite également, de la complémentarité des contrats du montage, dans la mesure où ces contrats se complètent en réalisant la même opération économique⁵⁰⁷.

⁵⁰⁴ RACINE, Jean Baptiste : « Droit de l'arbitrage » op.cit. note n°240. p.249

⁵⁰⁵ TRAIN, François-Xavier : « L'extension de la clause compromissoire — Chronique des années 2012-2017 » Revue de l'arbitrage, Vol 2017, Issue 2, pp.403

⁵⁰⁶ Racine, Jean Baptiste : « droit de l'arbitrage » op.cit. note n°240. P.250.

⁵⁰⁷ WAKED JABER, Rita : « La notion du contrat administratif international : Essai d'une théorie générale à travers l'exemple du contrat BOT (Build, Operate and Transfer) », op.cit. note n°74P. 646.

589. Le principe de l'extension de la convention d'arbitrage s'applique dans toutes les situations, y compris les contrats de sous-traitance sous-jacents. A ce titre, dans les montages contractuels complexes de PPP, la convention d'arbitrage incluse dans un accord de projet entre le partenaire public et la société de projet pourrait être étendue aux autres contrats ayant vocation à exécuter le projet, tel est le cas des contrats entre la société de projet et la société de construction ; ou la société d'exploitation. Cela même si le constructeur ou l'exploitant n'ont pas consenti cette convention d'arbitrage. Ces derniers contribuent dans l'exécution de l'accord principal de projet.

590. Nous allons voir quelques manifestations de l'extension de la convention d'arbitrage dans les montages PPP, que ce soit en raison de la qualité des parties, comme l'extension entre l'État et ses émanations **(2)**, ou bien entre les actionnaires et la société de projet **(3)**, ou en raison de la nature des contrats et leurs interdépendance **(1)**.

1- L'extension de la convention d'arbitrage dans les contrats

cadres/contrats d'application :

591. Il s'agit de l'extension de la clause compromissoire insérée dans un contrat cadre, en l'occurrence, l'accord de projet dans le cas de BOT, aux contrats d'application.

592. Le contrat cadre est la standardisation des droits et d'obligations des parties, prévus dans leurs contrats futurs. L'insertion d'une clause d'arbitrage dans un contrat cadre permet de l'étendre aux autres contrats d'application si ces derniers sont conclus par les mêmes parties. Cependant, si les parties aux contrats d'application ne sont pas celles ayant conclu le contrat cadre, l'extension ici est difficilement envisageable.

593. Or, la structure particulière du montage contractuel de PPP, incite la jurisprudence à étendre la convention d'arbitrage insérée dans le contrat cadre, aux autres contrats d'application, même si les parties ne sont pas les mêmes.

594. C'est ainsi que la Cour d'Appel de Paris dans son arrêt daté le 28 novembre 1989, a étendu la clause compromissoire contenue dans un contrat cadre à un contrat d'exécution conclu par des parties différentes et qui ne faisait nullement référence à la clause compromissoire. En avançant que la partie dans le contrat d'exécution a « *nécessairement*,

*souscrit aux obligations définies par cette convention et accepté ses modalités, parmi lesquelles, la clause compromissoire »*⁵⁰⁸.

595. Ainsi, l'extension de la clause d'arbitrage aux contrats d'application ou les sous contrats, est possible du moment où leurs parties n'ont pas manifesté expressément, une volonté contraire, en souscrivant à d'autres modes de résolution des différends ou à une clause d'arbitrage incompatible avec celle du contrat principal.

596. Néanmoins, la jurisprudence a toutefois approuvé quelques cas d'extension, en dépit de l'existence de clause contraires ou équivoques.

597. C'est ainsi que la Cour d'appel de Paris a rendu un arrêt, en date de 17 mars 2015 approuvant l'extension en dépit de l'existence d'une clause incompatible.⁵⁰⁹ En l'espèce, une société de droit égyptien dénommée Maridive, armateur d'un navire d'exploration pétrolière, avait conclu le 20 octobre 2009, un contrat d'affrètement avec la société libyenne Al Bahar. Ce contrat prévoyait une clause d'arbitrage du CRCICA en Egypte, avec l'application du droit égyptien. Deux mois après, en exécutant ledit contrat, la Société al Bahar avait conclu, avec une société de droit français Mabruk Oil, un contrat de sous affrètement comportant une clause d'arbitrage CCI avec l'application du droit libyen.

598. Suivant les événements du printemps arabe, la société Al Bahar a cessé ses paiements et la société égyptienne Maridive a saisi le CRCICA d'une demande de paiement, contre les deux sociétés, Al Bahar et Mabruk Oil. Le tribunal arbitral les a condamnés solidairement, à plus de quatre millions USD. Le tribunal de grande instance de Paris a revêtu la sentence par une ordonnance d'exequatur. La Société française Mabruk Oil a interjeté un appel, en reprochant aux arbitres de se déclarer compétents en vertu d'une clause d'arbitrage à laquelle, l'appelante n'est pas partie. De surcroît, l'appelante a souscrit une clause d'arbitrage avec la société Al Bahar les renvoyant vers un autre centre d'arbitrage, le CCI en l'occurrence. Néanmoins, la Cour d'appel de Paris a rejeté l'appel en s'appuyant sur l'exécution matérielle du contrat principal, avant la conclusion du contrat de sous affrètement. En effet, une pièce du dossier a prouvé cette exécution matérielle, signée trois jours après la conclusion du contrat principal de l'affrètement, et deux mois avant la conclusion le contrat de sous affrètement, par un représentant de Mabruk Oil, intitulé «*On hire certificate* », attestant que le navire Maridive était en état d'affrètement pour le compte de Mabruk Oil

⁵⁰⁸ ABDALLAH-MARTIN, Nadine : « L'extension et la transmission de la clause compromissoire : Vers une Lex Mediterranea ? ». op.cit. note n°497. P. 118.

⁵⁰⁹ Cour d'appel de Paris, 17 mars 2015, no 14/03992, Société Maridive Oil Services c/ Mabruk Oil Operations.

opération. Cette pièce prouve que cette dernière a exécutée directement, le contrat principal entre la société Mardive et la société Mabruk Oil. Par la suite, la Cour d'appel a conclu que Mabruk Oil est liée par la clause CRCICA souscrite par Mardive et Al Bahar et a ainsi, approuvé les arbitres de se déclarer compétents à l'égard des trois parties, même s'il existe un autre contrat prévoyant une autre clause d'arbitrage⁵¹⁰.

599. Cet arrêt a suscité de vives critiques par la doctrine. Ainsi, M. TRAIN pense que l'existence d'un seul document attestant la mise à disposition du navire à l'utilisateur final et faisant état d'un acte d'exécution matérielle, ne suffisait pas à fonder l'extension. Il avance aussi que l'existence d'une autre clause d'arbitrage incompatible avec celle prévue dans le contrat principal, constitue une manifestation expresse de la volonté des parties de se soumettre à un autre type d'arbitrage et dans un autre pays, en l'occurrence, la CCI de Paris. En outre, le mécanisme d'extension est un mécanisme d'exception ne devant intervenir que dans le silence des parties, ainsi, on ne pourrait le mettre en œuvre systématiquement et faire prévaloir la volonté implicite sur la volonté explicite.⁵¹¹

2- L'extension de la convention d'arbitrage entre l'État et ses émanations :

600. Une des questions retentissantes en matière de contrats de PPP est l'extension de la clause compromissoire signée par l'État à une de ses émanations ou inversement.

601. On entend par « *émanation de l'État* », tout entité ou organisme public, rattaché ou contrôlé par l'État et doté de la personnalité juridique.

602. On peut rapprocher entre la situation de la société mère et ses filiales qu'on a vu ci-haut dans l'affaire *Dow Chemical*, pour déduire une éventuelle extension d'une clause compromissoire consentie par l'organisme public, à l'État, ou *vice versa*. Or ce rapprochement est si délicat à cause de la double qualité de l'État. En fait, Ce dernier est d'une part, souverain et doté des prérogatives de puissance publique et d'autre part, un opérateur du commerce international⁵¹².

⁵¹⁰ TRAIN, François-Xavier, L'extension de la clause compromissoire — Chronique des années 2012-2017, op.cit. note n°507. Pp. 389.

⁵¹¹ TRAIN, François-Xavier, L'extension de la clause compromissoire — Chronique des années 2012-2017, op.cit. note n°507. pp 390

⁵¹² Ibid. p.391.

603. La jurisprudence a toutefois, utilisé ledit raisonnement entre l'État et ses émanations. Ainsi, selon l'affaire *Dallah*⁵¹³, on peut étendre une clause d'arbitrage signée par une émanation de l'État, à un État non signataire dès lors que ce dernier a eu une part prépondérante dans la négociation, l'exécution ou la terminaison du contrat⁵¹⁴.

604. En revanche, la Cour d'Appel de Paris, a annulé une sentence ayant étendu à l'État ; une clause compromissoire consentie par un organisme infra étatique sous sa tutelle. En effet, dans la célèbre affaire du Plateau des pyramides⁵¹⁵ ; un accord cadre a été signé le 23 septembre 1974 par le ministre égyptien du tourisme et EGOth (*Egyptian General Organization for Tourism and Hotels*) et d'autre par la SPP (une société dont le siège est à Hong Kong). Ce contrat ne contenait pas une clause compromissoire. Un mois après, un autre contrat a été conclu entre EGOth et SPP. La signature des parties (EGOth et SPP) dans la dernière page, a été suivie par la mention du Ministre du Tourisme « *Approved, agreed et ratified* ». L'État égyptien avait annulé le contrat, sous la pression internationale. Alors, la SPP assigna EGOth et l'État égyptien devant le tribunal arbitral. Ce dernier retint sa compétence à l'égard de l'État égyptien pour faire apparaître son consentement, en basant sur trois arguments : le premier réside dans la loi égyptienne sur l'investissement, en faveur de l'acceptation du recours à l'arbitrage en la matière ; le deuxième argument se base sur la notion de l'ensemble contractuel unifié et le dernier, c'est la signature du ministre égyptien du Tourisme. La Cour d'appel de Paris, dans un arrêt rendu en 1984, avait rejeté ces arguments et annula la sentence. Son motif est le suivant : la signature du ministre constitue une manifestation d'une tutelle administrative de l'État qui n'est, de ce fait partie ni au contrat ni à la convention d'arbitrage. La Cour de Cassation a également, rejeté le pourvoi contre cet arrêt⁵¹⁶.

⁵¹³ Dans cette affaire, le président pakistanais avait conclu un « *mémorandum of understanding* » avec la société Dalien, pour la construction de logements près de la Mecque, destinés aux pèlerins. Puis un trust avait été créé par le chef de l'État pakistanais. Ce Trust a conclu un contrat avec la société Dallah pour la réalisation effective de l'opération. Ce contrat contenant une clause compromissoire, a donné naissance à un litige. La société Dallah voulait étendre la convention d'arbitrage, puisque le Trust a cessé d'exister par la volonté du président pakistanais. Le juge français a établi que l'État a joué un rôle important dans la phase précontractuelle. C'est ainsi que la convention d'arbitrage a été étendue à l'État pakistanais. Cf. *Paris, le 17 février 2011, Affaire Dallah, Revue. Arbitrage* N° 2012.369, note F.-Xavier. Train ; *LPA, 11 novembre 2011* . note l -Ch delanoy.

⁵¹⁴ TRAIN, François-Xavier : « L'extension de la clause compromissoire — Chronique des années 2012-2017 » op.cit. note n°507.

⁵¹⁵ Sentence CCI du 16 février 1983, Plateau des pyramides, *Revue Arbitrage*, p. 126.

⁵¹⁶ ABDALLAH-MARTIN, Nadine : « L'extension et la transmission de la clause compromissoire : Vers une Lex Mediterranea ? ». op.cit. note n°497. P. 129.

3- L'extension à une société commune ou à une société cédée :

605. Un autre cas d'extension de la convention d'arbitrage dans les montages contractuels complexes. Il s'agit d'étendre la clause compromissoire souscrite par des actionnaires dans un contrat de *joint-venture*, à la société commune. En l'occurrence, la société de projet. En effet, cette dernière pourrait être partie à une convention d'arbitrage souscrite par ses actionnaires, même-si elle n'a pas signé ladite convention.

606. C'est ce qu'il a apporté l'arrêt de la Cour d'Appel de Paris, daté le 23 juin 2015⁵¹⁷, où la CNAN, établissement public algérien chargé du transport des marchandises, le frètement et l'affrètement de navires. Cet établissement a conclu un protocole d'accord de partenariat pour la création d'une société commune entre la CNAN d'une part, *Pharaon commercial Investment*, une société de droit saoudien, la société CTI et enfin M.X., une personne physique. Une année après, en exécution de l'accord, la CNAN a créé la société IBC dont elle était l'actionnaire unique, puis un contrat de cession de parts sociales a été conclu entre les quatre partenaires sus visés. Ce contrat contenait une clause d'arbitrage CCI à Paris et aussi, une promesse de prêt, émise par la société Pharaon. Ultérieurement, un désaccord a été intervenu sur la gestion de la société IBC et le remboursement du prêt. C'est ainsi que Pharaon et CTI ont saisi le tribunal arbitral contre la CNAN et IBC pour la résiliation du contrat de cession d'action et le contrat du prêt. Le Tribunal arbitrale a dans une sentence, retenu sa compétence et a fait droit à une parties de demandes. La CNAN et IBC ont formulé un recours en annulation contre cette sentence, en avançant l'incompétence du tribunal arbitral à l'égard de la société commune IBC, dès lors qu'elle n'est pas partie au contrat de cession d'action.

607. La cours d'appel de Paris a rejeté ce recours en relevant les éléments suivants : premièrement, IBC a signé de différentes annexes au contrat de cession, qui forment une partie intégrante de ce contrat, le deuxième élément est que ce contrat a créé des droits au profit de l'IBC, en l'occurrence, la promesse du prêt que l'IBC a accepté dans une annexe. Cela est considéré comme une stipulation pour autrui acceptée par le bénéficiaire, IBC. Et enfin, l'IBC a déjà exécuté certaines obligations prévues dans le contrat de cession des parts sociales. C'est à partir de ces éléments pertinents que la Cour d'Appel a déduit le consentement implicite de l'IBC par sa connaissance présumée des termes du contrat.⁵¹⁸

⁵¹⁷ Cour d'appel de Paris, 23 juin 2015, Société CNAN et autre c/ société CTI et autres.

⁵¹⁸ TRAIN, François-Xavier : « L'extension de la clause compromissoire — Chronique des années 2012-2017 ». op.cit. note n°507. P.405.

B- La transmission de la clause d'arbitrage

607. Le droit commun de l'arbitrage admet la transmission de la clause d'arbitrage à un tiers initial. Surtout en matière d'arbitrage international. Contrairement au mécanisme de l'extension, la transmission de la clause d'arbitrage est objective. En fait, c'est un mécanisme automatique qui ne requiert ni la volonté du tiers ni un comportement quelconque de ce dernier indiquant une volonté implicite de sa part.⁵¹⁹

608. La transmission de la clause d'arbitrage à une tierce personne est une question fréquente dans les contrats de PPP.

609. Plusieurs hypothèses peuvent surgir pour l'application de la transmission de la clause d'arbitrage insérée dans un contrat de PPP.

610. Tout d'abord, la cession requiert l'autorisation préalable du partenaire public. Donc, le cessionnaire agissant sans autorisation préalable régulière du partenaire public ne pourrait se prévaloir de la clause compromissoire, même si l'exécution du contrat par le cessionnaire est poursuivie. Telle est la position de la première chambre de la Cour de cassation, en avançant le caractère *intuitu personae* du contrat.⁵²⁰

611. Une deuxième question aussi requiert notre attention, c'est le sort d'une clause compromissoire insérée dans un contrat international dont les parties sont devenues toutes des nationaux résidents, par le biais de la cession. En effet, il est de mise qu'un opérateur étranger ayant souscrit une clause d'arbitrage avec un partenaire public, crée une filiale locale aux fins d'exécuter un contrat de PPP. Il peut aussi, s'associer à des actionnaires locaux majoritaires dans la filiale créée. De surcroît, il peut céder ses parts sociales à des nationaux résidents et se retirer totalement au contrat. C'est le cas dans les montages contractuels dans le domaine de dessalement de l'eau de mer, entrepris en Algérie. Dans ces contrats, un bon nombre de sociétés étrangères ont cédé leurs actions dans la société de projet à l'AEC, le partenaire algérien.

612. Une telle cession tend à internaliser le contrat et par conséquent, affecter l'arbitrabilité du contrat principal entre l'autorité concédante et le concessionnaire. Ce

⁵¹⁹ RACINE, Jean Baptiste : « *Droit de l'arbitrage* », op.cit. note n°240. p. 252.

⁵²⁰ Arrêt du 28 mai 2002 de la première chambre de cassation, Revue d'arbitrage, 2003, p. 397, note Cohen.

contrat deviendrait en principe, inarbitrable puisqu'il s'agit d'un contrat de concession d'ordre interne⁵²¹. Toutefois, la jurisprudence arbitrale se positionne autrement en admettant qu'un contrat BOT demeure un contrat de commerce international en dépit de ladite cession. C'est la position du tribunal arbitral à l'occasion de l'affaire liant la société Marafek libanais et le Ministère libanais des travaux publics et des transports⁵²². La Cour d'Appel de Paris est allée dans le même sens dans son arrêt du 10 septembre 1999, où elle a jugé que l'arbitrage n'est moins international, si les parties sont toutes des sociétés françaises. Le Conseil d'État libanais est allé dans ce sens, à l'occasion des affaires opposant l'État qui avait évoqué la nature interne du contrat, aux sociétés de téléphonie mobile.⁵²³

613. En outre, dans les contrats de PPP, le partenaire public peut subroger à son cocontractant ayant manqué à ses obligations contractuelles. La société de projet peut aussi le faire à ses sous-traitants, qu'ils soient des sociétés de constructions ou d'exploitation. Alors que plusieurs contrats contiennent la clause dite *step in right*.⁵²⁴ La jurisprudence française admet constamment, la transmission de la clause compromissoire demeurant valable en dépit de la subrogation d'une partie par une autre.⁵²⁵

Section 2 : L'arbitrage forcé comme une exception au caractère conventionnel de l'arbitrage

614. En dépit de la nature conventionnelle de l'arbitrage suivant laquelle, le tribunal arbitral ne peut trouver sa légitimité sans accord entre les parties, l'arbitrage forcé existe exclusivement dans certains droits comparés, surtout en matière interne. **(Sous-section 1).**

615. Selon qu'on le qualifie d'arbitrage forcé, imposé, obligatoire, légal, ou encore en anglais, *compulsory arbitration*. Selon M. Loquin, il s'agit d'un arbitrage résultant d'une obligation de la loi. Ainsi, les parties doivent soumettre leur différend à l'arbitrage. Étant obligatoire, l'arbitrage est donc, exclusif de la composante conventionnelle de l'arbitrage.

⁵²¹ Cf. Supra. § 305.

⁵²² Cf. WAKED JABER Rita : « *Le contrat administratif international : Essai d'une théorie générale à travers l'exemple du contrat BOT (Build, Operate and Transfer)* », op.cit. note n°172. 647.

⁵²³ Arrêt de la Cour d'Appel de Paris : 10 septembre 1999, Revue de l'arbitrage, observation Bureau.

⁵²⁴ Cf. Supra. §. 104.

⁵²⁵ Cf. WAKED JABER, Rita : « *La notion du contrat administratif international : Essai d'une théorie générale à travers l'exemple du contrat BOT (Build, Operate and Transfer)* », op.cit. note n°74 P. 648.

Cette dernière suppose que les parties aient renoncé à la compétence des juridictions étatiques et aient convenu de soumettre leurs litiges à un juge privé.⁵²⁶

616. Pour d'autres auteurs, l'arbitrage forcé est désigné comme une situation selon laquelle la loi impose aux parties une juridiction d'exception et décide d'appliquer à cette juridiction, le régime de l'arbitrage volontaire. Ainsi, au moins une partie au litige ne dispose pas du choix de recourir à l'arbitrage⁵²⁷.

617. Toutefois, ces auteurs voient que l'arbitrage forcé n'est pas un « arbitrage » au sens propre, puisque ce dernier a une origine nécessairement, conventionnelle. Ils le considèrent plutôt comme une juridiction d'exception⁵²⁸. Il existe à cependant, exceptionnellement pour résoudre des litiges d'ordre interne. Puis dans une manière de plus en plus rare, en matière de litiges d'ordre international (**Sous-section 2**). Ainsi, nous allons traiter sa légitimité sur les deux plans, interne et international.

Sous-section 1 : L'illustration de l'arbitrage forcé en droit interne

618. L'arbitrage imposé par l'État était un point marquant des anciens régimes socialistes, dont l'URSS et l'Algérie avant 1988. En URSS, l'arbitrage forcé entre les organisations socialistes, appelé aussi, l'arbitrage de l'État, l'arbitrage départemental ou bien *Gosarbitraj*, n'est pas fait pour dire le droit. Selon la conception socialiste, le but du droit est de régler les intérêts opposés des individus, alors pour les entreprises socialistes, les intérêts n'étaient pas opposés. Certes, ces entreprises socialistes avaient une autonomie, mais en définitif, elles étaient soumises au même maître. Ainsi, si un conflit se produisait entre elles, ce n'étaient pas des considérations de droit qui étaient décisives mais plutôt, des considérations d'opportunité et d'intérêts supérieurs de l'État.⁵²⁹

619. En Algérie, l'option socialiste adoptée avant 1988, avait favorisé l'arbitrage forcé au détriment de l'arbitrage volontaire⁵³⁰. L'ordonnance 75-44 du 17 juin 1975 relative à

⁵²⁶ LOQUIN, Éric : « Arbitrage commercial international -notion- », op.cit. note n°176. Fasc. 720, p. 20.

⁵²⁷ PINA, Andrea : « *Réflexions sur l'arbitrage forcé* », Les cahiers de l'arbitrage, vol V, Paris 2010, édition Pedon.

⁵²⁸ Cf. RACINE, Jean Baptiste : « Le droit de l'arbitrage », op.cit. note n°240.

⁵²⁹ René David : « *Légalité socialiste ou dépérissement du droit ?* ». Cahiers du Monde Russe, année 1961, pp. 56-87. https://www.persee.fr/doc/cmr_0008-0160_1961_num_2_1_1454 (Consulté le 02/09/2024).

⁵³⁰ TRARI-TANI Mostefa : « *L'arbitrage commercial international : Avec référence au droit et à la pratique des pays du Maghreb (Algérie, Libye, Maroc Mauritanie et Tunisie)* ». Op.cit. note. 184.

l'arbitrage obligatoire pour certains organismes⁵³¹ avait alors institué l'arbitrage obligatoire entre les entreprises socialistes de l'époque, et certains organismes publics.

620. Cette ordonnance avait exclu totalement de la compétence des tribunaux étatiques, tous les litiges relatifs aux droit patrimoniaux ou ceux nés de l'exécution des contrats de fournitures, de travaux et de services, opposant les entreprises socialistes, des unités autogérées à caractère agricole ou industriel, des coopératives d'anciens moudjahidine, des coopératives de la révolution agraire ainsi que des sociétés d'économie mixtes dans lesquelles l'État est majoritaire. Ces litiges étaient soumis obligatoirement à l'arbitrage exercé par une commission nationale d'arbitrage dont le siège est à Alger, composée par des arbitres choisis sur une liste d'agents de l'État. Ou bien au niveau local, par des commissions de Wilaya d'arbitrage.⁵³²

621. Alors que sur le plan international, les litiges à caractère international où le commerce extérieur avait été monopolisé par l'État, frappé par la règle de l'interdiction de compromettre en vertu de l'ancien code de procédure civile avant sa modification en 1993⁵³³.

622. Fort heureusement pour l'institution arbitrale, cet état n'a pas duré. L'ordonnance 75-44 a été abrogé par l'article 46 de la loi 88-04 modifiant et complétant l'ordonnance 75-59 portant code de commerce et fixant les règles particulières applicables aux entreprises publiques économiques⁵³⁴. Cependant, on peut trouver exceptionnellement, quelques traces de l'arbitrage forcé dans le droit algérien. A titre d'exemple, l'arbitrage exercé par les autorités de régulations entre les opérateurs économique. Tel est le cas de l'autorité de régulation des marchés publics et des délégations du service public, instituée par le décret présidentiel n°15-247 portant règlementation des marchés publics. Ce décret lui avait donné la compétence de statuer sur les litiges nés de l'exécution des marchés publics conclus avec les cocontractants étrangers⁵³⁵. Cette autorité n'a pas été mise en place et tombée en désuétude avec le nouveau code de marchés publics abrogeant le décret présidentiel n°15-247⁵³⁶.

⁵³¹Ordonnance n°75-44 du 17 juin 1975 relative à l'arbitrage obligatoire pour certains organismes, JORADO n°53 du 4 juillet 1975. P. 606, (abrogé).

⁵³²Article 1 et 2. Ibid.

⁵³³ Cf. Supra. §263.

⁵³⁴ L'article 46 de la loi 88-04 du 22 janvier 1988 modifiant et complétant l'ordonnance 75-59 portant code de commerce et fixant les règles particulières applicables aux entreprises publiques économiques, JORADP n°2 du 13 janvier 1988.

⁵³⁵ Cf. Supra. 379.

⁵³⁶ La loi n°23-12 du 05 août 2023 fixant les règles générales relatives aux marchés publics, op.cit. note n°352.

623. On peut citer encore quelques cas d'arbitrage qualifiés à tort ou à raison d'arbitrage forcé. C'est l'exemple de l'arbitrage attribué à quelques autorités de régulation. A titre d'exemple, la Commission de régulation de l'électricité et du gaz (CREG). Ainsi, elle a été instituée à son sein, une chambre d'arbitrage. Cette dernière statue sur les différends éventuels entre les opérateurs économiques à la demande de l'une des parties, à l'exception des litiges portant sur des droits et obligations contractuels.⁵³⁷ Nous pouvons relever le caractère obligatoire de cet arbitrage en déduisant l'absence du caractère consensuel de cet arbitrage, puisque la compétence a été attribuée à cette chambre, avec une simple demande unilatérale, sans accord préalable entre les parties et sur des litiges extracontractuels. La chambre arbitrale statue sur les différends par une décision motivée et exécutoire. A ce fait, elle est insusceptible de recours. Elle est dotée en outre, de pouvoir d'investigation et de désignation d'experts. Elle peut aussi, ordonner des mesures conservatoires, en cas d'urgence.⁵³⁸

624. En ce qui concerne le secteur de la poste et communication électronique, les litiges relatifs à la conclusion ou à l'exécution de l'accord de partage des infrastructures passives entre le bénéficiaire du dégroupage de la boucle locale, sont soumis à l'arbitrage de l'autorité de régulation indépendante de la poste et communication électronique⁵³⁹.

625. L'arbitrage forcé a été aussi pratiqué dans les pays développés. En droit suisse, on assiste à des applications de l'arbitrage forcé dans le cadre de l'assurance-maladie, où un tribunal arbitral statue sur les litiges survenus entre les assureurs et les fournisseurs de prestation. Encore, aux États-Unis où la politique est favorable à la résolution des différends par voie arbitrale, on trouve quelques cas d'arbitrage forcé dans certaines catégories de litiges. C'est le cas par exemple des litiges sportifs, où l'*American Arbitration Association (AAA)* se charge de trancher les litiges relatifs à la participation des sportifs représentant les États-Unis aux compétitions internationales. Ou encore les clauses dites « *Mandatory arbitration clauses* ». Ces clauses n'engagent en général, qu'une seule partie, réputée faible souvent. Cela

⁵³⁷ Article 133 de la loi 02-01 du 05 février 2002, relative à l'électricité et à la distribution du gaz par canalisation, JORADP n°08 du 06 février 2002.

⁵³⁸ article 135 et 137. Ibid.

⁵³⁹ Article 104 de la loi n°18-04 du 10 mai 2018 fixant les règles générales relatives à la poste et aux communications électroniques. JORAP n°27 du 13 mai 2018.

concerne le secteur public ou l'arbitrage portant sur les défaillances et les erreurs médicales.⁵⁴⁰

626. Le droit italien a régulièrement, pratiqué l'arbitrage forcé jusqu'à la déclaration de son inconstitutionnalité par la Cour constitutionnelle italienne. Cette dernière, dans sa décision n°177 datée du 14 juillet 1977, a déclaré l'inconstitutionnalité de l'arbitrage forcé, en s'appuyant sur les articles suivants : l'article 24 affirmant que chacun a le droit d'ester en justice, pour la protection de ses droits et intérêts légitimes ; l'article 25 prévoyant que nul ne peut être soustrait au juge naturel, désigné par la loi et l'article 102 al. 2 qui dispose qu'il ne peut être institué de juges extraordinaires ou spéciaux. Désormais, l'arbitrage forcé en Italie est tombé en désuétude.⁵⁴¹

627. Le droit français a connu aussi, des cas d'arbitrage forcé, mais la plupart d'eux sont disparus, pour n'en laisser subsister que quelques-uns, servant à régler les rapports de travail dans quelques professions libérales. A titre d'exemple, l'arbitrage de la commission arbitrale des journalistes qui devrait être saisie obligatoirement, pour trancher à la détermination des indemnités dues lorsqu'un licenciement survient après quinze années d'ancienneté, à l'occasion de commettre une faute grave et répétée. Pour la doctrine, en réalité, cette compétence attribuée à la compétence de la commission arbitrale des journalistes est une juridiction étatique. M. Jarrossan affirme que cette juridiction appartient à l'ordre judiciaire, puisque cette commission est présidée par un magistrat relevant de cet ordre. Même s'il s'agit d'une juridiction d'exception. Il avance encore que le seul dépôt de la sentence au greffe, lui revêt la force exécutoire, sans avoir besoin d'une ordonnance d'exequatur. Enfin, pour les questions préjudicielles, relevant au conseil des prud'hommes, ce qui déroge au principe suivant lequel, l'arbitre est juge de sa compétence.⁵⁴²

628. C'est ainsi que la notion de l'arbitrage forcé en droit interne a été critiquée par l'absence du consentement des parties au différend. Compte tenu de l'origine consensuelle de l'arbitrage. Certains font la distinction entre l'arbitrage volontaire et l'arbitrage forcé ou obligatoire.⁵⁴³ Tandis que d'autres refusent de qualifier une telle institution d'arbitrage et la voient plutôt comme étant une juridiction étatique d'exception.

⁵⁴⁰ DIALLO, Ousmane : « *Le consentement des parties à l'arbitrage international* », préf. Jean-Michel Jaquet, Puf, Paris 2010. Pp. 55.

⁵⁴¹ DIALLO, Ousmane : « *Le consentement des parties à l'arbitrage international* », op.cit. note 542. p. 61.

⁵⁴² LOQUIN, Éric : « Arbitrage commercial international -notion- », cit. note n°176. P.20.

⁵⁴³ Ibid. p.21.

629. Pour l'Algérie, attribuer une fonction juridictionnelle à des autorités de régulation indépendante, va à l'encontre de la constitution. Puisque cette dernière dispose que la création des juridictions devrait se faire par une loi organique. En plus, certains de ces autorités sont sous la tutelle de ministre des finances comme l'autorité de régulation des marchés publics et délégation de service public. Ce contrôle de tutelle remet en cause l'indépendance de ces autorités.⁵⁴⁴

Sous-section 2- L'illustration de l'arbitrage forcé dans les litiges d'ordre international

630. L'hypothèse de l'arbitrage forcé pour les litiges intéressant le droit du commerce international ne constitue même pas, une hypothèse d'école puisque le principe de l'autonomie de l'arbitrage y règne. On ne peut imaginer qu'un État puisse imposer le recours à une institution arbitrale, à travers son droit interne, à des opérateurs du commerce international.

631. Toutefois, cette question a été posée dans la pratique à l'occasion d'une affaire opposant une agence touristique libanaise Khayat et la compagnie aérienne roumaine Tarom « *Romanian Air Transport* ». Dans les faits, un contrat d'agence commerciale a été signé en 1985, par les deux litigants. Une clause compromissoire a été insérée dans ledit contrat, au profit de la Cour d'arbitrage de la Chambre de commerce et d'industrie de Bucarest. Le contrat d'agence commerciale a été résilié unilatéralement, par la société Tarom, à partir du 1^{er} janvier 1996. La chose qui n'a pas été admise par la société libanaise Khayat qui a assigné, le 13 mai 1996, la société Tarom devant la cour d'arbitrage pas sur la base de la clause compromissoire prévue par le contrat, mais en application d'une autre clause d'arbitrage prévue par l'accord de commerce et de paiement conclu entre la République socialiste de Roumanie et la République libanaise, le 6 décembre 1980, prévoyant l'arbitrage de la CCI à Paris.⁵⁴⁵ On est ici devant un cas d'arbitrage imposé par un traité étatique pour un litige opposant deux opérateurs privés, du commerce international.

⁵⁴⁴ TRARI-TANI, Mostefa *L'arbitrage commercial international : Avec référence au droit et à la pratique des pays du Maghreb (Algérie, Libye, Maroc, Mauritanie et Tunisie)* ». Op.cit. note n°184.

⁵⁴⁵ L'affaire CCI 9119/AC. Sentence inédite. In STERN, Brigitte : « *Un coup d'arrêt à la marginalisation du consentement dans l'arbitrage international - A propos de l'arrêt de la Cour d'appel de Paris du 1^{er} juin 1999-* » Revue de l'Arbitrage, Comité Français de l'Arbitrage 2000, Vol. 2000, Issue 3. Pp. 403-428.

632. La société libanaise a estimé l'inapplicabilité de la clause compromissoire consentie par les parties, à cause du changement des circonstances après les modifications législatives et réglementaires qui ont suivi la chute du mur de Berlin. L'arbitre CCI s'est déclaré compétent et a estimé que la clause compromissoire consentie par les parties, est devenue caduque, dans une sentence partielle sur la compétence, datée le 29 mai 1997.⁵⁴⁶

633. La société roumaine Tarom a formé un recours en annulation devant la Cour d'appel de Paris, en estimant que le tribunal arbitral a statué sans convention d'arbitrage. C'est ainsi que la Cour d'appel de Paris a annulé la sentence selon un arrêt rendu le 1^{er} juin 1999. Ainsi, elle a mis fin à l'admission de l'arbitrage forcé pour les litiges intéressant le commerce international, en décidant : « *L'arbitrage international qu'il se déroule en France ou à l'étranger, a un fondement nécessairement, conventionnel et relève à ce titre, exclusivement de la volonté commune des parties, laquelle est seule à pouvoir habiliter l'arbitre en lui conférant un pouvoir juridictionnel* »⁵⁴⁷

634. En ce qui concerne l'arbitrage d'investissement, nous allons voir dans le chapitre suivant que certains auteurs évoquent le caractère forcé de l'arbitrage d'investissement basé sur un instrument normatif de l'investissement, à savoir, l'arbitrage basé sur une loi nationale sur l'investissement ou bien un accord interétatique sur l'investissement. Ces auteurs ont intégré ce type d'arbitrage dans la catégorie de l'arbitrage sans accord des parties ou « *arbitration without privity*. ». Toutefois, la majorité de la doctrine et de la jurisprudence arbitrale confirme le caractère conventionnel de ce type d'arbitrage et l'accord des parties existe même s'il est décalé dans le temps⁵⁴⁸.

635. En revanche, nous pouvons affirmer que le seul cas réel de l'arbitrage forcé en matière d'investissement, réside dans l'arbitrage prévu par les accords d'Alger datés du 19 janvier 1981, entre les USA et la République Islamique de l'Iran suivant l'affaire des otages américains. Parmi ces accords (on en dénombre quatre), la déclaration de l'Algérie relative au règlement des réclamations entre le gouvernement des États-Unis et l'Iran prévoit la constitution d'un tribunal arbitral « *Le tribunal des réclamations irano-américains* » dont la mission est de prononcer sur les demandes formées par les nationaux américains contre le

⁵⁴⁶ . L'affaire CCI 9119/AC. Sentence inédite. In STERN, Brigitte : "Un coup d'arrêt à la marginalisation du consentement dans l'arbitrage international -A propos de l'arrêt de la Cour d'appel de Paris du 1er juin 1999- » op.cit. note 545. p. 405.

⁵⁴⁷ CA Paris, 1er juin 1999, JurisData numéro 1999-128526, JDI 2000, p. 370, note Éric Loquin.

⁵⁴⁸ Cf. infra. § 654.

gouvernement iranien et inversement, celles formées par les nationaux iraniens contre le gouvernement américain.⁵⁴⁹

636. Le but de ce recours à l'arbitrage réside dans la ferme volonté de chaque partie, de soustraire ses litiges de juridiction de l'autre. Par conséquent, même les ordres juridiques de ces deux pays en conflit, ne saurait être appliqué et c'est le droit international qui pourrait être l'ordre juridique de base auquel se réfère le tribunal arbitral⁵⁵⁰.

637. M. Fouchard affirme que : « *Ce qu'on appelle arbitrage forcé ou arbitrage obligatoire, qui est un mécanisme juridictionnel préétabli que les parties ne peuvent écarter pour les litiges, pour lequel est institué, n'est pas un véritable arbitrage car il ne repose pas sur une base conventionnelle* ».

⁵⁴⁹ JUIILLARD, Patrick : « *Le rôle joué par la République Populaire et Démocratique d'Algérie dans le règlement du contentieux entre les États-Unis d'Amérique et la République Islamique d'Iran* », AFDI, Année 1981, pp. 19-44.

⁵⁵⁰ Ibid. p.40. cf. aussi, DAILLIER, Patrick ; SZUREK, Sandra ; GHERARI, Habib et MÜLLER : « *Tribunal irano-américain de réclamations* » in. AFDI, Vol.45, 1999. https://www.persee.fr/doc/afdi_0066-3085_1999_num_45_1_3574 (Consulté le 02 septembre 2024).

Conclusion du chapitre 1 :

638. L'investiture du tribunal arbitral par le consentement des parties est une question clé dans l'arbitrage en droit commun. Ainsi, les parties donnent leur consentement pour saisir un tribunal arbitral avant la naissance du litige à travers une clause compromissoire ou bien après la naissance du litige, à travers le compromis d'arbitrage. L'arbitrage en matière de PPP n'en échappe pas mais avec quelques spécificités. En effet, la clause compromissoire devrait passer pas l'approbation par d'autres organismes étatiques hiérarchiques ou de tutelles.

639. Alors que pour les effets de souscrire une clause d'arbitrage sur les PPP, cette dernière comporte une renonciation de l'État de son immunité juridictionnelle. Un autre effet relatif à la spécificité des montages contractuels de PPP porte sur l'extension des clauses d'arbitrage souscrites par l'État contractant aux autres contrats de groupes pour l'unification du contentieux.

640. Enfin, le consentement pourrait exceptionnellement s'effacer devant l'existence de ce qu'on appelle l'arbitrage forcé, dont la qualification est contrastée par la doctrine entre des avis le considérant comme étant un arbitrage et ceux le considérant comme une juridiction étatique d'exception.

Chapitre 2 : Le consentement à l'arbitrage basé sur un instrument normatif d'investissement

641. Étant un contrat d'investissement, le contrat de PPP dont l'un des partenaires privés a une nationalité étrangère peut se baser sur une offre unilatérale d'arbitrage. Cette dernière peut consister en un traité bilatéral d'investissement conclu entre l'État hôte de l'investissement et l'État d'origine de l'investisseur étranger, ou bien une loi sur l'investissement offrant à l'investisseur privé le droit au recours à l'arbitrage. Ces instruments ont élargi la compétence du CIRDI au-delà de la compétence classique attribuée par le biais du consentement classique entre les parties à savoir la clause compromissoire et le compromis d'arbitrage.

642. Ainsi est-il nécessaire de vérifier le caractère conventionnel de tels instruments normatifs d'investissement sur lesquels se base l'arbitrage d'investissement (**Section 1**). De surcroît, Ces instruments ont trouvé leur place dans l'arbitrage d'investissement, en dépit du consentement des parties sur le recours aux tribunaux locaux via l'insertion d'une clause attributive de juridiction au profit des tribunaux étatiques de l'État d'accueil. Nous allons étudier la coexistence de cette clause avec une offre publique d'arbitrage (**Section 2**).

Section 1 : La nature juridique de l'offre publique de l'arbitrage

643. En dépit de la convention de l'arbitrage constituant la source classique du consentement, l'offre publique a trouvé sa place comme base sur laquelle se repose l'arbitrage d'investissement (**Sous-section 1**). Cependant, la doctrine s'est divisée sur la question de son caractère conventionnel (**Sous-section 2**).

Sous-section 1 : La genèse de l'offre publique de l'arbitrage

644. L'avènement de l'offre publique d'arbitrage remonte au début des années 1990, où les tribunaux arbitraux commençaient à déclarer leur compétence, non sur une convention d'arbitrage mais sur une offre publique d'arbitrage. Cette dernière prend deux formes, soit celle d'un traité bilatéral ou multilatéral d'investissement ou d'un code national d'investissement. Il s'agit des sentences historiques rendues sous l'auspice du CIRDI et ayant défrayé la chronique depuis les années 1990.

645. La première sentence rendue en juin 1991, liant la Société anglaise *AAPL* contre le Sri Lanka⁵⁵¹, où le tribunal arbitral a admis pour la première fois qu'un investisseur privé puisse engager une procédure arbitrale contre un État hôte sur le fondement d'un traité bilatéral d'investissement conclu entre le Sri Lanka et le Royaume Uni. Ce TBI contenait une offre d'arbitrage que l'investisseur pourrait éventuellement, l'accepter⁵⁵².

646. La deuxième sentence liait la société *Southern Pacific Properties (middle East)* contre l'État égyptien⁵⁵³. Le tribunal arbitral statuant sous les auspices du CIRDI, a pour la première fois, admis que l'offre publique d'arbitrage peut être exprimée dans une loi nationale d'investissement. Ainsi, l'investisseur étranger peut engager une instance arbitrale sur le fondement du code d'investissement de l'État hôte⁵⁵⁴.

647. Depuis, le CIRDI ne cesse de retenir sa compétence sur la base des TBI ou sur des lois nationales sur l'investissement, et aussi les traités multilatéraux de protection des investissements (TMI) à caractère régional. Ainsi, au niveau de l'Amérique du nord, on cite l'Accord de Libre Échange entre Canada- États-Unis-Mexique (*ACEUM*). En revanche, les pays de l'Amérique du Sud ont conclu le protocole de Colonia de 1994 pour la promotion et la protection des investissements dans le cadre du *MERCOSUR*. Au niveau Européen, le traité de Lisbonne sur la Charte de l'énergie de 1994 regroupant 51 États et l'Union Européenne, et précédemment, au niveau du Sud-Est d'Asie, un traité similaire sur l'investissement qui a été déjà conclu en 1987 entre les pays membre de l'ASEAN⁵⁵⁵.

648. On peut citer d'autres exemples importants d'intégration régionale, comme la zone de libre-échange tripartite entre les États membres des organisations régionales africaines suivantes : la EAC (Communauté des États d'Afrique de l'est), le COMESA (Le Marché commun des États d'Afrique australe et de l'est) et la SADC (la Communauté de

⁵⁵¹ Asian Agricultural Products Ltd. v. Republic of Sri Lanka, ICSID Case n° ARB/87/3, 27 juin 1990, 30 ILM 577 (1991).

⁵⁵² BEN HAMIDA, Walid : « L'intégration imparfaite de l'arbitrage d'investissement dans le droit de l'OHADA », op.cit. note n°397. Cette sentence a été rendue par M. A. El KOCHERI, Président, M. B. Goldman et M. S. Asante ayant une opinion dissidente. C.f. GAILLARD, Emmanuel : « L'arbitrage sur le fondement des traités de protection des investissements », Revue de l'arbitrage, 2003, n°3.

⁵⁵³ SPP Middle East Ltd c/ Arab Republic of Egypt, ICSID Case n° ARB/84/3, sentence sur la compétence datée du 27 novembre 1985.

⁵⁵⁴ BEN HAMIDA, Walid : « L'intégration imparfaite de l'arbitrage d'investissement dans le droit de l'OHADA » op.cit. note °379.

⁵⁵⁵ LEBEN, Charles : « La responsabilité internationale de l'État sur le fondement des traités de promotion de l'investissement », AFDI, Vol 50, 2004, p. 683.

développement d'Afrique australe). Cette zone a été créée en juin 2015 par l'accord de Sharm-el-Sheikh⁵⁵⁶.

649. Afin d'encourager l'investissement étranger, certains législateurs ont approuvé le recours à l'arbitrage sur la base d'un TBI. C'est l'exemple du législateur algérien dans l'article 12 de la loi relative à l'investissement ayant ouvert à l'investisseur l'option entre le recours à l'arbitrage sur la base d'un TBI ou TMI ratifiée par l'Algérie ou un compromis d'arbitrage entre l'Agence Nationale de Développement de l'investissement ou bien, les juridictions algériennes compétentes⁵⁵⁷. Curieusement, Cet article n'a pas mentionné la clause compromissoire comme une base de recours à l'arbitrage international, cela pourrait être interprété comme une prohibition d'insertion de telles clauses dans les contrats d'investissement conclus l'État algérien.

650. En effet, l'Algérie a ratifié plusieurs TBI attribuant la résolution des litiges à la compétence du CIRDI. Nous prenons l'exemple de l'article 8 du TBI conclu entre l'Algérie et la France prévoyant une clause de règlement des différends renvoyant le litige au CIRDI :

« 1- Tout différend relatif aux investissements entre une des parties contractantes et un national ou une société de l'autre partie contractante, est autant que possible réglé à l'amiable entre les deux parties concernées.

*1- Si un tel différend n'a pu être réglé à l'amiable dans délai de six (6) mois, à partir du moment où il a été soulevé par l'une des parties au différends soit à la juridiction compétente de la partie contractante impliquée dans le différend, soit à l'arbitrage du centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI) crée par la convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre État et ressortissants d'autres États, signée à Washington le 18 mars 1965 ».*⁵⁵⁸

651. A partir des débuts des années 2000, tandis que le le nombre d'affaires basées sur une convention classique d'arbitrage reste constant, le nombre des affaires pendantes devant

⁵⁵⁶ AUDIT, Mathias : « Droit des investissements internationaux », Synthèse, JCI. Droit international. Fasc.572-42 et s. Actualisé par CAZALA Juilen, date de fraîcheur 15 juin 2020. (Document consulté sur <https://www.lexis360.fr> Encyclopédies. Téléchargé le 23/08/2020).

⁵⁵⁷ Article 12 de la loi n°22-18 du 24 juillet 2022 relative à l'investissement, JORADP n°50 du 28 juillet 2022.

⁵⁵⁸ Accord entre le Gouvernement de la République Algérienne démocratique et populaire et le Gouvernement de la République française sur l'encouragement des investissements et l'échange de lettres y relatifs, signé à Alger le 13 février 1993 et ratifié par le décret présidentiel n°94-01 du 2 janvier 1994, JORADP n°1 du 2 janvier 1994.

le CIRDI sur la base d'un TBI tend à se doubler. Il était à 7 en 1999, 9 en 2000, 12 en 2001, puis 16 en 2002. M. Gaillard prévoyait en 2003 que dans les années à venir, cette croissance se poursuivra⁵⁵⁹. Ces offres unilatérales sont à l'origine de 80% des affaires attribuant au CIRDI et autres tribunaux arbitraux, la compétence sans convention classique d'arbitrage⁵⁶⁰.

652. L'arbitrage sur le fondement d'un traité s'est développé aussi, en dehors du CIRDI. Il s'agit des affaires traitées dans le cadre du traité sur la Charte de l'Énergie permettant le recours à l'arbitrage international, en application du règlement de la CNUDCI. Certaines affaires tranchées dans le cadre de l'ALENA (actuellement, ACEUM) ont donné lieu, également au recours à l'arbitrage sur la base des TMI⁵⁶¹.

653. Par ailleurs, l'article 3 de l'acte uniforme de l'OHADA a officialisé ce fondement consensuel lors de sa réforme par le Conseil des ministres OHADA, tenue à Conakry le 23 et le 24 novembre 2017. Cet article dispose en effet que : « *L'arbitrage* peut être fondé sur une convention d'arbitrage ou sur un instrument relatif aux investissements, notamment un code des investissements ou un traité bilatéral ou multilatéral relatif aux investissements »⁵⁶².

Sous-section 2 : Le débat sur l'existence du consentement dans l'offre publique de l'arbitrage

654. Les personnes de droit public, détentrices de position de force dans les contrats de PPP, affichent traditionnellement une attitude réticente vis-à-vis le recours à l'arbitrage par voie contractuelle, c'est-à-dire le recours à la convention d'arbitrage sous ses deux formes, clause compromissoire ou compromis d'arbitrage. En effet, les règles de mise en concurrence, censées superviser le processus de passation de ces contrats tend à consolider cette position hostile des partenaires publics qui préfèrent recourir à leurs propres tribunaux internes.

655. Cependant, on assiste à une expansion du recours à l'arbitrage en vertu des TBI et codes internes d'investissement, en vue d'encourager et d'attirer les investissements

⁵⁵⁹ GAILLARD, Emmanuel : « L'arbitrage sur le fondement des traités de protection des investissements », op.cit. note n°554.

⁵⁶⁰ LEMAIRE, Sophie : « Arbitrage d'investissement et Union Européen », op.cit. note n°355.

⁵⁶¹ GAILLARD, Emmanuel : « L'arbitrage sur le fondement des traités de protection des investissements », op.cit. note n°554.

⁵⁶² OHADA : « Acte Uniforme relatif au droit de l'arbitrage », Conakry, 23 novembre 2017, Journal Officiel de l'OHADA spécial du 15/12/2017. https://www.ohada.com/textes-ohada/actes-uniformes.html?download=pdf&text=AUA-2017_fr

étrangers. En effet, on compte depuis la fin de la deuxième guerre mondiale plus que 2000 TBI conclus entre les États⁵⁶³. Il s'agit d'une offre consentie dans un TBI par l'État d'accueil pour soumettre ses litiges futurs avec les investisseurs de l'État contractant. Cette offre pourrait être acceptée par l'investisseur après la naissance du litige, en soumettant le litige au tribunal arbitral compétent en vertu de ce TBI.

656. Certes, l'arbitrage basé sur le fondement d'une TBI ou un code national d'investissement, qualifié par certains auteurs, d'arbitrage unilatéral⁵⁶⁴ paraît de prime abord, d'une nature non conventionnelle semblable à un arbitrage forcé. Puisque l'État ne connaît pas encore son investisseur et a émis une offre générale sans déterminer ses cocontractants investisseurs. (§1). En revanche, la majorité de la doctrine s'entend à rattacher le caractère conventionnel de l'arbitrage unilatéral basé sur un TBI ou sur un code national d'investissement. Dans la mesure où les deux parties échangent leurs consentements même si cet échange est décalé dans le temps, l'État ayant déjà émis une offre d'arbitrage à travers un TBI ou un code d'investissement, puis ultérieurement, l'investisseur en soumettant sa requête devant le tribunal arbitral compétent, accepte le recours à cette offre⁵⁶⁵ (§2).

§1- Les thèses soutenant le caractère forcé de l'arbitrage basé sur un TBI ou un code national d'investissement

657. Le recours à l'arbitrage sur la base d'un TBI ou d'une loi nationale sur l'investissement de l'État d'accueil, est considéré par une partie de la doctrine, dénué de toute base consensuelle. Il est considéré ainsi, comme étant un arbitrage forcé.

658. Les termes de certains TBI et la manière dont ils sont rédigés, confirment ce point de vue. C'est l'exemple du TBI conclu entre la France et le Zaïre prévoyant que les contrats d'investissement conclus entre un État et les investisseurs de l'autre État contractant doivent comporter obligatoirement, une clause stipulant que les différends relatifs aux investissements, devront être soumis, à l'arbitrage du CIRDI, au cas où un accord amiable ne

⁵⁶³ LEMAIRE, Sophie : « *Les contrats internationaux de l'administration* » op.cit. note n° 172.

⁵⁶⁴ BEN HAMIDA, Walid : « *L'arbitrage transnational unilatéral : réflexions sur une procédure réservée à l'initiative d'une personne privée contre une personne publique* », Thèse de Doctorat en droit de L'université Panthéon Assas (Paris II), soutenue le 24 juin 2003.

⁵⁶⁵ KAUFMANN-KOHLER, Gabrielle : « *L'arbitrage d'investissement : entre contrat et traité- entre intérêt privés et intérêt public* » op.cit. note n°356.

pourrait intervenir à bref délai⁵⁶⁶. Il en va de même pour l'Accord de protection de l'investissement, conclu entre la Mongolie et la Belgique, el 03 mars 1992. Prévoyant que : « à défaut d'un règlement à l'amiable, dans les six mois à compter de la notification du différend, ce dernier est soumis à l'exclusion de tout autre recours juridique, à l'arbitrage international du CIRDI »⁵⁶⁷.

659. M. JUILLARD a confirmé le caractère consensuel de l'arbitrage basé sur un instrument normatif. En revanche, il qualifie d'arbitrage forcé ou obligatoire, l'arbitrage dont les parties n'ont d'autre voie que la voie arbitrale pour le règlement de leurs différends. En d'autres termes, l'arbitrage forcé ne peut résulter que de la volonté de l'État qui l'impose comme mode exclusif de règlement des différends, par la suite, l'investisseur étranger n'a d'autre voie pour le règlement de différends, que l'arbitrage imposé par l'État. Suivant la nature forcée de cet arbitrage, on est devant une disparition du fondement consensuel de l'arbitrage n'ayant pas besoin que les parties manifestent ou ne manifeste pas leur consentement. C'est ce que M. Paulsson a qualifié de « *Arbitration without privity* ».⁵⁶⁸

660. Pour d'autres, on doute du caractère réellement consensuel de l'arbitrage basé sur un TBI ou une loi sur l'investissement. On est ici devant deux écoles : la première favorise l'investisseur et se préoccupe de la liberté du consentement de la partie étatique (A) tandis que la deuxième, prend le parti inverse et considère que l'État a déjà consenti l'arbitrage avec un instrument conventionnel (TBI, AII) ou légal (loi sur l'investissement) et se préoccupe du consentement du partenaire privé. (B). Donc, l'arbitrage basé sur un TBI ou un code national d'investissement est volontaire juste pour une partie et obligatoire pour l'autre. Alors que l'arbitrage forcé qu'on a abordé, suppose l'absence de volonté pour les deux parties et non pas à une seules.⁵⁶⁹

⁵⁶⁶ DIALLO, Ousmane : « *Le consentement des parties à l'arbitrage international* », op.cit. note n°542.

⁵⁶⁷ Ibid. p.183.

⁵⁶⁸ JUILLARD, Patrick: « *Arbitrage forcé (Arbitration without privity)* », Communication orale présentée lors de la conférence organisée par l'Association Droit et Affaire, le 22 mai 2008. Sur le thème suivant : « *Choix de mécanismes de règlement des différends investisseur/État (étude comparative des mécanismes : CIRDI, CNUDCI et CCI)* ».

⁵⁶⁹ Ibid. p.12

A- Les avis doctrinaux basés sur l'intégrité de la volonté de l'État

661. Une partie de la doctrine considère que le consentement déduit d'un traité ou d'une loi est insuffisant pour que le tribunal arbitral en conclue que l'État a accepté, d'une façon irrévocable sa compétence. Puisque l'État au moment de l'acceptation n'a pas encore connu ni l'identité de son adversaire ni la nature du litige. Ainsi, l'État a le droit d'apprécier l'opportunité de l'arbitrage comme un mode pertinent de règlement des différends, au cas par cas comme c'est le cas pour tous les justiciable. Alors que certains auteurs vont jusqu'à l'admission que l'arbitrage basé sur une loi sur l'investissement ou traité d'investissement viole la souveraineté de l'État puisque ce dernier n'a pas donné réellement, son consentement à l'arbitrage⁵⁷⁰. D'autres auteurs évoquent le caractère non réciproque et déséquilibré de l'arbitrage basé sur un instrument normatif. Ces auteurs mettent un sérieux doute sur la réalité du consentement de l'État, étant donné que seulement l'investisseur qui dispose d'un droit de saisir le tribunal arbitral, alors que l'État ne peut le faire dès lors que l'investisseur n'a pas manifesté son acceptation de l'arbitrage basé sur un TBI ou une loi sur l'investissement⁵⁷¹.

B- Les avis doctrinaux basés l'intégrité de la volonté de l'investisseur privé

662. Une autre partie de la doctrine tient le consentement de l'État pour acquis. Ce courant se préoccupe plutôt de l'effectivité du consentement de l'investisseur privé. C'est l'opinion de M. Santulli qui constate dans l'offre de l'arbitrage basé sur une loi ou un traité international d'investissement, une absence d'accord entre les parties. Il invoque ainsi, « *une situation banale du droit international qui permet à l'État, d'organiser l'arbitrage au profit – mais en réalité aussi, au dépens- des sujets internes.... Rien n'empêche qu'un traité dispose du consentement des individus...* »⁵⁷².

663. Ce courant estime que l'arbitrage basé sur un instrument normatif a une nature forcée ou faiblement consentie. La question du consentement devrait s'apprécier plutôt par rapport à l'investisseur. Le consentement de ce dernier, même s'il existe, est-il réellement, libre ? M. DIALLO en doute puisqu'il voit que les TBI même s'ils offrent une ou plusieurs options pour le règlement des différends, ne donnent pas à l'investisseur privé, la liberté entière pour consentir un autre mode de règlement des différends. De surcroit, si ces accords n'envisagent

⁵⁷⁰ FILLE-LAMBIE, Olivier et LONCLE, Jean-Marc : « *L'arbitrage dans les grands projets de concession de service public : Aspects de droit français et de droit OHADA* », RDAI, 2003, n°1.

⁵⁷¹ DIALLO, Ousmane : « *Le consentement des parties à l'arbitrage international* », op.cit. note n°542.

⁵⁷² SANTULLI, Carlo : « *Droit du contentieux international* » L.G.D.J. Montchrestien, Paris, 2005.

qu'un seul mode arbitral de résolutions des litiges, l'investisseur voit ici sa volonté se réduire et il n'a qu'à choisir entre deux modes l'arbitrage prévu par le TBI ou une loi sur l'investissement choisie par l'État d'accueil, ou bien les juridictions locales de l'État d'accueil. Il renonce à cet effet, à toute procédure contentieuse lui offrant plus de garanties. Ce qui rapproche selon ce courant, l'arbitrage basé sur instrument normatif, à un arbitrage forcé.⁵⁷³

664. Toutefois, la nature consensuelle de ce type d'arbitrage ne peut être niée ni controversée. Le consentement de la partie étatique est présent, il se manifeste au niveau interétatique pour les cas des TBI et à travers le parlement en édictant une loi sur l'investissement.

665. En revanche, la mise en œuvre de la procédure arbitrale n'est possible que si l'investisseur prend l'initiative de saisir le tribunal arbitral, en acceptant l'arbitrage comme mode de règlement des différends prévu par un TBI ou un code national d'investissement. L'investisseur n'est d'ailleurs, ni contraint ni contourné. M. LOQUIN, Éric avance, « *Ainsi, même si un traité international crée une obligation pour les opérateurs économiques de se soumettre à un arbitrage international, à lui seul, il ne peut imposer cette clause en l'absence de consentement de l'opérateur économique* ». Mme Stern en approuve en considérant qu'à la différence de ce qu'on constate en matière d'arbitrage interne, il ne peut y avoir de mécanisme de l'arbitrage forcé dans l'ordre international.⁵⁷⁴

666. En somme, le recours de l'investisseur à l'arbitrage ne s'impose par à lui. Sa volonté est manifestement exprimée par ce recours alors qu'il aurait pu saisir les juridictions locales de l'État hôte. A cet effet, on ne peut que conclure que par cette saisine, il accepte l'arbitrage et rien ne permet de déduire la nature forcée de l'arbitrage basé sur un traité ou sur une loi sur l'investissement⁵⁷⁵.

⁵⁷³ DIALLO, Ousmane : « *Le consentement des parties à l'arbitrage international* », op.cit. note n°542.

⁵⁷⁴ STERN, Brigitte : « *Un coup d'arrêt à la marginalisation du consentement dans l'arbitrage international (A propos de l'arrêt de la Cour d'Appel de Paris du 1 juin 1999)* » ; op.cit. note n°516.

⁵⁷⁵ DIALLO, Ousmane : « *Le consentement des parties à l'arbitrage international* », op.cit. note n°542.

§2- les thèses soutenant le caractère consensuel de l'arbitrage basé sur un instrument normatif de l'investissement

667. La majorité de la doctrine s'accorde sur le caractère consensuel de l'arbitrage basé sur un instrument normatif tel que les AII, TBI et les lois nationales sur l'investissement.

668. C'est ainsi que la doctrine s'est basée sur la théorie de l'offre pour confirmer le caractère consensuel de cet arbitrage **(A)**. En revanche, une autre partie de la doctrine use de la théorie de la stipulation pour autrui pour justifier le caractère consensuel de l'arbitrage basé sur un instrument normatif **(B)**.

A- La théorie de l'offre de l'arbitrage

669. M. GAILLARD confirme le caractère consensuel de l'arbitrage basé sur un AII ou une loi sur l'investissement en se basant sur la théorie de l'offre. Selon lui, contrairement à l'arbitrage classique où les parties s'entendent pour le recours à l'arbitrage dans un acte unique, qu'il soit une clause compromissoire ou un compromis d'arbitrage. Le consentement des parties dans l'arbitrage basé sur un TBI ou un code d'investissement se manifeste dans deux actes dissociés.⁵⁷⁶

670. En effet, l'État émet dans un instrument de protection de l'investissement, une offre générale de contracter que les litiges relatifs à l'investissement protégé par cet instrument, pourront être réglés par le recours à l'arbitrage. L'acceptation de l'investisseur étranger n'est manifestée qu'à travers la saisine du tribunal arbitral désigné par ledit instrument de protection, à savoir, un AII, TBI ou un code national d'investissement. C'est au moment de former la demande d'arbitrage que la convention d'arbitrage serait conclue en se reposant ainsi, sur la volonté commune des parties⁵⁷⁷.

671. Certains auteurs considèrent l'offre exprimée dans un TBI ou une loi étatique comme une invitation permanente de soumettre les différends, destinée aux investisseurs étrangers⁵⁷⁸.

⁵⁷⁶ GAILLARD, Emmanuel : « L'arbitrage sur le fondement des traités de protection des investissements », op.cit. note n°554.

⁵⁷⁷ Ibid. p. 859

⁵⁷⁸ BARAMBONA, Jean Marie et NZOHABONAYO, Anaclet : « *Conceptualisation du consentement dans l'arbitrage d'investissement encadré par le CIRDI* », in. European Scientific Journal, éd. Décembre 2018, vol 14. <http://dx.doi.org/10.19044/esj.2018.v14n35p327> (consulté le 25 août 2024).

672. La théorie de l'offre connaît à l'heure actuel un immense succès de la part de la doctrine. LEBEN, C. voit que l'accord compromissoire est tout simplement, décalé dans le temps.⁵⁷⁹

673. La jurisprudence arbitrale a suivi ce raisonnement dans l'affaire SGS contre les Philippines en disposant dans la sentence « *The parties have consented in writing to ICSID arbitration. It is generally, accepted that consent to ICSID jurisdiction may be given in any way.....or by any offer made by State, in treaty which is accepted by the investor* »⁵⁸⁰.

674. Toutefois, malgré le succès de la théorie de l'offre et sa notoriété en doctrine, quelques auteurs évoquent des difficultés.

675. Parmi ces difficultés, on évoque le problème de qualification de l'accord émanant de l'offre étatique et l'acceptation de l'investisseur. Cet accord demeure inqualifiable et ne peut être classifié ni comme une clause compromissoire, puisque l'acceptation ne se produit qu'après la naissance du litige, ni comme un compromis d'arbitrage, puisque l'offre étatique est manifestée avant la naissance du litige. M. BENHAMIDA, W. remarque que « *L'offre d'arbitrage s'apparente à une composante de la clause compromissoire, alors que l'acceptation se rapproche d'une composante du compromis d'arbitrage. La concordance des consentements dissociés, n'est ni un compromis ni une clause compromissoire* » il ajoute qu'il s'agit en quelque manière d'une clause d'arbitrage mixte⁵⁸¹.

B- La théorie de la stipulation pour autrui

676. La théorie de stipulation pour autrui est une des théories reconnues en droit comparé comme une exception du principe de l'effet relatif du contrat connu quant à lui par le droit anglo saxon par, *the privity of contract*.

677. La stipulation pour autrui a été reconnu par le code civil algérien dans son article 116, lequel dispose « *On peut stipuler en son propre nom ; au profit d'un tiers ; lorsqu'on a un intérêt personnel matériel ou moral, à l'exécution de l'obligation stipulée..., »*.

⁵⁷⁹ LEBEN, Charles : « *La théorie du contrat d'État et l'évolution du droit international des investissements* ». éd. RCADI, 2003, tome 302.

⁵⁸⁰ CIRDI : affaire ARB/02/6 Société Générale de Surveillance contre Philippines <https://icsid.worldbank.org/cases/case-database/case-detail?CaseNo=ARB/02/6> (consulté le 25/08/2024)

⁵⁸¹ BENHAMIDA, Walid : « *L'arbitrage transnational unilatéral : réflexions sur une procédure réservée à l'initiative d'une personne privée contre une personne publique* », note n°566.

678. Les adeptes de la théorie de stipulation pour autrui apprécient son opportunité pour justifier le caractère consensuel de l'arbitrage basé sur un instrument normatif. Par principe, le bénéficiaire, pourrait se prévaloir des avantages et droits qui lui sont favorables, issus du contrat passé entre le stipulant et le promettant.

Section 2 : La problématique de la coexistence d'un TBI et d'une clause attributive de juridiction dans un contrat de PPP

679. Il est fréquent que les parties au contrat de PPP consentent sur une clause attributive de compétence au profit de la juridiction locale du partenaire public, avant la naissance du litige. Alors que la partie publique a déjà consenti avec l'État national de son partenaire privé, le recours à un tribunal arbitral. Cette situation a été posée maintes fois devant le CIRDI.

680. Les tribunaux arbitraux exerçant sous l'auspice du CIRDI, retiennent toujours leur compétence, en dépit de l'existence d'une clause attributive de compétence au profit des tribunaux locaux de l'État d'accueil.

681. C'est l'exemple de l'affaires *Lanco c/Argentine* et aussi, l'affaire *Salini c/Maroc*⁵⁸². En l'espèce, la société américaine *Lanco* avait conclu un contrat de concession avec l'État argentin, pour l'exploitation d'un terminal portuaire dans la ville de Buenos Aires. L'article 12 dudit contrat prévoyait que devant être soumis aux tribunaux administratifs de Buenos Aires, tout différends résultant de l'interprétation et de l'application du contrat. Cependant, le concessionnaire *Lanco* a présenté une demande devant le CIRDI en se basant sur un TBI conclu entre l'Argentine et l'USA. Cela malgré l'existence d'une clause attributive de juridiction dans le contrat de concession⁵⁸³.

682. Dans l'affaire *Salini c/Maroc*, nous assistons à une situation similaire, ainsi *Salini* une société italienne ayant conclu avec une entité infra étatique marocaine, un contrat de concession pour la construction d'une autoroute au Maroc. Ce contrat contient une clause de juridiction qui renvoie la résolution des différends aux tribunaux administratifs marocains.

⁵⁸² SILVA ROMERO, Edouardo et CAROLINA SIMÔES E SILVA, Ana Carolina : « *L'arbitrage CIRDI et les contrats de nature publique passés avec un État ou une entité étatique* » in. AUDIT Mathias « Contrats publics et arbitrage » édition Bruylant, Bruxelles 2011. Pp. 25.

⁵⁸³ Ibid. p.31.

Pour retenir sa compétence, le tribunal arbitral s'est exprimé sur l'incidence de telle clauses sur sa compétence, en adoptant deux approches :

683. Dans la première approche le tribunal arbitral a considéré l'inexistence d'une véritable clause de choix de for, en l'espèce ; que la compétence des tribunaux administratifs est la conséquence naturelle de la nature publique ou administratif du contrat et ne pourrait en aucun cas être considérée comme un véritable choix du for.

684. Tandis que la deuxième approche consiste à considérer la clause de juridiction comme étant une option dans les mains de l'investisseur. Ainsi, l'offre publique à l'arbitrage exprimée dans le traité laisse le choix à l'investisseur entre le recours à l'arbitrage ou bien, aux tribunaux de l'État d'accueil⁵⁸⁴.

685. Il y'a d'autres approches pour attribuer la compétence au CIRDI, il s'agit de la différenciation entre les demandes concernant la violation du contrat « *contract claims* » et les demandes concernant la violation du traité « *treaty claims* » (§1). Il en va en outre, une possibilité d'élargir la compétence du CIRDI quand il s'agit d'une présence d'une *umbrella clause* » incorporée au traité (§2). Ou bien, de faire jouer la clause de la nation la plus favorisée pour éviter des exigences procédurales ou substantielles sur le recours à l'arbitrage (§3).

Sous-section 1 : La différenciation entre « *contract claims* » et « *treaty claims* »

686. Une autre question surgissant en cas de coexistence d'un TBI renvoyant les litiges au CIRDI en présence d'une clause attributive de juridiction au profit des tribunaux locaux de l'État hôte de l'investissement, incorporée au contrat d'investissement. En effet, le conflit de compétence entre les juridictions locales et le CIRDI génère une question très courante qui consiste à la différenciation entre les requêtes basées sur un contrat -*Contract claims*- et celles basées sur un TBI -*Treaty claims*-.

687. En effet, le recours aux tribunaux locaux de l'État d'accueil et l'application du droit de l'État contractant, pousse l'investisseur à craindre que son litige ne serait pas tranché d'une façon satisfaisante. Alors, il préfère de passer à la voie internationale lui procurant plus

⁵⁸⁴ SILVA ROMERO, Edouardo et CAROLINA SIMÕES E SILVA, Ana Carolina : « L'arbitrage CIRDI et les contrats de nature publique passés avec un État ou une entité étatique » op.cit. note n°584. p. 31.

de protection. Cela en invoquant un grief portant sur la violation du TBI plutôt que sur la violation du contrat⁵⁸⁵.

688. En effet, plusieurs affaires ont fait l'objet d'invocation par l'investisseur la violation d'un TBI conclu entre l'État d'accueil et son État d'origine, ont été traitées par le CIRDI. En dépit de la clause contractuelle attributive de juridiction. Parmi lesquelles l'affaire *Salini* contre le Maroc, précitée où le tribunal arbitral a déclaré sa compétence pour la violation du TBI qui constitue en même temps une violation du contrat.

689. L'affaire Vivendi contre l'État argentin en est une illustration, où la demanderesse, la Société Vivendi a saisi la République argentine devant le CIRDI, en raison des violations supposées du TBI conclu entre l'Argentine et la France. Cette société est concessionnaire de la distribution de l'eau et services publics d'assainissement dans la Province de Tucumán. Ces violations portent essentiellement, sur des questions relatives au contrat de concession (pressions pour forcer le concessionnaire à renégocier le contrat, modification unilatérale des tarifs et l'encouragement des usagers à ne pas payer les tarifs).⁵⁸⁶

690. Le contrat de concession entre la Province de Tucumán et Vivendi, incorporait une clause attribuant la compétence exclusive aux tribunaux administratifs locaux de Tucumán. Alors que le TBI entre l'Argentine et la France dans son article 8 prévoit la possibilité de saisir le CIRDI par l'investisseur.

691. Le tribunal arbitral a adopté une position restrictive à l'égard de sa compétence, où il s'est déclaré compétent pour tout ce qui concerne la violation du TBI, mais a décliné en même temps sa compétence, concernant les questions d'interprétation et d'exécution, en la renvoyant à la compétence des tribunaux administratifs locaux. Cette sentence a fait l'objet d'une annulation par un comité *ad hoc*. Ce dernier a certes, fait la distinction entre « *the treaty claims* » et « *the contract claims* », mais a annulé la sentence au motif d'excès de pouvoir négatif. Le comité *ad hoc* considère que : « *La qualification du fait de l'État, comme internationalement illicite relève du droit international. Une telle qualification n'est pas affectée par la qualification du même fait comme licite en droit interne* ».

692. Il ajoute que « *Conformément à ce principe général -qui reflète sans doute, le droit international général- la détermination de l'existence d'une violation d'un TBI et celle*

⁵⁸⁵ LEBEN, Charles : « *Arbitrage : CIRDI* », op.cit. n°360

⁵⁸⁶ SILVA ROMERO, Edouardo et CAROLINA SIMÕES E SILVA, Ana Carolina : « *L'arbitrage CIRDI et les contrats de nature publique passés avec un État ou une entité étatique* » op.cit. note 584.

*d'un manquement au contrat sont deux questions distinctes. Chacune d'elles sera déterminée par l'application du droit qui lui est applicable – dans le cas du TBI, le droit international ; dans le cas du contrat de concession, le droit applicable au contrat “ le comité ad hoc ajoute encore « qu'un État ne peut s'abriter derrière une clause attributive de compétence exclusive, d'un contrat pour éviter la qualification de son comportement, comme internationalement illicite en application du traité ». En outre, les mêmes faits peuvent caractériser en même temps, une violation du contrat et aussi, une violation du traité*⁵⁸⁷.

693. En revanche, des voix doctrinales s'élèvent pour dénoncer le caractère artificiel de la distinction entre *treaty claims* et *contract claims*. Pour M. I. FADLALLAH, lorsque l'investisseur invoque la violation d'un traité, aucune sentence n'a dénié la compétence du CIRDI, offerte par un TBI. La majorité des traités comportent une option de compétence. Cette dernière est définie par l'objet du litige et non par sa nature, contractuelle ou non. Ainsi, la distinction entre *contract claims* et *treaty claims*, apparaît artificielle à l'égard de la compétence. Même si elle peut avoir un certain intérêt dans l'examen du fond du litige.⁵⁸⁸

694. Les critiques se placent du point de vue de l'arbitre international dénoncent le dépeçage artificiel d'un litige en fonction de la demande. Ainsi les requérants peuvent caractériser leurs demandes à leur convenance, si elles sont basées sur le contrat ou sur le traité. Selon Fadlallah, “*Dés lors que le TBI permet le recours à l'arbitrage CIRDI, la compétence des arbitres s'étend à tous ces litiges. Ainsi, il n'existe pas de principe de division du travail, entre l'arbitre CIRDI gardien du droit international et l'arbitre du contrat, à qui serait dévolue la tâche la moins noble de vérification de la bonne exécution du contrat*”⁵⁸⁹.

Sous-section 2 : La présence d'une « *umbrella clause* » dans le traité

695. Un autre facteur de complexité, vise à consolider la compétence au CIRDI consiste à l'incorporation dans le traité, d'une clause de respect des engagements, dite aussi « *umbrella clause* ». Elle consiste à affirmer que chaque État partie au TBI s'engage à

⁵⁸⁷ GAILLARD, Emmanuel : « *L'arbitrage sur le fondement des traités de protection des investissements* », op.cit. note n°554.

⁵⁸⁸ FADLALLAH, Ibrahim : « *La distinction treaty claims/contract claims et la compétence de l'arbitre CIRDI : Faisons-nous fausse route ?* » in. *Le contentieux arbitral transnational relatif à l'investissement : Nouveaux développements*, sous la direction de Charles LEBEN, In: *Revue Québécoise de droit international*, Ed. Louvain-la-Neuve, Anthémis, 2006.

⁵⁸⁹ LEBEN, Charles : « Arbitrage : CIRDI », op.cit. note n°360.

respecter les engagements convenus avec les investisseurs ressortissants de l'autre État partie au TBI⁵⁹⁰.

696. L'incorporation de telles clauses dans les traités de protection de l'investissement, est assez courant. Elle a intégré le droit positif pour la première fois en 1959, à l'occasion du traité entre l'Allemagne et le Pakistan dont l'article 7 prévoit : « *Each Party shall at all times, ensure the observance of the undertakings given by it, in relation to property of nationals of any other party* ». Ensuite, elle s'est intégrée dans un nombre considérable des TBI⁵⁹¹.

697. Elles sont rédigées par exemple de la manière suivante : « *Chacune des parties contractantes assure à tout moment, le respect des engagements assumés par elle, à l'égard des investissements des investisseurs de l'autre partie contractant* »⁵⁹². Ou bien, pour citer un accord multilatéral, en l'occurrence, le Traité sur la charte de l'énergie dans son article 10 prévoyant que : « *Chaque partie contractante respecte les obligations qu'elle a contracté vis-à-vis d'un investisseur, ou à l'égard des investissements d'un investisseur d'une autre partie contractante* ». Le traité incluant la clause de respect des engagements, deviendrait « *un traité de couverture* »⁵⁹³.

698. La présence de telles clauses est susceptible de donner une valeur internationale à des engagements purement contractuels⁵⁹⁴. Ainsi, en vertu de ces clauses, les obligations contractuelles entre l'investisseur et l'État d'accueil se transforment en obligations conventionnelles internationales⁵⁹⁵. Et c'est ainsi que le tribunal arbitral serait compétent pour les requêtes basées sur le contrat « *contract claims* » et aussi, pour l'interprétation et l'exécution du contrat, en dépit de la présence d'une clause attributive de juridiction dans le contrat d'investissement.

699. Malgré l'intégration et la multiplication de ces clauses en droit positif depuis le milieu du XXème siècle, et leur clarté induisant à transformer les engagements contractuels en des engagements internationaux, néanmoins, ce n'est qu'au début du XXIème siècle que

⁵⁹⁰ SILVA ROMERO, Edouardo et CAROLINA SIMÕES E SILVA, Ana Carolina : « *L'arbitrage CIRDI et les contrats de nature publique passés avec un État ou une entité étatique* » in. AUDIT Mathias « Contrats publics et arbitrage » Op.cit. note 584.

⁵⁹¹ CAZALA, Julien : « *La clause de respect des engagements* ». In. « *Droit international des investissements et de l'arbitrage transnational* », Sous-direction du Charles LEBEN, Pedone, Paris, 2015, pp. 347-373

⁵⁹² L'article 11 du TBI conclu le 11 juillet 1995, entre la Suisse et le Pakistan

⁵⁹³ LEBEN, Charles : « Arbitrage : CIRDI », op.cit. note n°360.

⁵⁹⁴ Ibid. §. 109.

⁵⁹⁵ Ibid. §. 126.

cette clause a suscité une controverse massive de la doctrine et la jurisprudence arbitrale, quant à son effet (A) que sur son champ opérationnel (B).

§1- L'effet de « *umbrella clause* » sur les engagements contractuel

700. L'effet de la clause de respect des engagements et la transformation des obligations contractuelles en obligations internationales, n'a pas trouvé l'unanimité au sein de la jurisprudence et aussi la doctrine. Ainsi Elle a été appréhendée par la doctrine et la jurisprudence par la prise de trois positions :

701. La première position consiste à accepter l'effet de cette clause sur les engagements contractuels. M. Prosper Weil a considéré que l'intervention d'un TBI de couverture transforme les engagements contractuels en des obligations internationales et assure l'intangibilité du contrat, sous peine de violer le traité et que toute manquement aux obligations contractuelles même s'il est régulier en droit interne, engagerait dès lors la responsabilité internationale de l'État d'accueil envers l'État national de l'investisseur.⁵⁹⁶ Cet avis a été partagé par M. GAILLARD, MANN et SHIHATA⁵⁹⁷.

702. La jurisprudence CIRDI, a maintes fois, fait jouer l'effet du « *umbrella clause* » pour élever les obligations contractuelles au niveau du droit international. En concluant dans l'exemple de l'affaire Noble Ventures c/ La Roumanie la faculté de deux États d'introduire dans un TBI pour satisfaire le but et l'objet du traité, une disposition engageant la responsabilité internationale de l'État hôte sur le fondement de son manquement d'une obligation contractuelle, à l'égard de l'investisseur ressortissant de l'autre État partie au TBI. Ainsi, le manquement d'une obligation contractuelle serait internationalisé et assimilé à une violation du TBI⁵⁹⁸.

703. Dans la sentence L.E.S.I Dipenta contre l'Algérie, le tribunal arbitral compétent sous l'auspice du CIRDI dispose que : « *Ces clauses ont pour effet, de transformer les violations des engagements contractuels de l'État, en violations de cette disposition du traité et par la même de donner compétence au tribunal arbitral, mis en place en application du traité pour en reconnaître* ».

704. En revanche, une deuxième position a été défavorable au mécanisme d'internationalisation des obligations contractuelles par l'effet de la *umbrella Clause*. Tel est

⁵⁹⁶ WEIL, Prosper : Problèmes relatifs aux contrats passés entre un État et un particulier », op.cit. note n°195.

⁵⁹⁷ LEBEN, Charles : « Arbitrage : CIRDI » op.cit. note n°360.

⁵⁹⁸ Sentence du 12 octobre 2005, Affaire, JDI 2006, Chronique Gaillard, Emmanuel.

l'avis de P. MAYER⁵⁹⁹ et W. BENHAMIDA⁶⁰⁰. Cette position refuse les effets des *umbrella clause* et considère que sa rédaction trop vague, ne permet pas d'affirmer sa portée transformatrice des obligations contractuelles en une violation d'un TBI⁶⁰¹

705. La jurisprudence arbitrale a pris cette position défavorable, par exemple dans l'affaire opposant une société suisse SGS contre le Pakistan, en présence d'une clause de respect des engagements, dans l'article 11 de la TBI entre la Suisse et le Pakistan, précité⁶⁰². Le tribunal arbitral a refusé l'invocation de cette clause et la considère d'une portée tellement large, d'une application, tellement automatique, radicale et inconditionnelle et d'un impact si lourd pour la partie contractante⁶⁰³.

706. Une partie de la jurisprudence arbitrale, a adopté une troisième approche, qui reconnaît l'effet de *umbrella clause* mais y apporte une condition ôtant une bonne partie de son intérêt.

707. Ces arbitrages considèrent que les demandes fondées sur la *umbrella clause* ne sont pas admissibles, en raison de la présence dans le contrat, d'une clause attributive de juridiction exclusivement aux tribunaux de l'État d'accueil. C'est le cas dans l'affaire SGS c/ Philippines où les arbitres ont affirmé que le mécanisme de *umbrella clause* ne peut prévaloir sur les engagements contractuels, librement consentis par les parties. Ainsi, le tribunal arbitral a décidé de surseoir à statuer, pour permettre aux parties de donner effet à la clause attributive de juridiction⁶⁰⁴. Cette approche a été critiquée par la doctrine, Ainsi, M. Manciaux relève que la construction retenue revient à hiérarchiser les stipulations contractuelles, en faisant prévaloir la clause attributive de juridiction sur les engagements contractuels substantiels⁶⁰⁵.

§2- Le champ opérationnel de « *umbrella clause* »

708. Une autre question concerne le champ d'application de la clause de respect des engagements. Elle concerne son champ d'application *ratione personae*, C'est-à-dire les

⁵⁹⁹ MAYER, P. La neutralisation du pouvoir normatif de l'État, JDI 1986.

⁶⁰⁰ BENHAMIDA, Walid : « « L'arbitrage transnational unilatéral : réflexions sur une procédure réservée à l'initiative d'une personne privée contre une personne publique », *op.cit.* note n°535.

⁶⁰¹ SILVA ROMERO, Edouardo et CAROLINA SIMÔES E SILVA, Ana Carolina : « L'arbitrage CIRDI et les contrats de nature publique passés avec un État ou une entité étatique » in. AUDIT Mathias « Contrats publics et arbitrage » *Op.cit.* note 584. P.41.

⁶⁰² Cf. supra note 563.

⁶⁰³ Décision du 6 août 2003, affaire n° : ARB/01/13. Emmanuel Gaillard.

⁶⁰⁴ CAZALA, Julien : « La clause de respect des engagements ». In. « Droit international des investissements et de l'arbitrage transnational » *op.cit.* note n°593.

⁶⁰⁵ MANCIAUX, Sébastien : « CIRDI : Chronique des sentences arbitrales », JDI, 2013, p. 545

parties concernées par cette clause. Elle concerne aussi, son champ d'application *ratione materiae* c'est-à-dire l'objet des engagements.

709. Pour le champ opérationnel *ratione personae*, on s'interroge sur les parties concernées par la mise en œuvre de *umbrella clause*. Cette clause engage seulement l'État signataire du traité de couverture et vise les engagements de l'État. Donc, cette clause n'engage point les entités infra étatiques qui sont exclues de la protection de *umbrella clause*. En l'occurrence, un contrat passé par une entité infra étatique.⁶⁰⁶

710. Alors pour le champ opérationnel *ratione materiae*, on s'interroge sur la nature des engagements étatiques couverts par la *umbrella clause*. S'agit-il uniquement, des engagements contractuels ou aussi, les obligations unilatérales ? **(a)** Protège-t-elle uniquement, les obligations juridiques ou aussi, les attentes légitimes de l'investisseur privé **(b)**⁶⁰⁷.

A- L'effet de « *umbrella clause* » sur les engagements unilatéraux

711. La jurisprudence arbitrale a reconnu dans plusieurs affaires, l'effet de « *umbrella clause* » non seulement sur les obligations contractuelles, mais aussi sur des engagements unilatéraux de l'État d'accueil, à savoir les actes législatifs et réglementaires.⁶⁰⁸

712. C'est ainsi que le tribunal arbitral a conclu dans l'affaire opposant SGS au Pakistan que la *umbrella clause* n'est pas limitée uniquement sur les engagements contractuels, mais s'étend également, aux engagements unilatéraux de l'État⁶⁰⁹. Plusieurs décisions arbitrales ont suivi le même raisonnement, telles que la décision d'un tribunal arbitral *ad hoc* dans l'affaire *Eureko* contre la Pologne, selon laquelle que le terme engagement, renvoie à n'importe quel engagement quoi que ce soit sa nature.⁶¹⁰

713. Il est courant que les tribunaux arbitraux affirment l'effet de *l'umbrella clause* sur les engagements unilatéraux à moins que la rédaction de cette clause restreigne cet effet sur uniquement, les engagements contractuelles. C'est le cas du TBI conclu entre l'Autriche et le

⁶⁰⁶ SILVA ROMERO, Edouardo et CAROLINA SIMÔES E SILVA, Ana Carolina : « *L'arbitrage CIRDI et les contrats de nature publique passés avec un État ou une entité étatique* ». op.cit. p.584. pp.41.

⁶⁰⁷ Ibid. p. 35.

⁶⁰⁸ CAZALA, Julien : « *La clause de respect des engagements* ». In. « *Droit international des investissements et de l'arbitrage transnational* », op.cit. note n°593.

⁶⁰⁹ CIRDI : décision sur la compétence, du 06 août 2003 : SGS Société Générale de Surveillance S.A. c. Pakistan, affaire n° ARB/01/13.

⁶¹⁰ Arbitrage *ad hoc*, sentence partielle du 19 août 2005 : 66 *Eureko B.V. contre . Pologne*.

Chili dont l'article 2 dispose que chaque partie : “shall observe any contractual obligation it may have entered into towards an investor of the other Contracting Party, with regard to investments approved by it in its territory”⁶¹¹.

714. Toutefois, il arrive que des variétés rédactionnelles des clauses de respect des engagements, conditionnent leurs effets sur les engagements unilatéraux. C'est le cas de la référence aux *specific commitments* de l'État ou à des investissements spécifiques. A titre d'exemple, dans l'affaire SGS contre Philippines, la clause applicable prévoit que chaque partie contractante respectera tout engagement assumé en ce qui concerne les investissements spécifiques sur son territoire. Cette spécificité ne saurait se réduire uniquement, à l'existence d'un lien contractuel entre l'investisseur et l'État d'accueil.⁶¹²

B- L'effet de « *umbrella clause* » sur les attentes légitimes de l'investisseur

715. Selon la jurisprudence arbitrale, les attentes légitimes ne sauraient constituer des engagements juridiques protégés par l'« *umbrella clause* » bien qu'elles puissent être pertinentes pour l'application de la clause de traitement juste et équitable. C'est ce qui a été prévu par exemple par la décision du comité *ad hoc*, dans l'affaire opposant CMS à l'Argentine⁶¹³.

716. Toutefois, cette solution n'a pas convaincu une partie de la doctrine. L'affirmation que les attentes légitimes ne résultent pas d'une obligation juridique est excessive. Elle contredit la jurisprudence arbitrale relative à la notion des attentes légitimes. Il est fréquent de voir que les tribunaux arbitraux considèrent que les attentes légitimes de l'investisseur ne peuvent résulter que d'un engagement spécifique vis-à-vis ce dernier. Il en résulte que cet engagement spécifique pourrait être couvert par l'*umbrella clause*⁶¹⁴.

⁶¹¹ CAZALA, Julien : « La clause de respect des engagements ». In. « Droit international des investissements et de l'arbitrage transnational », op.cit. note n°593.

⁶¹² *Ibid.* p. 320/

⁶¹³ CIRDI, décision du comité *ad hoc* du 25 septembre 2007, l'affaire n°ARB/01/8 de CMS Gas Transmission Company contre Argentine.

⁶¹⁴ CAZALA, Julien : « La clause de respect des engagements ». In. « Droit international des investissements et de l'arbitrage transnational », op.cit. note n°593.

Sous-section 3- Le jeu de la clause de la nation la plus favorisée dans l'extension de la compétence *ratione materiae* de l'arbitrage d'investissement

717. La majorité des TBI ou en général les AII, comporte une clause de la nation la plus favorisée. Cette clause fait en sorte qu'un pays hôte de l'investissement, accorde à l'investisseur étranger protégé et/ou à ses investissements, un traitement, non moins favorable que celui qu'il accorde aux investisseurs étrangers, d'un pays tiers. C'est une clause non discriminatoire qui vise à assurer des conditions de mise en concurrence égales entre les investisseurs étrangers quelque que soit leur nationalité. Ces derniers en investissant dans un pays d'accueil, cherchent à s'assurer qu'aucune discrimination négative ne les placera dans une situation de désavantage concurrentiel⁶¹⁵.

718. Dans plusieurs affaires, les investisseurs privés utilisent le jeu de la clause de la NPF pour réclamer des droits et avantages substantiels octroyés par l'État d'accueil à d'autres investisseurs, en vertu des TBI conclus avec leur États nationaux et ledit État d'accueil. A titre d'exemple, le traitement juste et équitable ; le traitement national, les conditions d'expropriation, etc. Ce qui nous intéresse ici, c'est de savoir si la clause du NPF s'applique également, pour les procédures de règlement des différends prévues dans les AII. A titre d'exemple, si l'investisseur protégé par un AII pourrait faire jouer la clause NPF pour bénéficier des conditions procédurales moins restrictives, contenues dans d'autres AII conclus entre l'État d'accueil et un autre État tiers⁶¹⁶.

719. L'applicabilité de la clause NPF aux clauses de l'arbitrage inscrites dans les AII, a fait l'objet de certaines affaires portées devant les tribunaux arbitraux. On en distingue deux catégories d'affaires, dans lesquelles, on assiste à une opposition jurisprudentielle et doctrinale. Un courant dont la position est pour l'application de la clause NPF mais sous certaines réserves et avec prudence, contre un autre courant, opposant l'application de la clause NPF en la matière.⁶¹⁷

720. Dans la première catégorie d'affaires, les investisseurs ont invoqué le traitement NPF, pour faire échec à des exigences procédurales conditionnant l'introduction d'un recours devant un tribunal arbitral. C'est le cas de l'affaire *Mafezzini* (un investisseur argentin) contre l'Espagne et d'autres affaires auxquelles l'État défendeur était l'Argentine. La clause NPF a

⁶¹⁵ CNUCED : « *Traitement de la nation la plus favorisée* », Collection de la CNUCED, consacrée aux problèmes relatifs aux accords internationaux d'investissement II, ONU, New York, 2010.

⁶¹⁶ LEBEN, Charles : « Arbitrage : CIRDI » op.cit. note n°360.

⁶¹⁷ Ibid. § 145.

été invoquée pour contourner une exigence procédurale prévue dans les TBI conclus par l'Argentine, il s'agit de l'exigence de dix-huit mois de recours locaux avant de recourir à l'arbitrage.

721. Dans l'affaire *Mafezzini* contre l'Espagne, l'investisseur argentin a invoqué la clause NPF, pour éviter la période de dix-mois d'attente devant précéder tout recours à l'arbitrage international, sous prétexte qu'un autre TBI conclu entre l'Espagne et un État tiers (Le Chili) ne comporte pas une telle exigence procédurale. Par conséquent, le requérant pourrait bénéficier de la clause de règlement des différends, incluse dans ce TBI, jugée moins restrictive (six mois d'attente au lieu de dix-mois), par le jeu de la clause NPF. Le tribunal a jugé que les mécanismes de règlement des différends sont indissociablement, liés à la protection des investisseurs étrangers. Et c'est ainsi que l'investisseur obtint des arbitres la possibilité de bénéficier des délais de six mois prévus dans le TBI Espagne/Chili⁶¹⁸. Ce même tribunal, en acceptant le jeu de la clause NPF en matière de mécanismes de règlements des différends, a émis une série de conditions qui découlent des considérations de politiques publiques, en disposant: « *Par principe, le bénéficiaire de la clause ne devrait pas être en mesure, d'aller à l'encontre des impératifs de l'action publique que les Parties contractantes pourraient ne pas avoir pris en compte, comme étant des conditions essentielles de leur acceptation de l'accord en question, en particulier si le bénéficiaire est un investisseur privé ...La portée de la clause NPF pourrait donc, être plus étroite qu'elle ne le paraît à première vue* ». Le tribunal a donné les exemples, des exigences qu'on ne pouvait pas contourner par le jeu de la clause NPF comme le consentement à l'arbitrage, sous réserve d'épuisement des recours locaux ; le choix d'une instance particulière d'arbitrage comme le CIRDI où un système d'arbitrage très institutionnalisé comme celui de l'ACEUM.⁶¹⁹

722. La solution *Mafezzini c/ l'Espagne*, bien que critiquée par une partie de la doctrine, elle a été adoptée par les tribunaux arbitraux dans plusieurs affaires dans lesquelles l'État défendeur était l'Argentine, comme l'affaire *Siemens* contre l'Argentine⁶²⁰. Ces tribunaux ont considéré que la clause de règlement des différends n'est plus une clause procédurale mais bien une clause substantielle⁶²¹.

⁶¹⁸ LEBEN, Charles : « Arbitrage : CIRDI » op.cit. note n°360. §141.

⁶¹⁹ CNUCED : « *Traitement de la nation la plus favorisée* ». op.cit. note n°586.

⁶²⁰ CIRDI : Sentence 25 mai 2004, affaire n° RB/01/7 Siemens A.G. c/ République argentine

⁶²¹ LEBEN, Charles : « L'arbitrage : CIRDI » op.cit note n°360.

723. En revanche, l'approche *Mafezzini* a été refusée dans la deuxième catégorie d'affaires, il s'agit des affaires dans lesquelles, les requérants ont tenté de porter le seuil juridictionnel du tribunal arbitral, au-delà des dispositions spécifiques convenues par les parties dans l'accord de base, par le jeu de la clause NPF. Cela en donnant la compétence au tribunal arbitral sur des questions que l'accord de base n'a pas envisagées ou les a exclues d'une manière expresse⁶²². Les tribunaux arbitraux traitent la clause de règlement des différends comme une clause procédurale, insusceptible d'être aspirée par le jeu de la clause NPF. C'est le cas dans l'affaire *Plama Cons. Ltd. contre la Bulgarie* ou bien l'affaire *Telenor Mobile Communication contre la Hongrie*⁶²³.

⁶²² CNUCED : « *Traitement de la nation la plus favorisée* », op.cit. note n°586.

⁶²³ LEBEN, Charles : « *L'arbitrage : CIRDI* », op.cit. note n°360.

Conclusion du Chapitre 2 :

724. L'offre unilatérale de l'arbitrage a pu prendre sa place dans le droit de l'arbitrage d'investissement. Cette offre est émanée par l'État à travers un instrument normatif, à savoir, un traité multilatéral ou bilatéral d'investissement conclu avec l'État d'origine de l'investisseur privé ou bien un code d'investissement. En revanche, l'investisseur pourrait saisir le tribunal arbitral ainsi offert et c'est ici que l'offre étatique serait consentie.

725. Cette offre unilatérale d'arbitrage confirme le caractère conventionnel de l'arbitrage en dépit de la présence d'une autre clause de règlement des différends. La jurisprudence CIRDI est riche en la matière et les tribunaux arbitraux sous l'auspice du CIRDI ne cessent de retenir leur compétence en dépit de l'existence de telles clauses en avançant plusieurs arguments en faveur de leur compétence.

Conclusion du premier titre :

726. À l'instar de l'arbitrage en droit commun, le caractère conventionnel de l'arbitrage en matière de PPP est confirmé.

727. En effet, la convention d'arbitrage est la base sur laquelle se repose la compétence des tribunaux arbitraux. Cette convention prend aussi la forme soit d'une convention d'arbitrage ou bien la forme de compromis d'arbitrage, bien que ce dernier connaisse quelques difficultés pratiques liées au principe général de l'interdiction des personnes morales de droit public à compromettre. L'arbitrage forcé imposé par l'État est en voie de disparition au point où certains auteurs ne le considèrent plus comme arbitrage.

728. L'offre publique d'arbitrage a aussi connu un essor considérable notamment dans le cadre de l'arbitrage CIRDI. Cet instrument ne déroge pas l'origine convention de l'arbitrage en matière de PPP.

Titre 2 : Le régime juridique de l'arbitrage lié à sa fonction juridictionnelle

729. En dépit de la base conventionnelle de l'arbitrage, la dimension juridictionnelle de l'arbitrage en constitue une deuxième composante. L'arbitre est un véritable juge bien qu'il tienne son pouvoir de juger à partir d'une convention conclue entre les parties au litige, l'arbitre est doté du pouvoir de *juridictio*. À cet effet, il donne naissance à une véritable procédure. C'est ainsi que l'instance arbitrale est un véritable procès même si elle se caractérise par sa souplesse, puisque l'origine conventionnelle ne s'y estompe pas et elle a ses répercussions sur l'instance arbitrale. Ainsi, les parties au litige choisissent leurs arbitres, elles choisissent également, les règles procédurales applicables et le droit applicable par les arbitres, au fond du litige. À cet effet, nous nous intéressons aux spécificités de l'instance arbitrale ayant pour objet un contrat de PPP et la présence d'une personne morale de droit public comme partie au litige. **(Chapitre1).**

730. En outre, l'arbitre rend une sentence arbitrale qui constitue aussi, un acte juridictionnel. Toutefois, contrairement au juge étatique, le pouvoir d'*imperium* manque à l'arbitre. À cet effet, la sentence rendue n'a pas la force exécutoire et nécessite l'intervention du juge étatique du territoire dans le ressort duquel la sentence serait exécutée. En outre, la sentence arbitrale n'échappe pas au contrôle des juridictions étatiques qui peuvent l'annuler après l'exercice des voies de recours autorisées par la partie perdante. **(Chapitre 2).**

Chapitre 1 : Le régime juridique de l'instance arbitrale

731. L'instance arbitrale traduit la fonction juridictionnelle de l'arbitrage. Ainsi, le procès arbitral est un véritable procès, assimilable au procès civil. Toutefois, l'avantage de l'arbitrage réside dans la jouissance de l'arbitre d'une plus de liberté et de souplesse dans la gestion et l'organisation de l'instance arbitrale, par rapport au juge étatique.⁶²⁴ En revanche, l'arbitre ne disposant pas de l'*imperium* fait appel via les parties, aux juridictions étatiques en cas de difficultés survenues lors de l'instance arbitrale.

732. En effet, les aspects procéduraux de l'instance arbitrale impliquant une personne morale de droit public sont les mêmes que ceux caractérisant l'arbitrage en droit commun. Les

⁶²⁴ RACINE, Jean-Baptiste : « Le droit de l'arbitrage » op.cit. note n°240. P.381.

spécificités de l'instance arbitrale impliquant une personne publique, sont relativement très rares. **(Section 1).**

733. En revanche, le droit applicable par le tribunal arbitral au fond d'un litige relatif au contrat de PPP est relativement spécifique, en ce qu'il consacre la primauté du droit national du partenaire public que l'application des principes du droit international notamment, en matière d'arbitrage d'investissement **(Section 2).**

Section 1 : Les aspects procéduraux de l'instance arbitrale en matière de PPP

734. L'implication d'une personne morale de droit public dans une instance arbitrale, n'a en principe, aucune incidence sur son régime juridique, aussi bien sur la constitution du tribunal arbitral que sur le déroulement de l'instance arbitrale. En effet, le régime juridique de l'instance arbitrale est régi par les règles du droit commun régissant l'arbitrage, à savoir, la façon de la détermination du droit applicable à la procédure arbitrale s'agissant d'un arbitrage international **(Sous-section 1)**, le régime de la constitution du tribunal arbitral **(sous-section 2)** et enfin, le déroulement de la sentence arbitrale **(sous-section 3).**

735. Il n'en demeure pas moins qu'il existe quelques points où on constate quelques dérogations à ce régime juridique justifiées par la présence d'une personne morale de droit public dans les contrats de PPP et la nécessité de protéger l'intérêt général en traitant l'affaire. C'est ainsi que nous tâcherons à mettre en exergue ces spécificités en tant que de besoin.

Sous-section 1 : Le droit applicable à la procédure arbitrale

736. Selon l'article 1043 du CPCA algérien, le droit applicable à la procédure arbitrale obéit au principe de l'autonomie de la volonté des parties **(§1)**. A défaut d'un tel choix, il appartient au tribunal arbitral de déterminer une loi régissant la procédure **(§2)**.

737. Cet article n'a fait que reproduire le contenu de l'ancien texte, en l'occurrence, l'article 458 bis 6 et a consacré un principe ancré dans les législations nationales comparées. La convention de New York du 10 juin 1958 a aussi, admis ce principe indirectement, dans son article 5-1, en prévoyant que la reconnaissance ou l'exécution d'une sentence arbitrale

étrangère, peuvent être refusées si la partie contre laquelle est invoquée, apporte la preuve que la procédure arbitrage n'a pas été conforme à la convention d'arbitrage.⁶²⁵

§1- La détermination par les parties du droit applicable à la procédure

738. Tout d'abord, il appartient aux parties à la convention d'arbitrage de déterminer les règles procédurales à suivre directement. Cette solution est prévue notamment, dans le cadre d'un arbitrage *ad hoc*. Toutefois, cette méthode risque de paralyser la constitution du tribunal arbitral, en raison de son imprécision ou de son insuffisance.

739. Pour éviter de tels écueils, le législateur algérien donne aux parties la possibilité de se référer à un règlement d'arbitrage. Dans le cadre d'un arbitrage *ad hoc*, les parties peuvent se référer au règlement d'arbitrage de la CNUDCI ou bien le règlement algéro-français de 1983. Alors que dans le cadre d'un arbitrage institutionnel, sont applicables les règles procédurales prévues par le règlement élaboré par l'institution permanente d'arbitrage.

740. Si les parties ne désirent pas résoudre cette question, le législateur leur offre une dernière alternative, c'est de se référer à une loi nationale de procédure sous l'égide de laquelle se déroulera le procès arbitral.⁶²⁶

§2- Le choix par le tribunal arbitral du droit applicable à la procédure

741. Dans le cadre d'un arbitrage *ad hoc*, il est fréquent que les parties n'aient pas choisi les règles applicables à la procédure. En l'absence d'un tel choix, il appartient au tribunal arbitral de régler la procédure soit directement ou par référence à une loi ou à un règlement d'arbitrage. C'est donc, le tribunal arbitral qui dispose d'une totale liberté de détermination des règles procédurales pour combler la défaillance du choix des parties.

742. Toutefois, la convention de New York pour la reconnaissance et l'exécution des sentences étrangères consacre une solution différente, en autorisant à l'arbitre en absence du choix par les parties, de désigner la loi du siège de l'arbitrage. Cette solution pourrait embarrasser le juge algérien de l'exequatur. La supériorité de la norme internationale par rapport au droit interne conduit le juge de l'exequatur de refuser la reconnaissance ou

⁶²⁵ Convention de New York NATIONS UNIES Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères » op.cit. note n°303.

⁶²⁶ TERKI, Nour-Eddine : « *L'arbitrage commercial international en Algérie* » op.cit. note n°459. P.122.

l'exécution d'une sentence arbitrale à laquelle l'arbitre a adopté le principe de la liberté du droit procédural au détriment de la loi du siège.⁶²⁷

Sous-section 2 : La constitution du tribunal arbitral

742. Contrairement au tribunal étatique, le tribunal arbitral est éphémère et fugace. Il est spécialement, constitué pour régler un différend déterminé, puis il cessera d'exister dès lors qu'il rendra sa sentence.⁶²⁸

743. Pour la mise en place du tribunal arbitral, nous envisageons deux hypothèses. La première concerne la constitution du tribunal qui se déroule normalement sans incidence et sans avoir besoin d'un juge étatique. (§1). La deuxième concerne la constitution qui se heurte à des obstacles et nécessite l'intervention d'un juge étatique (§2).

§1- La constitution du tribunal arbitral sans assistance d'un juge étatique

744. Le tribunal arbitral est constitué suivant le principe de l'autonomie de la volonté des parties et suivant le principe de l'égalité des parties à la désignation du tribunal arbitral. C'est ainsi que les parties désignent les arbitres en respectant le principe d'égalité.

745. Les modalités de désignation des arbitres pour l'arbitrage en matière de PPP, sont les mêmes existant en matière du droit commun de l'arbitrage. Il s'agit de la règle de l'imparité des nombres des arbitres et les modalités de nomination des arbitres (**A**).

746. Il n'en demeure pas moins que la désignation du tribunal arbitral pour le règlement d'un litige relatif au PPP, trouve une certaine particularité dans certains droits nationaux ou encore dans certaines formes de PPP (**B**).

747. Il est à noter que la constitution du tribunal arbitral est subordonnée par l'acceptation des arbitres désignés, de la mission qui leurs est confiée.⁶²⁹

⁶²⁷ TERKI, Nour-Eddine : "L'arbitrage commercial international en Algérie » op.cit. note n°459. p.123.

⁶²⁸ RACINE, Jean-Baptiste : « *Le droit de l'arbitrage* », op.cit. note n°240. Pp. 295.

⁶²⁹ Article 1015 du CPCA algérien.

A- Les règles de désignation du tribunal arbitral issues du droit commun de l'arbitrage

748. Parmi les règles de désignation du tribunal arbitral, on trouve la règle de l'imparité du nombre des arbitres au sein d'un tribunal arbitral (a) et aussi, les modalités de leur désignation (b).

a- L'imparité du nombre des arbitres

749. L'imparité du nombre des arbitres constituant le tribunal arbitral a un avantage pratique. C'est un gage d'efficacité dans le processus décisionnel. Si par exemple, les arbitres n'arrivent pas à trouver un accord entre eux pour résoudre un litige, l'imparité permettrait de dégager une solution à la majorité. En revanche, la parité pourrait être une source de blocage en cas de désaccord. Toutefois, la question de l'imparité diffère selon qu'on est en matière d'arbitrage interne ou international.

750. Pour l'arbitrage interne, l'article 1017 du CPCA algérien, prévoit la constitution du tribunal arbitral par un seul arbitre ou de plusieurs en nombre impair. C'est la même règle prévue par l'article 1451 al.1 du code de procédure civile français. Toutefois, une convention d'arbitrage prévoyant un nombre pair d'arbitres, n'est pas nulle ni inefficace. Il s'agit en effet, d'une forme de clause pathologique. L'article 1451 al.2 du code de procédure civile français, prévoit des mécanismes de régularisation, faute d'accord des parties sur un arbitre complémentaire dans un délai d'un mois, à compter de l'acceptation de leur désignation par les arbitres choisis, ou à défaut, par le juge d'appui. En revanche, c'est la sentence arbitrale rendue par un tribunal arbitral composé de nombre pair d'arbitres qui est nulle. La jurisprudence a considéré que cette nullité relève de l'ordre public.⁶³⁰

751. Alors qu'en matière d'arbitrage international, la convention d'arbitrage prévoyant un nombre pair est valable et ne nécessite pas de régularisation. La sentence arbitrale rendue serait aussi valable.

⁶³⁰ RACINE, Jean-Baptiste : « Le droit de l'arbitrage » op.cit. note n°240.

b- Les modalités de nomination des arbitres

752. Selon l'article 1041 du CPCA algérien, les parties peuvent directement désigner les arbitres ou par référence à un règlement d'arbitrage ou encore prévoir des modalités de leur désignation. C'est ainsi que la liberté des parties de choisir l'arbitre ou les arbitres, constitue le principe sur lequel repose la nomination des arbitres. Toutefois, cette liberté devrait obéir au principe de l'égalité entre les parties. Ce principe est qualifié d'ordre public international.⁶³¹ L'application du principe de l'égalité distingue entre le cas d'un arbitrage qui se fait à un arbitre unique ou bien, plusieurs arbitres en nombre impair.

753. Dans le premier cas, les parties doivent s'accorder sur le choix de cet arbitre unique. En cas d'arbitrage qui se fait à trois arbitres, le principe est que chaque partie choisit un arbitre et que les deux arbitres choisis, désignent le troisième. L'article 1452-2 du code de procédure civile français prévoit un délai d'un mois à compter de la réception de la demande d'arbitrage par le défendeur, pour que les deux parties désignent les arbitres. Puis un mois pour les co arbitres pour désigner le troisième, à compter de l'acceptation de leur désignation. Le troisième arbitre pourrait être également désigné par un commun accord des parties ou par une tierce personne

754. Ces délais une fois expirés, il y'aura lieu de saisir soit un centre d'arbitrage ou en cas d'arbitrage *ad hoc*, un juge d'appui.

B- Les règles particulières régissant la constitution du tribunal arbitral compétent en matière de PPP

755. Le principe est que la constitution du tribunal arbitral tranchant en matière de PPP est régi par les règles de droit commun de l'arbitrage interne ou international. Cela n'empêche pas l'existence de quelques rares dérogations à ce droit commun en matière de constitution du tribunal arbitral impliquant une personne morale de droit public, dans certaines lois nationales (**a**).

756. D'autre part, la particularité de certaines formes de PPP impose des procédures particulières quant à la désignation des arbitres (**b**).

⁶³¹ Eric Loquin, 'Chapter 7: « La désignation dissymétrique des arbitres [Asymmetric Appointment of Arbitrators]', in Bachir Georges Affaki and Horacio Alberto Grigera Naón (eds), *Jurisdictional Choices in Times of Trouble*, *Dossiers of the ICC Institute of World Business Law*, Volume 12. Kluwer Law International; International Chamber of Commerce, 2015. P.P. 101 - 117

757. La question de l'indépendance de l'arbitre peut être aussi, discutée quand il s'agit d'un fonctionnaire désigné comme arbitre par la personne publique. Le degré d'indépendance peut poser problème.⁶³²

a- La dérogation de certaines lois nationales aux règles du droit commun de l'arbitrage.

758. Certaines lois nationales dérogent aux règles de droit commun régissant la constitution du tribunal arbitral quand il s'agit de la présence d'une personne morale de droit public. C'est le cas du droit syrien, en matière des marchés publics d'ordre interne. L'article 66 al.b de la loi n°51 de 2004 portant code des marchés publics syrien dispose qu'« *il est possible d'assortir les cahiers des charges et les contrats d'une clause d'arbitrage, le tribunal arbitral est constitué de deux arbitres désignés par les parties et présidé par un Conseiller d'État nommé par le président du Conseil d'État et l'instance arbitrale est régie par les règles des procédures du contentieux administratifs* ». L'inconvénient de ce système est que la partie étatique n'hésite pas à piocher directement, dans ses rangs l'arbitre de son choix, ce qui va constituer une atteinte au principe de l'indépendance de l'arbitre.⁶³³

759. En outre, il est fréquent que le Président du Conseil d'État se désigne lui-même président du tribunal arbitral, rendant ainsi quelque invocation d'irrégularité de constitution du tribunal arbitral, aléatoire puisque le recours contre la sentence est porté devant le Conseil d'État placé sous l'autorité de son président.

760. En matière d'arbitrage international, les parties peuvent déroger aux règles impératives de constitution du tribunal arbitral, imposées par l'article 66 ci-dessus, sur autorisation du ministre du tutelle.⁶³⁴

⁶³² GUERIF, Irina : « L'arbitrage en droit public », *in*. Les cahiers de l'arbitrage, n°2, 1^{er} avril 2022. Ed. Lextenso.

⁶³³ GHALI, Ryad: « Arbitrage international et contrats publics en Syrie », *op.cit.* note n°465.

⁶³⁴ *Ibid.* p. 190.

b- La particularité de certaines formes de PPP et son incidence sur la désignation des arbitres

761. La particularité de certaines formes de PPP et particulièrement, les montages contractuels complexes en BOT et ses dérivés, impose la désignation d'un même tribunal arbitral à plusieurs arbitrages connexes.

C'est l'hypothèse d'une société de projet impliquée dans divers litiges avec ses sous-traitants, sans qu'il existe un lien juridique entre eux.

762. La pratique montre que la société de projet tend à désigner le même arbitre pour l'ensemble des litiges, dans un souci de leur traitement cohérent et afin d'éviter des sentences contradictoires.

763. Cette situation soulève toutefois, la question d'indépendance des arbitres et le risque de récusation qui en découle. En effet, on peut remettre en cause l'impartialité de cet arbitre par une partie, dès lors que les problèmes de droit ou de faits soulevés, sont les mêmes ou ayant un lien direct avec ceux soulevés à l'occasion d'un autre arbitrage auquel l'arbitre participe ou a déjà participé.⁶³⁵

764. D'autre part, dans le souci de préserver le principe de contradictoire, l'arbitre commun a l'obligation de concerver la confidentialité des informations qu'il détient à l'occasion de l'autre litige.⁶³⁶

§2- La constitution assistée du tribunal arbitral par un juge d'appui

765. Plusieurs incidents peuvent entraver la constitution du tribunal arbitral, entre autres, le caractère pathologique de la clause compromissoire telle qu'une clause ne prévoyant pas le nombre des arbitres composant le tribunal arbitral. D'autres difficultés sont liées au comportement de la partie défenderesse qui refuse de désigner un arbitre. Encore, d'autres peuvent résulter d'un désaccord entre les deux arbitres quant au choix du tiers arbitre. Ces incidents sont plutôt classiques que les règlements d'arbitrage y font face.⁶³⁷

766. Toutefois, dans le cadre d'un arbitrage *ad hoc* et surtout dans le cas où les parties ne se réfèrent pas à un règlement d'arbitrage. L'assistance d'un juge étatique (le juge d'appui) est primordiale pour débloquer la situation.

⁶³⁵ HAROUNE, Mehdi : « Arbitrage et financement de projets BOT », op.cit. note n°84. p.30.

⁶³⁶ Ibid. p. 31.

⁶³⁷ BENCHNEB, Ali: “ l'arbitrage et le rôle du juge d'appui en droits algérien et français », RDAI/IBLJ, n°1/2012.

767. Le juge d'appui est un véritable auxiliaire de l'arbitrage dans la mesure où il est chargé de résoudre les difficultés liées à la constitution du tribunal arbitral pour qu'elle soit investie de la confiance des parties, surtout en matière administrative, connue pour être une matière hostile à l'arbitrage.⁶³⁸

768. Le rôle du juge d'appui est central à la réalisation de l'arbitrage. Tout d'abord, intervenir pour surmonter les difficultés liées à la constitution du tribunal arbitral. Il pourrait ensuite, intervenir lors de l'instance arbitrale pour prolonger la mission d'un tribunal arbitral ou prolonger le délai ou aussi, pour statuer sur la révocation d'un arbitre.⁶³⁹

769. En effet, le terme « *juge d'appui* » n'existe pas dans le CPCA algérien malgré l'existence du mécanisme d'intervention du juge étatique pour assister la constitution du tribunal arbitral. A savoir, l'article 1009 pour l'arbitrage interne et les articles 1041 et 1042 dudit code. C'est un terme paru dans les écrits des auteurs suisses, tels que le traité de LALIVE et les écrits de POUDRET et RAYMOND. Avant d'être transposé à la doctrine française puis consacré en droit positif français, dans la réforme du droit de l'arbitrage par le décret de 2011.

770. La particularité du régime du juge d'appui pour assister un arbitrage relatif au PPP, réside dans la juridiction étatique compétente. S'agit-il de la juridiction administrative ou de la juridiction judiciaire ? Nous allons aborder cette question à la lumière du droit algérien (A) puis le droit français (B).

A- La juridiction d'appui compétente en droit algérien

771. En Algérie, l'article 976 du CPCA algérien attribue la compétence aux juridictions administratives, toutes les fois qu'une personne morale de droit public est impliquée dans une affaire d'arbitrage. Cela sans préciser pour autant, quelles sont ces juridictions, s'agit-il des tribunaux administratifs, des Tribunaux administratifs d'appel ou bien le Conseil d'État. Néanmoins, nous pouvons nous référer aux articles 1009, 1041 et 1042 du CPCA algérien, régissant l'arbitrage du droit commun pour déduire les instances compétentes au sein de l'ordre juridictionnel administratif.

⁶³⁸ LAHOVAZI, Mehdi : « *Le juge administratif d'appui* », Les cahiers de l'arbitrage, n°2 p. 417, du 1 avril 2022.

⁶³⁹ Ibid. p.12.

772. Ainsi, en matière d'arbitrage interne, l'article 1009 du CPCA algérien attribue en principe, cette compétence au président du tribunal du lieu de la conclusion ou de l'exécution du contrat. Par analogie, le président du tribunal administratif du lieu de conclusion ou d'exécution du contrat de PPP d'ordre interne, qu'est compétent.

773. Tandis qu'en matière d'arbitrage international, si nous utilisons la même déduction des dispositions 1041 et 1042 régissant l'arbitrage commercial international, nous pouvons conclure que la compétence du juge d'appui pour l'arbitrage en matière de PPP d'ordre international, relève au tribunal administratif du lieu de l'arbitrage si ce dernier se situe en Algérie. Alors que c'est le président du tribunal administratif d'Alger qu'est compétent si l'arbitrage se situe à l'étranger. Encore, si le lieu de l'arbitrage n'est pas désigné par les parties, c'est le tribunal administratif du lieu de la conclusion ou d'exécution du contrat qu'est compétent.

B- La juridiction d'appui compétente en droit français

774. En droit français de l'arbitrage, le code de procédure civile attribue la compétence du juge d'appui aux juridictions judiciaires. C'est ainsi que le président du tribunal judiciaire ou le président du tribunal du commerce qui sont compétent en matière d'arbitrage interne. Alors que pour l'arbitrage commercial international, c'est le président du tribunal judiciaire de Paris qu'est compétent.

775. En ce qui concerne l'arbitrage en matière administratif, les textes sont silencieux quant à la juridiction compétente. La jurisprudence Inserm et SMAC n'aborde que la question de la compétence en matière de contrôle des sentences arbitrales relatives aux PPP.

776. Ce sont des considérations d'opportunité qui doivent conduire l'attribution de la fonction du juge d'appui soit à la juridiction administrative soit à la juridiction judiciaire. On assiste ici à deux courants doctrinaux basant sur de solides arguments.⁶⁴⁰

a- Le courant militant pour la compétence des juridictions judiciaires

777. Le premier courant milite pour l'attribution de la juridiction d'appui en matière administratif à la juridiction judiciaire. L'argument déterminant réside en fait, dans l'expertise

⁶⁴⁰ LE BOT, Olivier : « *La procédure devant le juge administratif en matière d'arbitrage : quel contrôle ? quelle procédure ?* », Les cahiers de l'arbitrage, n°2, du 01/07/2017, éd. Lextenso.

technique du juge judiciaire. Ce dernier a une meilleure connaissance de l'arbitrage que le juge administratif, puisqu'il est fréquemment, confronté à cette question que ce dernier.⁶⁴¹

778. Ils estiment également, qu'il est parfaitement inutile d'attribuer la compétence au juge administratif puisque la constitution du tribunal arbitral en matière administrative, ne présente aucune spécificité par rapport à un différend de droit privé. La mission d'assistance technique est déconnectée à la nature administrative, surtout en matière d'arbitrage internationale. A cet effet, conserver la mission du juge d'appui au juge judiciaire, participe à la réputation de la place de Paris en matière d'arbitrage international.⁶⁴²

779. La décision du Tribunal des conflits dans l'affaire Inserm même si elle ne l'affirmerait pas expressément, semble aller dans ce sens. Les motifs retenus pour attribuer au juge administratif une partie du contentieux en matière de contrôle des sentences arbitrales relatives aux contrats soumis aux règles impératives de droit public français, sont insusceptibles de se retrouver en matière de la constitution du tribunal arbitral, dans la mesure où dans ce stade, l'existence de règles impératives est parfaitement, indifférente.⁶⁴³

780. Toutefois, l'argument de la fréquence des affaires d'arbitrage devant le juge judiciaire ayant une limite de nature conjoncturelle. L'argument de l'expertise technique ne tiendrait plus si demain, en élargissant le champ de l'arbitrage en matière administrative, le contentieux administratif de l'arbitrage connaîtrait une expansion considérable. Par conséquent, le juge administratif deviendrait plus familier à cette technique.⁶⁴⁴

b- Le courant militant pour la compétence des juridictions administratives

781. Le deuxième courant milite pour l'attribution de la mission du juge d'appui à la juridiction administrative et créer ainsi un bloc de compétence en sa faveur pour toutes les phases de l'arbitrage mettant en cause une personne morale de droit public. Cette position a été préconisée dans le rapport de la Section des études du Conseil d'État, publié en 1993 sur

⁶⁴¹ LE BOT, Olivier : « La procédure devant le juge administratif en matière d'arbitrage : quel contrôle ? quelle procédure ? » op.cit. note 642. p. 3.

⁶⁴² AUDIT, Bernard : « *Le nouveau régime de l'arbitrage des contrats administratifs internationaux (à la suite de l'arrêt par le Tribunal des conflits dans l'affaire Inserm).* » *Revue de l'arbitrage*, vol 2010, Issue 2. Pp.253-273.

⁶⁴³ Ibid. p. 267.

⁶⁴⁴ LE BOT, Olivier : « *La procédure devant le juge administratif en matière d'arbitrage : quel contrôle ? quelle procédure ?* », op.cit. note n°642.

le thème : « *Modes alternatifs de règlement des litiges en matière administrative* ». Les rédacteurs du rapport voient que les dispositions du Code de procédure civile ne sont pas applicables devant les juridictions judiciaires en ce qui concerne les contrats administratifs. Il appartient aux juridictions administratives d'intervenir comme juge d'appui et juge de contrôle des sentences arbitrales en matière administrative.⁶⁴⁵

782. M. LAHOUAZI voit aussi que le juge administratif semble le mieux à endosser le rôle du juge d'appui, puisqu'il est compétent pour contrôler les sentences arbitrales en matière administrative et aussi, pour sa capacité à effectuer un contrôle *prima facie* de la convention d'arbitrage. Alors que la procédure civile applicable en la matière n'est pas totalement, étrangère aux règles du contentieux administratif.⁶⁴⁶

Sous-section 3 : Le déroulement de l'instance arbitrale

783. L'instance arbitrale traitant un litige relatif à un contrat de PPP est soumise aux mêmes règles connues en droit commun de l'arbitrage (§1). Toutefois, des questions pertinentes peuvent caractériser une telle instance. Les impératives de transparence des actions administratives peuvent altérer certains principes ancrés dans les procédures arbitrales tels que la confidentialité ou encore, la non divulgation de certains éléments de preuves jugés sensibles ou qualifiés de secret d'État et son incidence sur le principe de contradictoire (§2).

§1- Les principes fondamentaux applicables aux procédures arbitrales

784. Tous les droits étatiques s'accordent sur certains principes fondamentaux applicables à toute procédure arbitrale. Toutefois, ces principes n'ont pas toujours, la même portée ni le même sens.

785. Le principe de la contradiction constitue le principe commun à la plupart des systèmes juridiques. La convention de New York sur la reconnaissance et l'exécution des

⁶⁴⁵ BRUCE, EVA : « *La compétence du juge administratif dans l'arbitrage des personnes publiques, remises en question* », Revue de l'arbitrage, vol 2006, Issue 1, pp. 65-97, Comité français de l'arbitrage.

⁶⁴⁶ LAHOUAZI, Mehdi : « *Le juge administratif d'appui* », op.cit. note n°640. P.7.

sentences arbitrales étrangères retient que la sentence arbitrale ne pourra être reconnue lorsque la partie contre laquelle la sentence est invoquée, n'a pas été dûment informée de la désignation de l'arbitre ou de la procédure d'arbitrage ou qu'il a été impossible pour une autre raison, de faire valoir ses moyens.⁶⁴⁷

786. L'article 1056 du CPCA algérien a considéré que le non-respect du principe de la contradiction comme motif d'annulation d'une sentence arbitrale ou un motif d'appel contre l'ordonnance de reconnaissance ou d'exécution.

787. D'autres principes sont aussi, reconnus par la plupart des systèmes juridiques, tels que le principe de la protection du droit de défense ou bien l'égalité des parties, sont applicables à l'instance arbitrale en matière de PPP.

§2- Les traits spécifiques du déroulement de l'instance arbitrale relative à un PPP

788. L'intérêt général constitue l'épine dorsale des contrats de PPP. Pour la satisfaction de cet intérêt général, certains principes qui en découlent vont influencer le déroulement de l'instance arbitrale, tels que le principe de la transparence pour motif d'intérêt général. A cet effet, Cette dernière pèse sur le partenaire public qui est tenu de rendre transparent, le processus partenarial y compris, le déroulement des instances de règlement des différends. (A). En revanche, l'intérêt général invite le partenaire public à ne pas divulguer certaines informations devant les juridictions arbitrales. Le secret d'Etat empêche le partenaire public de présenter certaines preuves jugées sensibles (B).

A- L'incidence du principe de la transparence sur l'instance arbitrale relative au contrat de PPP

789. Le principe de transparence pèse sur l'administration publique dans sa gestion des affaires publiques. Les PPP ayant un but d'intérêt général bénéficient directement, au citoyen. Il n'en demeure pas moins que ce principe contredit le principe de confidentialité, un des atouts principaux de l'arbitrage. (a). L'intervention de l'Agent judiciaire du Trésor selon le droit algérien ou l'Agent judiciaire de l'État selon le droit français, constitue aussi une spécificité des instances arbitrale impliquant l'État (b). Le principe de la transparence ouvre

⁶⁴⁷ SERAGLINI, Christophe : « *Synthèse- Arbitrage international : L'instance arbitrale* », Jurisclasseur, Droit International, 13 mai 2019.

droit aussi, aux tiers intéressés de présenter leurs observations lors de l'instance arbitrale comme *amicus curiae* (c).

a- L'incidence de la transparence sur le principe de la confidentialité

790. La confidentialité constitue une des caractéristiques principales de l'arbitrage. C'est un des atouts de l'arbitrage en vertu duquel les opérateurs du commerce international préfèrent la résolution de leurs différends par voie arbitrale. L'attachement des opérateurs économiques à la confidentialité s'explique par leur crainte que la divulgation des informations liées au déroulement de l'instance arbitrale atteigne leur réputation et leur image.⁶⁴⁸

791. Cette confidentialité se traduit par l'absence de publicité des audiences ainsi que du prononcé public de la sentence arbitrale. En ce sens, l'article 1464 al. 4 du code de procédure civile français dispose que la procédure arbitrale est soumise au principe de confidentialité, sous réserve d'obligations légales ou bien, d'un accord contraire des parties⁶⁴⁹

792. Il n'en demeure pas moins que l'implication d'une personne morale de droit public dans les contrats de PPP et la mise en cause de l'intérêt général, peut conduire à un conflit entre le principe de la confidentialité des procédures arbitrales et les exigences de transparence s'imposant sur le partenaire public. En effet, la confidentialité doit céder le pas face au principe de la transparence, par dérogation conventionnelle ou légale.⁶⁵⁰

793. Tout d'abord, la dérogation à la confidentialité peut trouver sa source dans les règlements ou traités pour établir une transparence de la procédure arbitrale. C'est le cas de la convention de Washington créant le CIRDI. En effet, l'article 48 de la convention prévoit la publication des sentences arbitrales et tout document y relatif, après le consentement des parties. L'article 22 du règlement administratif et financier du centre organise la publication des informations par le secrétariat général du Centre.

794. Toutefois, après l'amendement du règlement d'arbitrage CIRDI effectué en 2022, sans remettre en cause le consentement des parties à la publication, l'article 62 du règlement

⁶⁴⁸ KEUTGEN, Guy : « *La confidentialité* » ; in. Ouvrage collectif « L'arbitrage en droit public », éd. Bruylant, Bruxelles 2010. Pp.299.

⁶⁴⁹ Article 1464 al.4 du code de procédure civile français.

⁶⁵⁰ BOULARBAH, Hakim : « *Procédures arbitrales et intérêt public* », in. *Ouvrage collectif : « Arbitrage international et intérêts publics »*, Collection sous la direction de Francarbi. Préf. Guy KEUTGEN, Bruylant, Bruxelles, 2019. Pp.77.

d'arbitrage CIRDI a admis comme principe, la publication de la sentence arbitrale, ses décisions supplémentaires ou sa rectification ou annulation. Ainsi, la publication de ces documents constitue la règle par défaut et que le consentement à la publication de ces documents est réputé avoir été donné, sauf objection écrite soulevée par une des parties dans un délai de 60 jours à partir de l'envoi du document.⁶⁵¹

795. Par ailleurs, l'exception à la confidentialité peut aussi, découler d'une loi imposant une transparence des activités administratives. C'est ainsi que le partenaire public est obligé de donner accès aux documents de la procédure arbitrale au profit des tiers intéressés. C'est le cas de la loi belge du 11 avril 1994 sur la publicité de l'administration.⁶⁵²

b- L'intervention de l'agence judiciaire du Trésor

796. Un des traits marquant de l'arbitrage en matière de PPP est l'intervention de l'Agence Judiciaire du Trésor comme représentant de l'État et ses services déconcentrés. En Algérie, l'agence Judiciaire du Trésor est une direction générale au sein du ministère des finances, chargée de représenter l'État devant les juridictions compétentes, y compris les juridictions arbitrales internationales, dans toute action tendant à faire déclarer l'État créancier ou débiteur. Cette direction générale est chargée également, de la conception et de la mise en œuvre de la stratégie de défense des intérêts du Trésor public devant les juridictions compétentes.⁶⁵³

797. Cette direction générale comprend trois directions, parmi lesquelles, la direction des affaires juridiques et de l'arbitrage international d'investissement. Cette dernière représente l'agence judiciaire du Trésor et représente l'État devant les tribunaux d'arbitrage international, dans les procédures de règlement des différends avec les investisseurs étrangers. C'est ainsi que cette direction est chargée de la constitution du dossier du différend en coordination avec l'administration concernée. Elle est chargée également, de prendre toutes les mesures nécessaires pour le choix de l'arbitre, du cabinet d'avocat et d'expert de l'État.

⁶⁵¹ Article 62 du règlement d'arbitrage du CIRDI

<https://icsid.worldbank.org/fr/reglement> (consulté le 21 janvier 2025).

⁶⁵² BOULARBAH, Hakim : « *Procédures arbitrales et intérêt public* », in. Arbitrage et intérêts publics » op.cit. note n°652. P.83.

⁶⁵³ Article 3 du décret exécutif n°24-150 du 30 avril 2024 modifiant et complétant le décret exécutif n°21-252 du 6 juin 2021 portant organisation de l'administration centrale du ministère des finances, JORADP n° 32 du 5 mai 2024.

Ainsi, elle suit le déroulement de l'instance arbitrale et veille sur l'exercice des voies de recours contre les sentences arbitrales ou bien, sur leur exécution si elles sont définitives.⁶⁵⁴

798. Le droit français connaît cette institution depuis le décret du 21 juillet 1790 portant la création de l'agent judiciaire du Trésor. Cette institution avait assuré une double fonction, celle de la représentation de l'État devant les juridictions compétentes ainsi que la fonction de recouvrement des créances de l'État. Toutefois, le décret de 1993 l'a déchargé de cette dernière fonction, confiée désormais aux comptables du Trésor public. C'est ainsi que le décret n°2012-985 du 23 août 2012 a changé sa dénomination par « L'Agence Judiciaire de l'État », une dénomination plus adéquate avec son rôle unique de représentation de l'État devant les juridictions compétentes.⁶⁵⁵

c- L'intervention d'*amicus curiae* dans l'instance arbitrale

799. Les tiers intéressés ont la possibilité d'être représentés lorsque les intérêts en cause, dépassent les parties au différend soumis à l'arbitrage.

800. En effet, l'*amicus curiae* agissent en tant que représentants ou porte-parole de ces intérêts, ils ne cherchent pas pour autant, à devenir une partie mais seulement de les faire entendre et de formuler leur point de vue sur une question de droit ou de fait intéressant les personnes non représentés aux procédures arbitrales.

801. L'*amicus curiae* renforce l'implication démocratique du citoyen et à la protection de l'intérêt général. A cet effet, il contribuerait à l'accroissement de la qualité des sentences arbitrales.

802. En matière d'arbitrage d'investissement, le mécanisme d'intervention des parties non contestantes, en qualité d'*amicus curiae* est expressément prévu dans le règlement d'arbitrage du CIRDI. Son article 37 al.2 de autorise au tribunal arbitral à recevoir des observations écrites de la part des personnes qui ne sont pas parties au litige. Ces observations concernent les questions qui s'inscrivent dans le cadre du litige. La soumission des parties non contestantes porte à l'instance arbitrale un intérêt significative. Elle a pour but d'assister le tribunal arbitral à trancher les questions du fait ou du droit, relative au litige, en apportant une

⁶⁵⁴ Article 3 du décret exécutif n°24-150 du 30 avril 2024 modifiant et complétant le décret exécutif n°21-252 du 6 juin 2021 portant organisation de l'administration centrale du ministère des finances, op.cit. note n°653

⁶⁵⁵ HARZI, Lounes : « L'agent judiciaire du Trésor », in. المجلة الجزائرية للحقوق والعلوم السياسية, n°3, juin 2017.

connaissance, un point de vue ou un éclairage particulier. Ces apports sont distincts à ceux présentés par les parties.⁶⁵⁶

803. Un mécanisme comparable a été prévu par l'article 4 du règlement de la CNUDCI sur la transparence dans l'arbitrage entre investisseurs et États fondé sur un TBI. Toutefois, ce mécanisme d'intervention est exclu dans d'autres types d'arbitrage jugé incompatible avec le principe de confidentialité y primant. Alors contrairement, à l'arbitrage CIRDI où les demandes font l'objet de publicité, le principe de confidentialité dans d'autres type d'arbitrage, rend sur le plan pratique, une telle demande de formulation d'observation inévidente.⁶⁵⁷

B- La non divulgation des preuves pour motifs d'intérêt général

804. On a vu que la mise en jeu des intérêts publics dans l'arbitrage en matière de PPP impose une certaine transparence des procédures. Inversement, la nécessité de préserver ces mêmes intérêts publics justifie le refus de partager certains documents ou informations sensibles ou qualifiés de secret d'État avec le partenaire privé adversaire et/ou le tribunal arbitral.

805. Il s'agit notamment, des affaires touchant le domaine de la défense, la sécurité nationale, de l'énergie nucléaire, de l'aéronautique. Au-delà de ces domaines, il existe des hypothèses de restrictions justifiée par des motifs institutionnels ou politiques particulièrement sensibles.

Section 2 : Le droit applicable au fond

806. La question du droit applicable se pose essentiellement, pour l'arbitrage international. En effet, en matière interne, c'est le droit du partenaire public qui devrait régir le contrat. On ne peut pas imaginer qu'un arbitre dans un contrat de PPP d'ordre interne procède au règlement du litige en se référant à un droit étranger ou aux règles du droit international. Le partenaire privé dans un PPP d'ordre interne devrait se soumettre au droit public interne. En revanche, la question du droit applicable se pose avec plus d'acuité en

⁶⁵⁶ Article 37 al.2 du règlement d'arbitrage CIRDI, op.cit. note n° 622.

⁶⁵⁷ BOULARBAH, Hakim : « Procédure arbitrale et intérêts publics », op.cit. note n°652. P.85.

matière d'arbitrage international puisque l'arbitre tranche le litige en application de règles de droit choisies par les parties. A défaut d'un tel choix, il lui appartient de trancher le litige selon les règles de droit et usages qu'il estime appropriés.⁶⁵⁸

807. En effet, la détermination du droit applicable est soumise aux mêmes règles régissant l'arbitrage en droit commun. (**Sous-section 1**). Cependant, Si le principe de l'autonomie de la volonté est admis dans la plupart des droits modernes de l'arbitrage, en pratique les choses ne sont pas aussi simples. La particularité du contrat de PPP et la présence d'une partie publique font en sorte que cette liberté soit restreinte. Nous assistons à des cas de passer outre par l'arbitre international de la clause de *choice of law*. La particularité des litiges relatifs aux PPP nous pousse à reclasser les sources du droit applicables en la matière. En effet, les sources du droit applicable au fond d'un litige relatif au PPP se diffèrent à celles régissant les litiges relatifs au commerce international. Ainsi, les premières consacrent une primauté à certaines sources, comme le droit de l'État contractant et à titre subsidiaire, le droit international public, surtout en matière d'investissement, au détriment d'autres sources comme le droit public étranger ou l'arbitrage amiable, dont leur applicabilité demeure contestée en matière de litiges relatifs aux PPP. (**Sous-section 2**).

Sous-section 1 : La détermination du droit applicable

808. Le contrat devrait se référer à un ordre juridique déterminé, soit par les parties ou à défaut par le tribunal arbitral. Ainsi, la *lex contractus* ne peut constituer à lui seul, l'ordre juridique auquel se réfère l'arbitre. Toute théorie se reposant sur la capacité de la *lex contractus* à prévoir des solutions aux éventuels litiges, a été réfutée. Tel est le cas de la théorie de l'autosuffisance du contrat considérant que le contrat s'autosuffit à lui-même et qu'il soit un ordre juridique autonome détaché du droit international ou interne. Or, la majorité de la doctrine a critiqué cette théorie pour plusieurs raisons, entre autres, le contrat devrait s'insérer dans un ordre juridique déterminé et ne peut exister dans le vide. Les lacunes

⁶⁵⁸ Article 1050 du CPCA algérien.

sont inévitables et les parties ne peuvent pas généralement, anticiper des solutions à l'ensemble des litiges⁶⁵⁹. La pratique arbitrale va de soi en ce qu'elle rejette cette théorie. C'est le cas dans la sentence *Armaco* disposant qu'un contrat ne peut exister en *vacuum* mais devrait se reposer sur un droit⁶⁶⁰.

809. Les mêmes critiques ont été dirigées contre la théorie du rôle subsidiaire de la loi. Selon cette théorie, les parties créent un ordre juridique indépendant et se libèrent de toute loi qui entraverait leurs intérêts. Toute en se référant au droit international ou à l'ordre juridique de l'État contractant pour l'interprétation ou afin de combler les lacunes de la *lex contractus*.

810. Il en va de même pour la théorie de l'incorporation de la loi au contrat où la clause de droit applicable est traitée comme étant une simple clause contractuelle. Ainsi, la loi perd sa qualité de norme et deviendrait une clause soumise aux aléas et pouvant être écartée ou modifiée par les parties.

811. La doctrine a considéré que la référence exclusive à la *lex contractus* n'est pas une méthode prometteuse pour éviter l'application de la loi de l'État contractant⁶⁶¹. Ainsi, il est nécessaire de se référer à un ordre juridique régissant le contrat et servant de base pour l'arbitre pour qu'il trouve une solution aux litiges⁶⁶².

812. En effet, vu la base conventionnelle de l'arbitrage, c'est le principe de l'autonomie de la volonté qui préside la question de la détermination du droit applicable. En effet, la détermination des règles de droit applicable se caractérise globalement, par son libéralisme et sa souplesse (§1). Toutefois, le tribunal arbitral est tenu de respecter l'ordre public (§2).

§1- La liberté du choix du droit applicable

813. A l'instar du droit commun de l'arbitrage international, le principe de l'autonomie de la volonté demeure la pièce centrale dans le régime juridique de l'arbitrage. Il en va de soi en matière de désignation du droit applicable où les parties sont libres -sous certaines réserves- de choisir le droit devant gouverner leur contrat et auquel l'arbitre

⁶⁵⁹ LOUSSOUARN, Y. « Principaux courants du droit international privé à l'époque actuelle, RCADI année 1973.

⁶⁶⁰ Sentence du 23 août 1958, *Armaco c/Gouvernement de l'Arabie Saoudite*. RCDIP. 1969.

⁶⁶¹ DJOGLU, Raymond : « *Le droit applicable au différend dans l'arbitrage d'investissement : entre volonté des parties et office de l'arbitre* » . in. *Revue Internationale de Droit Économique*, 2022/1. T/XXXVI.

⁶⁶² WAKED JABER, Rita : « La notion du contrat administratif international : Essai d'une théorie générale à travers l'exemple du contrat BOT (Build, Operate and Transfer) », op.cit. note n°74P.676.

international se référerait en cas de litige. Les parties disposent ainsi, d'une liberté à déterminer le droit applicable au fond du litige, selon le rapport de force entre elles (A). Ensuite, à défaut d'une telle détermination par les parties, il appartient au tribunal arbitral soit de déduire la volonté implicite des parties (B) ou procéder à la détermination des règles de droit ou usages qu'il estime approprié (C).

814. D'autre part, il faut poser la question de la méthode devant être adoptée par l'arbitre. Faut-il adopter une approche conflictuelle ou au contraire, l'arbitre étant libre, pourrait-il appliquer directement les règles de droit qu'il estime appropriés. C'est ainsi que nous allons mesurer l'étendue de cette liberté à l'aune de la méthode adoptée par le tribunal arbitral (D).

A- La primauté du principe de la liberté des parties pour le choix du droit applicable

815. Une des traits marquant de l'arbitrage international est la faculté des parties à choisir le droit applicable au fond du litige. Cette faculté est reconnue par tous les systèmes du droit comparé et aussi, en droit conventionnel.⁶⁶³

816. En droit conventionnel, est-elle consacrée par la majorité des conventions internationales. A la tête desquelles, la Convention de Washington dont l'article 42 al.1 qui va dans ce sens en disposant que le tribunal arbitral statue conformément aux règles de droit, adoptées par les parties.⁶⁶⁴

817. L'article 1050 du CPCA algérien a aussi, affirmé ce principe en disposant que le tribunal arbitral tranche le litige en application des règles de droit choisies par les parties.

818. Les parties ont la liberté de choisir le droit applicable ayant le plus de proximité avec le contrat ou le droit qui procure plus de protection à l'une ou à l'autre partie. Cependant, dans les contrats publics, les parties choisissent généralement la loi la plus proche de l'investissement, en l'occurrence, le droit de l'Etat contractant. Surtout en matière de PPP où le partenaire public devant appliquer les principes de la mise en concurrence, fait appel à

⁶⁶³ TRARI-TANI, Mostefa: "L'arbitrage commercial international : Avec référence au droit et à la pratique des pays du Maghreb -Algérie, Libye, Maroc, Mauritanie et Tunisie-) », op.cit. note n°184.

⁶⁶⁴ Convention de Washington. Op.cit. note n° 342.

plusieurs candidats nationaux ou étrangers, et c'est évident qu'il va appliquer son droit interne dans un contexte d'un niveau élevé de concurrence.

819. En revanche, rien n'empêche les parties de choisir un droit autre que celui de l'État contractant, en l'occurrence, le droit national du partenaire privé étranger ou tout autre droit procurant plus de protection pour le partenaire privé étranger. Si on est en présence d'un faible niveau de concurrence. En effet, la question du choix demeure le produit de rapport de force.

B- La prise en compte de la volonté tacite des parties quant au choix du droit applicable

820. Il peut arriver que les parties n'aient pas choisi le droit applicable au fond, soit en raison que les contractants n'ont pas envisagé un litige. Une hypothèse qu'est devenue assez rare actuellement. Il est fréquent, aussi, que les parties aient refusé, volontairement de soulever la question par crainte de l'échec de leurs négociations et que leur contrat ne soit pas conclu⁶⁶⁵. Ou bien encore, dans les arbitrages basés sur un traité bilatéral d'investissement, les parties ont inséré une clause attributive de juridiction, référant la résolution des litiges à la compétence exclusive des tribunaux étatiques. C'est évident que les parties n'aient pas convenu sur le droit devant être appliqué au fond de leurs litiges éventuels dans la mesure où les juridictions locales appliquent systématiquement, leurs droits nationaux.

821. Cependant, il ne faudrait pas en déduire l'absence de leur volonté de soumettre leurs litiges éventuels à un droit déterminé. En effet, il en existe une intention implicite que le tribunal arbitral devrait rechercher. Une volonté révélée dans des circonstances laissant présager un droit choisi implicitement⁶⁶⁶. C'est le cas par exemple de la sentence Texaco où M. Dupuy a déduit l'application du droit international puisque les parties ont choisi l'arbitrage international pour tous les litiges relatifs à l'interprétation ou à l'exécution du contrat.

822. En tout état de cause, la doctrine n'est pas semble-t-il unanime à la question de la quête de la volonté implicite. Certains voient que l'arbitre doit se fonder sur la seule volonté explicite des parties. Ce courant voit que la raison de l'absence de choix exprès par les parties

⁶⁶⁵ WAKED JABER, Rita : « La notion du contrat administratif international : Essai d'une théorie générale à travers l'exemple du contrat BOT (Build, Operate and Transfer) », op.cit. note n°74. P. 735

⁶⁶⁶ WAKED JABER, Rita : « La notion du contrat administratif international : Essai d'une théorie générale à travers l'exemple du contrat BOT (Build, Operate and Transfer) », op.cit. note n°74 p.736.

réside soit de leur volonté d'abstenir de soulever la question du droit applicable pendant la négociation par crainte que le contrat ne soit pas conclu ou bien, qu'elles n'ont pas envisager l'hypothèse d'un litige, ce qui est rare dans les contrats récents. La quête de la volonté implicite pourrait conduire l'arbitre à déterminer un droit que les parties n'avaient pas voulu et qui ne traduit pas leur véritable intention.

C- Le rôle subsidiaire de l'arbitre dans la détermination du droit applicable

823. Le droit commun de l'arbitrage international admet la liberté de détermination par l'arbitre, le droit applicable au fond. Cela est dans le cas où ce de dernier n'a pas été choisi par les parties, ni explicitement ni implicitement.

824. C'est ainsi que la majorité des droits internes régissant l'arbitrage international, a consacré cette liberté et a donné au tribunal arbitral la liberté de la détermination des règles de droit qu'il estime appropriées. C'est le cas du législateur algérien dans l'article 1050 en disposant : « *Le tribunal arbitral tranche le litige en application des règles de droit que les parties ont choisies, ou à défaut, selon les règles de droit et usages qu'il estime appropriées* »⁶⁶⁷. C'est le cas aussi du droit marocain en utilisant le terme : « *règles de droit qu'il estime appropriées* » ou encore son homologue tunisien en utilisant le terme : « *la loi qu'il estime appropriée* »⁶⁶⁸.

D- Les méthodes utilisées pour la mise en œuvre du droit applicable

825. La question de la mise en œuvre de la loi de l'autonomie a divisé la doctrine en deux courants : le premier courant accorde une liberté absolue aux parties de choisir la loi applicable et a reconnu l'application directe de la loi de l'autonomie sans passer par la méthode conflictuelle. Pourvu que ce choix soit raisonnable, fait de bonne foi, et qui ne porte pas atteinte à l'ordre public⁶⁶⁹.

⁶⁶⁷ Article 1050 de la loi n°08-09 du 25 février 2008 portant code de procédure civile et administrative, modifiée et complétée. Op.cit. note n°154.

⁶⁶⁸ Article 73 de la loi n°93-42 du 26 avril 1993 portant le code de l'arbitrage (Tunisie). Journal officiel de la République Tunisienne n°33 publiée le 04 mai 1993.

⁶⁶⁹ MAYER, P. "Droit international privé ». Ed. Montchrestien, 1987.

826. En revanche, un deuxième courant a restreint la liberté des parties pour choisir le droit applicable, et l'a subordonné à l'application des règles de conflits des lois. Ainsi, le juge ou l'arbitre devrait sanctionner le choix exprès du droit applicable par une règle légale de rattachement. Par la suite, l'arbitre ne peut appliquer le droit choisi par les parties sauf si la règle de conflit aboutirait à l'application de ce droit.

827. Faudrait-il savoir l'ordre juridique auquel appartient les règles de conflits. Puisque l'arbitre international n'a pas de *lex fori*.. Pour M. KLEIN, l'arbitre devrait appliquer la règle de conflit en vigueur dans le droit choisi par les contractants à moins que ces derniers aient stipulé le contraire. Cependant, cet avis a été réfuté puisqu'il est en contradiction avec le caractère consensuel de l'arbitrage. Pour d'autres, la *lex fori* du tribunal arbitral, correspond à celle en vigueur dans l'État du siège de l'arbitrage. C'est ce qui a été relevé dans une sentence de la CCI rendue en 1975 où le tribunal devrait s'inspirer des règles de conflits de lois, en vigueur à Genève, siège de l'arbitrage⁶⁷⁰.

828. Néanmoins, l'Association du droit international a recommandé que l'arbitre devrait se dégager d'appliquer son droit national ou le droit du siège. Ceci dans sa recommandation n°4, issue de sa réunion tenue à Rio de Janeiro (été 2008) concernant la question de la détermination du contenu du droit applicable, en matière de l'arbitrage commercial international⁶⁷¹.

829. C'est ainsi que la doctrine a conclu que l'arbitre devrait appliquer directement la loi de l'autonomie, sans passer par les règles de conflits, puisque le tribunal arbitral n'a pas de système de rattachement ni une *lex fori*. Il n'est en outre, pas garant de l'ordre juridique d'un État donné.⁶⁷²

830. En effet, la démarche conflictuelle ayant régi l'arbitrage international pendant longtemps, a cédé le pas à la méthode matérielle renvoyant aux « règles de droit », comme il a

⁶⁷⁰ WAKED JABER, Rita : « La notion du contrat administratif international : Essai d'une théorie générale à travers l'exemple du contrat BOT (Build, Operate and Transfer) », op.cit. note n°74P.735

⁶⁷¹ MAYER, P. “ *Reflexions on the international arbitrator's duty to apply the law in Lew and Mistily Arbitration insights*, in Lower Law International 2007

⁶⁷²WAKED JABER, Rita : « La notion du contrat administratif international : Essai d'une théorie générale à travers l'exemple du contrat BOT (Build, Operate and Transfer) », op.cit. note n°74. P.736.

été prévu par l'article 1050 du CPCA algérien, et non à « la loi » et a élargi le champ de référence.⁶⁷³

831. Pour M. TRARI-TANI, le nouveau droit algérien et marocain en renvoyant expressément, « *aux règles de droit et usage* ». (article 1050 du CPCAA) ou seulement « *les règles le droit* » pour son homologue marocain. Ces formulations sont pour l'application directe du droit sans passer par les règles de conflit des lois. Cela contrairement au texte tunisien ou l'ancien texte marocain. Ces textes renvoyant au concept de « *loi* », demeurent proches de la méthode conflictuelle⁶⁷⁴.

832. En tout état de cause, ces textes ont octroyé à l'arbitre une liberté de choisir la méthode soit la méthode conflictuelle ou bien une détermination directe. Sans pour autant se référer au droit du siège auquel la méthode choisie devrait être autonome. Ainsi, les règles substantielles ou conflictuelles du droit du siège devraient être évincées.⁶⁷⁵

833. Tandis que M. Terki voit que même si l'article 1050 du CPCAA aie abrogé implicitement, l'article 18 al.3 du code civil algérien et que la doctrine voit que l'article 1050 précité donne plus de liberté à l'arbitre quant à la méthode de détermination du droit applicable au fond et s'inscrit dans la tendance actuelle de l'arbitrage commercial international. Cette approche ne lui a pas convaincu. M. Terki voit que « *Si le législateur avait réellement voulu pallier le silence des parties en substituant leur volonté par celle des arbitres, il n'aurait certainement pas fait obligation à ces derniers de recourir d'une manière supplétive aux -règles de droit et usages appropriés- formulation qui a plutôt une connotation objective que subjective* ». En outre, notre législateur s'est inspiré de l'article 1496 du NCPC français. Cet article devant être interprété à la lumière de la Convention de Rome du 19 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles, dont l'article 4-1 prévoit que : « *Dans la mesure où la loi applicable au contrat n'a pas été choisie, le contrat est régi par la loi du pays avec lequel il présente les liens les plus étroits* ». Par conséquent, M. Terki a conclu que : « *si le respect des -règles et usages...appropriés- n'oblige pas le tribunal arbitral à adopter une approche conflictuelle, cela ne signifie pas pour autant que sa volonté se substitue purement et simplement à des parties. La référence législative à l'expression « appropriés » impose en effet à la juridiction arbitrale de prendre en considération toutes les*

⁶⁷³ TRARI-TANI, Mostefa : « L'arbitrage commercial international : Avec référence au droit et à la pratique des pays du Maghreb (Algérie, Libye, Maroc, Mauritanie et Tunisie). » op.cit. note n°184. P. 244.

⁶⁷⁴ Ibid.. p.245.

⁶⁷⁵ Ibid. p. 246.

*circonstances de l'affaire et en particulier, la nature du contrat ainsi que son objet pour désigner, en fonction de toutes les indices de rattachement, le droit et les usages les plus adéquats pour régir cette relation ».*⁶⁷⁶

§2- Les limites du principe de la liberté du choix du droit applicable

834. Si la liberté du tribunal arbitral quant à la détermination du droit applicable au fond a été affirmée en matière du droit commun de l'arbitrage international. Il n'en demeure pas moins qu'elle connaît des tempéraments. C'est ainsi que le tribunal arbitral devrait respecter l'ordre public transnational **(A)** et les lois de police. **(B)**. Ces limites classiques s'ajoutent à l'obligation de l'arbitre tranchant en matière de PPP, de se référer à certaines sources de droit.⁶⁷⁷

A- Les lois de police

835. Les lois de police sont des lois internationalement, impératives. Dénommées aussi des lois d'application immédiate.⁶⁷⁸ C'est une notion bien connue en droit international privé classique et constituait même dans les pays socialistes une chance supplémentaire de voir leurs lois interventionnistes appliquées par l'arbitre.⁶⁷⁹

836. En effet, la loi de police est définie par le règlement Rome I comme étant : « *Une disposition impérative dont le respect est jugé crucial, par un pays pour la sauvegarde de ses intérêts publics tels que son organisation politique, économique ou sociale, au point d'en exiger l'application à toute situation entrant dans son champ d'application quelle que soit par ailleurs, la loi applicable au contrat, d'après le présent règlement.* ».⁶⁸⁰

837. Ces lois sont constituées par un ensemble de lois d'ordre public dont la finalité est de régir et d'appréhender des rapports juridiques qui rentrent dans leur champ d'application, même si ces derniers présentent un élément d'extranéité. C'est ainsi que

⁶⁷⁶ TERKI, Nour-Eddine : « *L'arbitrage commercial international en Algérie* » op.cit. note n°459.

⁶⁷⁷ Cf. Infra. § 843.

⁶⁷⁸ RACINE, Jean-Baptiste : « *Le droit de l'arbitrage* » op.cit. note n°240.

⁶⁷⁹ TRARI-TANI, Mostefa : « *L'arbitrage commercial international (Avec référence au droit et à la pratique des pays du Maghreb -Algérie, Libye, Maroc, Mauritanie et Tunisie-)* », op.cit. note n°184.

⁶⁸⁰ Article 9 du règlement n° 593/2008 du Parlement Européen et du Conseil du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I)

l'intervention de ces lois est indépendante de tout recours à la méthode conflictuelle. En somme, les lois de police sont d'application immédiate.⁶⁸¹

838. Les contours de la notion de lois de police est une tâche malaisée. Ces lois sont moins définies par leur matière que par leur finalité de sauvegarder l'organisation politique, sociale ou économique. Ainsi, le critère de distinction entre les lois de police et les autres lois impératives réside dans le degré de l'intérêt de l'État à leur application qui peut être parfois extraterritoriale⁶⁸².

839. En principe, les lois de police ne souffrent d'aucune exclusion lorsqu'elles font partie du droit applicable choisi par les parties ou à défaut, déterminé par l'arbitre. Elles s'imposent naturellement, par l'arbitre sauf circonstance exceptionnelle⁶⁸³. En revanche, nous portons notre attention ici sur les lois de police extérieures à *lex causea* comme limite au droit choisi par les parties ou déterminé par le tribunal arbitral. Ce dernier est tenu de respecter la loi de police en raison de son devoir général du respect de l'ordre public. Ainsi, il est possible que l'arbitre prenne en considération la loi de police comme un élément de fait.⁶⁸⁴

840. M. Racine voit que pour l'application de la loi de police extérieure à la *lex causea*, Il devrait y exister un lien étroit entre la loi de police et le litige.⁶⁸⁵ Alors que dans plusieurs cas, la loi de police a été écartée pour sa non-conformité à l'ordre public transnational. C'est le cas de l'affaire Hilmarton une société de droit anglais ayant conclu un contrat avec une société française *Omnium de traitement et de valorisation* (OTV), où cette dernière avait confié à Hilmarton une mission de conseil juridique et fiscal ainsi que de coordination dans le domaine administratif, en vue de l'obtention d'un marché de travaux concernant un réseau d'assainissement de la ville d'Alger. Ce contrat est soumis à la loi suisse. Un litige est survenu relatif au versement des commissions à la suite duquel une sentence a été rendue le 1 août 1988, par un arbitre unique siégeant à Genève a décidé que le contrat en cause enfreignait une loi de police algérienne, interdisant le recours aux intermédiaires dans le commerce international. Cette sentence a été annulée par la Cour de

⁶⁸¹ OSMAN, Filali : « Arbitrage international, lex mercatoria et droit public : approche sous l'angle du droit applicable au fond du litige », in. Les cahiers de l'arbitrage, n°2 du 01 avril 2022, p.453.

⁶⁸² Ibid. p.5.

⁶⁸³ RACINE, Jean-Baptiste : « Le droit de l'arbitrage » op.cit. note n°240. P.507.

⁶⁸⁴ Ibid. p. 500.

⁶⁸⁵ Ibid. p. 507.

Justice de Canton de Genève au motif que le recours aux intermédiaires ne choque pas le droit suisse applicable.⁶⁸⁶

B- L'ordre public transnational

841. L'arbitre n'étant rattaché à aucun for étatique et par conséquent, n'est garant d'aucun ordre public d'un État. A cet effet, il est garant d'un ordre public qui correspond à sa mission, l'ordre public transnational.⁶⁸⁷

842. En outre, même si l'exception de l'ordre public transnational limitant le principe de la liberté de détermination du droit applicable, n'existe pas dans les lois relatives à l'arbitrage, l'arbitre doit soulever d'office l'exception d'ordre public international. Cela est dû au fait que la reconnaissance ou l'exécution d'une sentence arbitrale pourrait être refusée au motif de sa contrariété à l'ordre public.⁶⁸⁸

Sous-section 2 : Les sources prédominantes du droit applicable au fond d'un litige relatif au PPP

843. En dépit des limites classiques sur la liberté de détermination du droit applicables par les parties ou à défaut, par le tribunal arbitral, la particularité des contrats de PPP pousse les arbitres et même les parties à se soumettre à certaines sources du droit applicable et d'évincer d'autres.

844. On assiste dans la pratique à une hégémonie du droit de l'État contractant (§1), nuancée ou concurrencée par l'intervention du droit international comme une sources du droit applicable dont la doctrine a été divisée quant à son articulation avec le droit de l'État contractant. Cela sans oublier l'évolution des principes généraux du droit comme une source de droit applicable au fond dans les litiges impliquant les personnes morales de droit public, y compris ceux relatifs aux contrats de PPP (§2).

845. D'ailleurs, cet état a poussé les rédacteurs de la convention de Washington dans son article 42 al.2, la prise en compte du droit de l'État contractant et les principes du droit

⁶⁸⁶ TRARI-TANI, Mostefa : « L'arbitrage commercial international (Avec référence au droit et à la pratique des pays du Maghreb -Algérie, Libye, Maroc, Mauritanie et Tunisie-) », op.cit. note n°184. P.264

⁶⁸⁷ RACINE, Jean-Baptiste : « Le droit de l'arbitrage », op.cit. note n°240. p.509.

⁶⁸⁸ TRARI-TANI, Mostefa : « L'arbitrage commercial international (Avec référence au droit et à la pratique des pays du Maghreb -Algérie, Libye, Maroc, Mauritanie et Tunisie-) », op.cit. note n°184. p.265..

international, comme une règle résiduelle devant être appliquée par le tribunal arbitral, en cas d'absence de choix du droit applicable par les parties.

846. En effet, l'article 42 de la convention de Washington créant le CIRDI dispose que « *Le Tribunal statue sur le différend conformément aux règles de droit adoptées par les parties. Faute d'accord entre les parties, le Tribunal applique le droit de l'État contractant partie au différend—y compris les règles relatives aux conflits de lois—ainsi que les principes de droit international en la matière* ».

847. Toutefois, l'application du droit international malgré son succès en matière d'arbitrage CIRDI, a été critiquée par la doctrine et c'est ainsi que d'autres auteurs ont préconisé l'application des principes généraux du droit ou plus généralement, le droit transnational comme ordre juridique le mieux adapté à ce genre de relation (§3).

§1- L'hégémonie du droit de l'État contractant comme source de droit applicable au fond

848. Une des spécificités des contrats impliquant une partie publique, est la possibilité de convenir à l'application directe du droit de l'État contractant sans passer par les règles de conflit de lois⁶⁸⁹. En effet, les règles de conflits de lois dans la majorité des droits comparés renvoient au droit de l'État du partenaire public. Ce dernier ayant des liens les plus étroits avec le contrat de PPP, puisque la conclusion de ce dernier est soumise aux règles rigoureuses de la commande publique, édictées par le droit du partenaire public. Le lieu de conclusion et celui de l'exécution se trouvent *a fortiori* dans le pays du partenaire public.

Le texte français ayant permis le recours à l'arbitrage en matière de marché de partenariat, a exigé l'application de la loi française.

849. Cette hégémonie se manifeste tant pour les parties, à travers une clause de *choice of law* **(A)**. Il en va ainsi, pour le tribunal arbitral qui déduit son applicabilité en recherchant la volonté implicite des parties **(B)**. A défaut, le tribunal arbitral est invité à appliquer à priori le droit de l'État contractant comme le droit pertinent pour résoudre les litiges relevant aux contrats de PPP **(C)**.

⁶⁸⁹ SAAD, Rami « *L'arbitrage dans les contrats administratifs : étude comparée, droit Français-droit libanais* », op.cit. note n°238. Pp. 330.

A- L'application du droit de l'État contractant à travers la clause du droit applicable

850. Même si le principe de l'autonomie de la volonté autorise aux parties le choix des règles de droit qu'elles estiment pertinentes. Dans les contrats de PPP, il est de mise de choisir le droit de l'État contractant pour la résolution du fond des litiges éventuels. Cela s'explique par la position de force du partenaire public, qui choisit son partenaire privé à travers une procédure de mise en concurrence. Ainsi, constate-t-on que le droit applicable choisi par les parties, dans la majorité des contrats de PPP demeure le droit de l'État contractant. Il est difficile que le partenaire public accepte de renoncer à son droit local, en raison de l'insertion du projet dans l'économie locale.⁶⁹⁰ Il est assez rare ainsi, qu'on trouve que les parties choisissent un autre droit octroyant plus de protection au partenaire privé à moins que ce dernier se trouve dans une position de force et dans un contexte d'un faible niveau de concurrence.

851. Les règles de conflits dans les droits comparés renvoient également, à l'application du droit de l'État contractant, puisque dans les contrats de PPP, ce dernier a le plus degré de rattachement avec le contrat de PPP.

852. Cependant, et malgré la clarté de la clause contractuelle on assiste dans la pratique à des cas d'éviction par le tribunal arbitral, du choix pourtant exercé par les parties. Ces cas d'éviction sont liés à la désuétude du droit local du partenaire public ou bien, sa contrariété aux principes généraux du droit et aux principes du droit international.

853. C'est ainsi que nous allons voir que les tenants de l'internationalisation des contrats publics, militent pour l'application du droit international au détriment du droit de l'État contractant. En voyant que l'équité exige son application pour faire face aux aléas législatifs du partenaire public et protéger ainsi, le partenaire privé.

854. Certains auteurs voient que l'insertion des clauses de stabilisation ou de gel de droit peuvent atténuer ou limiter le pouvoir normatif de l'État.

855. En effet, les clauses de stabilisation ont pour but de geler le droit national du partenaire public dans l'état où il se trouve à la date de conclusion du contrat et ainsi,

⁶⁹⁰ BEN HAMIDA, Walid : « Les contrats de BOT à l'heure du nouveau droit des investissements internationaux », op.cit. n°76.

prévenir la modification ultérieure de ce droit pendant une durée limitée dans le temps ou pendant la vie du contrat⁶⁹¹.

856. Les clauses de stabilisation ainsi que les clauses d'intangibilité « *hardship clauses* », constituent une garantie offerte au partenaire privé destinée à contrebalancer les aléas résultant de la qualité étatique du partenaire public⁶⁹². Les premiers sont destinées à faire face aux aléas résultant du pouvoir normatif, tandis que les seconds constituent une protection contre les aléas administratifs et le pouvoir du partenaire public de modifier unilatéralement, le contrat de PPP. Ces deux types de clauses rentrent dans la catégorie de clauses de protection.

857. La force obligatoire de ces clauses est fondée sur des principes généraux du droit international, tels que le principe de *pacta sunt servanda* et le principe de l'inviolabilité du contrat. La méconnaissance du partenaire public de son engagement contractuel de geler sa loi, conduirait à sa condamnation. C'était le cas d'une sentence rendue dans l'affaire Liamco opposant l'État Libyen où le tribunal arbitral a condamné ce dernier en estimant que de telles clauses sont courantes dans les contrats de développement à long terme et sont destinées à éviter les actions arbitraires de l'État et que leur méconnaissance touche au principe de l'inviolabilité du contrat reconnu en droit interne et en droit international⁶⁹³.

858. Cependant, la portée de ces clauses est relative dans la mesure où ces clauses demeurent immuables.

859. Il est à noter que la modification unilatérale par le partenaire public de sa loi en dépit de l'existence d'une clause de gel de droit, ne compromet pas sa souveraineté puisqu'il a convenu siémemment, d'insérer une telle clause.

860. En revanche, Il a été reconnu à l'État le pouvoir normatif et de réorienter le contrat en fonction de l'intérêt général. Il relève au tribunal arbitral de vérifier les motifs

⁶⁹¹ SAAD, Rami « L'arbitrage dans les contrats administratifs : étude comparée, droit Français-droit libanais », op.cit. note n°238. P.333.

⁶⁹² LALIVE, J.F : « Contrats entre Etats ou entreprises privées étatiques, Développements récents », in. RCADI 1983

⁶⁹³ SAAD, Rami « L'arbitrage dans les contrats administratifs : étude comparée, droit Français-droit libanais », op.cit. note n°238. P. 334.

qui ont justifier l'amendement de ladite loi. En tout état de cause, la responsabilité du partenaire public serait engagée⁶⁹⁴.

861. S'agissant de la portée du droit de l'État contractant choisi par les parties, certains auteurs voient qu'à l'heure actuelle, et dans un contexte de mondialisation des droits nationaux surtout ceux régissant le domaine économique, il est difficile d'affirmer qu'un système juridique national est insuffisamment développé. En principe, les droits nationaux ne puissent être écartés sous prétexte d'arriération⁶⁹⁵

862. On peut également, insérer une clause accordant au partenaire privé un droit à la compensation intégrale de toute perte résultant d'un changement de législation. C'est l'exemple d'une clause insérée dans un contrat BOT relatif à une centrale électrique dans la province chinoise Guangxi, laquelle prévoit qu'en cas de modification législative ayant pour effet de produire des surcoûts ou de retarder les recettes du projet, le gouvernement du Guangxi devrait remettre la société de projet dans les conditions économiques qui prévalaient pour elle, à une certaine date contractuellement, fixée.⁶⁹⁶

A- La déduction du choix du droit de l'État contractant, par la recherche de la volonté implicite des parties

863. En cas d'absence de choix exprès par les parties du droit applicable, le tribunal arbitral vérifie minutieusement, qu'il n'y pas de choix implicite sur la question du droit applicable en utilisant un faisceau d'indices pour estimer à tort ou à raison, que les parties ont choisi implicitement, le droit applicable⁶⁹⁷.

864. Parmi les indices permettant de déduire que les parties ont choisi le droit de l'État contractant, comme étant le droit applicable au fond, la compétence des juridictions locales du partenaire public, est l'un des indices déterminants. Il a été reconnu que celui qui choisit le juge choisit son droit. La référence à cet indice est plausible, surtout pour les

⁶⁹⁴ SAAD, Rami « L'arbitrage dans les contrats administratifs : étude comparée, droit Français-droit libanais », op.cit. note n°238. p. 342 et s.

⁶⁹⁵ Ibid. p.339.

⁶⁹⁶ BEN HAMIDA, Walid : « Les contrats de BOT à l'heure du nouveau droit des investissements internationaux », op.cit. note n°76.

⁶⁹⁷ DJOGLU, Raymond, « Le droit applicable au différend dans l'arbitrage d'investissement : Entre volonté des parties et office de l'arbitre », op.cit. note n°663.

arbitrages basés sur un TBI, où la clause de la compétence judiciaire est incluse dans une bonne partie des contrats d'investissement.

865. D'autres éléments ont été avancés comme des indices d'un choix implicite du droit de l'État contractant, tels que le lieu d'exécution qu'est un élément marquant dans les contrats de PPP ; le lieu de conclusion et la monnaie de paiement peuvent aussi jouer un rôle important pour la quête de la volonté tacite.

866. Le comportement des parties peut aussi être considéré comme un indice au profit du choix du droit de l'État d'accueil. C'est le cas dans l'affaire LETCO contre Liberia où les parties ont fait référence à certains éléments spécifiques à la législation libérienne. Le tribunal arbitral exerçant sous l'égide du CIRDI, a soutenu : « *La référence à des éléments spécifiques, de la législation de l'État d'accueil dans les accords entre les parties, équivalait à un choix général de sa loi* »⁶⁹⁸. Cependant, cet argument n'a pas fait l'unanimité au sein de la pratique arbitrale. C'était le cas dans l'affaire *SPP contre l'Egypte* où cette solution n'a pas trouvé de réponse⁶⁹⁹.

B- Le droit de l'État contractant par détermination du tribunal arbitral

867. Théoriquement, le droit de l'État contractant est souvent sollicité, en cas d'absence du choix exprès ou tacite par les parties du droit applicable au fond du litige.

868. De prime abord, dans le silence des parties, l'arbitre tend à appliquer les règles de droit les plus appropriées. C'est ainsi que le droit de l'État d'accueil présente les liens les plus étroits avec les contrats de PPP. En effet, les règles de conflits de lois dans la majorité des systèmes comparés renvoient au droit de l'État contractant. Ce dernier est souvent constitué le lieu de conclusion et/ou d'exécution du contrat de PPP. Il a en outre, une relation directe avec l'investissement.

869. D'ailleurs, une présomption a été posée par la Cour Permanente de Justice Internationale en faveur de l'application du droit de l'État contractant. C'était dans sa décision rendue à l'occasion de l'affaire des Emprunts serbes, selon laquelle : « *Tout contrat qui n'est pas un contrat entre États, en tant que sujet de droit international, a son*

⁶⁹⁸ *LETCO c. Liberia*, Award, 31 mars 1986, 2 ICSID Reports 358.

⁶⁹⁹ DJOGLU, Raymond : « *Le droit applicable au différend dans l'arbitrage d'investissement : entre volonté des parties et office de l'arbitre* », *op.cit.* note n°663.

fondement dans une loi nationale, la question de savoir quelle est cette loi, fait l'objet de la partie de droit qu'aujourd'hui on désigne le plus souvent sous le nom de 'droit international privé' ou de 'théorie de conflits de lois'. Un État souverain ne peut être présumé avoir soumis la substance de sa dette et la validité de ses engagements, pris par lui à ce sujet à une loi autre que sa propre loi ».

870. Par ailleurs, en France, et depuis le fameux arrêt du Tribunal des Conflits du 17 mai 2010 opposant l'INSERM et la Fondation norvégienne Letten F. Saugstad, attribuant à la juridiction administrative la compétence en matière de recours contre une sentence pour le contrôle de sa conformité aux règles impératives du droit public français relatives à l'occupation du domaine public ou à celles régissant la commande publique, applicables aux marchés publics, aux contrats de délégation de service public et aux contrats de partenariat. Ces contrats relèvent d'un régime administratif d'ordre public. Concernant un litige né de l'exécution ou de la rupture de ces contrats. La jurisprudence Inserm a été développée par d'autres arrêts confirmant la nécessité d'application du droit national. C'est ainsi que l'arrêt d'assemblée du Conseil d'État dans l'affaire Fosmax du 9 novembre 2016 a soumis les sentences internationales impliquant une personne publique de droit français, au contrôle de conformité à l'ordre public interne du droit français.⁷⁰⁰

871. Selon M. AUDIT, Mathias, introduire un recours contre ces sentences pour leurs conformité aux règles impératives du droit public français c'est d'imposer indirectement, la soumission intégrale du tribunal arbitral au droit administratif français si une personne morale de droit public, française est impliquée et dans les conditions fixées par l'arrêt Inserm⁷⁰¹.

872. C'est ainsi que le tribunal se trouve contraint d'appliquer le droit de l'État contractant pour ne pas voir sa sentence annulée pour sa non-conformité avec le droit public français.

873. D'autre part, si les parties ont choisi un droit étranger, des règles impératives du droit public français, auront la valeur de lois de police et par conséquent, leur application se substitue à celle du droit étranger choisi par les parties. D'ailleurs, cette solution a été

⁷⁰⁰ Cf. Infra. §969.

⁷⁰¹ AUDIT, Mathias : « Arbitrage international et contrats publics en France », op.cit. note n°333.

préconisée par le rapporteur public. G. Pellisier dans ses conclusions à propos de l'arrêt Fosmax.⁷⁰²

874. M. Mouralis a aussi affirmé que la soumission du contrat à un droit étranger ne devrait pas permettre aux parties d'échapper au régime impératif prévu par le droit public français.⁷⁰³

875. Cette solution a été étendue en matière d'exquatur dans l'arrêt du Tribunal des Conflits du 24 avril 2017, opposant le Syndicat mixte des aéroports de Charente c/Société Rynair Limited et Airport Marketing Services Limited. Et ce dans les mêmes conditions prévues dans l'arrêt Inserm⁷⁰⁴. Ceci dit pour les contrats administratifs à caractère international soumis au contrôle des juridictions administratives françaises, selon les critères prévus par l'arrêt Inserm.⁷⁰⁵

876. Toutefois, cette présomption n'avait pas une portée absolue en droit comparé. Il s'agit d'une présomption simple admettant la preuve du contraire. C'est qui a été prévue dans la sentence Armaco ayant considéré que le droit saoudien devrait être appliqué, puisque l'État souverain est soumis à son propre droit jusqu'à preuve du contraire⁷⁰⁶.

877. A vrai dire, l'application systématique du droit de l'État contractant a été relativisée dans la pratique arbitrale et dans l'article 42 al 2 de la convention de Washington. Elle est neutralisée par l'application des règles non étatiques telles que les principes du droit international ou bien les principes généraux du droit.

⁷⁰² AUDIT, Mathias et BROUELLE, Camille : « *L'arbitrage en matière de contrats administratifs internationaux : les avancées récentes, note sous Cour administrative d'appel de Bordeaux, 12 juillet 2016, Paris, pôle 1-Ch. 1, 8 novembre 2016* », op.cit. note n°427.

⁷⁰³ Cf. MOURALIS, Denis, « *Contrôle des sentences arbitrales par le juge administratif* », Issu Les cahiers de l'arbitrage, n°2, Date de parution, 1 avril 2022.

⁷⁰⁴ AUDIT, Mathias ; « *Les recours contre les sentences arbitrales internationales rendues en matière administrative : une cartographie* », Revue de l'Arbitrage, Comité Français de l'arbitrage 2018, Vol 2018 issue 1. Pp. 161-176

⁷⁰⁵ Cf. Infra

⁷⁰⁶ BASTID, Suzanne : « *Le droit international public dans la sentence de l'Armaco* », Annuaire français du droit international, vol 7, 1961.

§2- L'application du droit international

878. Le droit international constitue aussi une source non négligeable du droit applicable dans un arbitrage impliquant une partie étatique. Il avait connu un essor considérable avec l'apparition des contrats d'État et la nécessité de rééquilibrer la relation entre le partenaire public et le partenaire privé. En effet, un conflit d'intérêt se génère de ce type de relation. Le partenaire public militant pour l'application de son droit interne et le partenaire privé ne souhaitant pas généralement, que ce droit soit appliqué et milite pour l'application du droit international. Or ce droit est censé en principe, gouverner les relations interétatiques entre deux sujets de droit international.

879. Par ailleurs, la convention de Washington a pris part de ce conflit d'intérêt et prévoit dans son article 42 qu'en cas d'absence de choix par les parties d'un droit applicable, l'arbitre applique le droit de l'État contractant ainsi que « les *principes du droit international* ». Notons que la version française de l'expression « *Principes* » constitue une erreur de traduction. En effet, la version anglaise et la version espagnole utilisent respectivement les termes « *rules* » et « *normas* » dont l'équivalent en français est le terme « *règles* ». C'est ainsi qu'il semble logique de préférer la version anglaise et espagnole. D'autre part, le rapport des administrateurs de la Banque Mondiale emploie l'expression suivante au paragraphe 40 : « *Toute règle de droit international applicable en l'espèce* ». ⁷⁰⁷

880. Il nous appartient ici de déterminer quelles sont les règles du droit international. En matière d'arbitrage CIRDI, le rapport des administrateurs de la Banque Mondiale précise que le terme droit international doit être interprété au sens de l'article 38 du statut de la Cour internationale de justice. Cet article renvoie aux sources suivantes :

- 1- Les conventions internationales ;
- 2- La coutume internationale, comme preuve d'une pratique générale acceptée comme étant le droit ;
- 3- Les principes généraux du droit reconnus par les nations civilisées ;
- 4- Les décisions judiciaires et la doctrine des publicistes les plus qualifiés des différentes nations comme moyen auxiliaire de détermination des règles de droit. ⁷⁰⁸

⁷⁰⁷ MANCIAUX, Sébastien : « *Investissements étrangers et arbitrage entre États et ressortissant d'autres États : Trente Années d'activité du CIRDI* », op.cit. note 359. P.267.

⁷⁰⁸ Cf. Statut de la Cour Internationale de Justice, <https://www.icj-cij.org/fr/statut> (consulté le 10 mars 2025).

881. Un courant doctrinal soutenu par M. Weil, voyait qu'il n'y aucune équivoque de l'application du droit international public aux contrats d'État puisque ce droit comprend des sujets de droit variés. M. Weil voit que la référence au droit international comme droit applicable permet de prévenir le contrat des aléas législatifs pouvant résulter des législations internes.

882. L'application du droit international public a été soutenue par deux courants doctrinaux quand il s'agit d'un PPP conclu par l'État avec un partenaire privé étranger.

A- Les fondements théoriques militant pour l'application du droit international public

883. Les subjectivistes soutiennent l'idée selon laquelle le partenaire privé de l'État doit être élevé au rang de sujet de droit des gens. En effet, cette qualité a été réservé depuis longtemps, aux seuls États souverains, puis aux organisations internationales. Toutefois, l'émergence des ONG ainsi que les mouvements de libération nationale pose la question d'une éventuelle personnalité juridique internationale conférée aux partenaires privés de l'État. Toutefois, cette personnalité juridique internationale devrait être limitée. En d'autres termes, un État souverain peut soumettre son partenaire contractuel au droit international, pour les besoins de la relation contractuelle. C'est ce contrat qui serait régi par les règles du droit international et le partenaire privé ne peut se prévaloir des compétences effectives dont dispose l'État.⁷⁰⁹

884. Alors que les objectivistes soutiennent que l'application du droit international public aux contrats d'État est revient à la nature de ces derniers. Ainsi, ce courant assimile les contrats d'État aux accords internationaux. A cet effet, ils doivent être soumis au droit international public. Mais avec certaines conditions devant être remplies. Ainsi, ces contrats doivent être conclus ou autorisés par les personnes ou institutions qui représentent l'État dans le domaine du droit international public. Ensuite, il faut que ce contrat ait une nature purement privée ou commercial mais contienne de la part du partenaire public, des obligations en rapport avec des actes de puissance publique, comme le pouvoir de modification législative ou de modification

⁷⁰⁹ SAAD, Rami : « L'arbitrage dans les contrats administratifs, étude comparée, droit français-droit libanais », op.cit. note n°238. P.178.

unilatérale du contrat. En outre, la conclusion de ce contrat doit prendre une forme identique ou similaire à celle relative à la conclusion des traités internationaux de droit des gens. Enfin, il faut que les différends naissant de ces contrats ne soient pas résolus par les tribunaux étatiques mais par un tribunal arbitral international.⁷¹⁰

885. Bien que l'application du droit international connaisse un succès en matière de l'arbitrage d'investissement, et notamment, l'arbitrage CIRDI, l'application du droit international public aux contrats d'État a été critiquée par la majorité de la doctrine. Ainsi, M. Vedel relève que ce droit ne comporte pas des règles spécifiques pouvant régir les contrats entre États et personnes privées étrangères.⁷¹¹

B- L'application du droit international dans la pratique du CIRDI

886. Dans la pratique CIRDI, M. Manciaux a recensé parmi les affaires exploitables enregistrées le 31 décembre 2002, que les normes retenues désignées par les parties ou dégagées par les tribunaux arbitraux, relèvent au droit interne, à six reprises et au droit international à cinq reprises et à une combinaison entre le droit interne et le droit international public à onze reprises.⁷¹²

887. En effet, la combinaison droit interne et droit international est le système le plus souvent appliqué. Il peut résulter soit d'une clause du droit applicable ou par l'application de l'article 42 de la Convention de Washington. Cette combinaison pose la problématique de l'articulation entre ces deux sources de droit. En effet, le problème d'articulation ne se pose pas dans le cas de la clause du droit applicable où les parties peuvent consacrer la primauté du droit international ou au contraire, prévoir une hiérarchie entre ces normes en donnant aux règles du droit international une fonction secondaire pour combler des lacunes du droit interne, ou encore, de faire prévaloir la norme la plus favorable à l'investisseur. En revanche, la question d'articulation est très délicate en cas d'absence du choix par les parties ou en cas d'une clause du droit applicable constitue une copie de la deuxième phrase de l'article 42 de la convention

⁷¹⁰ SAAD, Rami : « L'arbitrage dans les contrats administratifs, étude comparée, droit français-droit libanais », op.cit. note n°238. p. 196.

⁷¹¹ VEDEL, Georges : « *Le problème de l'arbitrage entre Gouvernements ou personnes de droit public et personnes de droit privé* » Revue de l'arbitrage, 1961, pp. 126

⁷¹² MANCIAUX, Sébastien : « *Investissements étrangers et arbitrage entre États et ressortissant d'autres États : Trente Années d'activité du CIRDI* », op.cit. note n°359. P.276.

de Washington. En effet, cet article n'a pas indiqué la façon selon laquelle le tribunal arbitral devrait articuler ces deux systèmes juridiques. Cet état a généré une controverse entre deux courants.⁷¹³

888. Le premier courant a été nourri par l'affaire *Klöckner* dans laquelle le comité *ad hoc* estima que l'article 42 de la convention de Washington réserve aux règles du droit international deux rôles, le premier est complémentaire en cas de lacune du droit de l'État contractant, le deuxième rôle est correctif dans le cas où la règle du droit interne n'est pas conforme aux règles du droit international. Or ce rôle complémentaire ou correctif assigné au droit international est paradoxale puisqu'il consacre une primauté au droit interne pourtant consacré au droit international.

889. C'est ainsi qu'un deuxième courant issu de l'affaire Amco a réfuté le rôle complémentaire et correctif du droit international. Ainsi, les règles du droit de l'État d'accueil doivent être appréciées au regard du droit international qui prévaut en cas de conflit. La sentence Amco ajoute que la qualification du rôle du droit international de complémentaire et correctif est une distinction vaine.

§3- L'application du droit transnational

890. Une partie de la doctrine voit que les contrats de PPP conclus par l'État et un partenaire étranger ne doivent être soumis ni au droit de l'État contractant ni au droit international public, mais à un ordre juridique national qualifié par d'autres de « *quasi international law* » dit encore, droit international.

891. Ce courant est de plus en plus adopté par la jurisprudence arbitrale. M. LALIVE a considéré le droit transnational comme étant un nouvel ordre juridique régissant un rapport mixte entre un sujet de droit international et une personne privée. Cet ordre juridique se trouve à mi-chemin entre le droit international public *stricto sensu* et le droit interne.⁷¹⁴ Mme WAKED le décrit comme « *un droit mixte qui se construit au moins en partie dans la zone de contact ou d'intersection de ces différentes branches du droit, qui se déduit de l'étude comparée de plusieurs ordres*

⁷¹³ MANCIAUX, Sébastien : « Investissements étrangers et arbitrage entre États et ressortissant d'autres États : Trente Années d'activité du CIRDI », op.cit. note n°359 p.277.

⁷¹⁴ LALIVE, J-F. : « Contrats entre États ou entreprises étatiques et personnes privées : Développements récents », RCADI, 1983, n°3

*juridiques pour en constituer un ensemble de principes présentant un degré suffisant d'abstraction et de généralisation pour pouvoir être énoncé et entrer dans le syllogisme juridique »*⁷¹⁵

892. En somme, il s'agit d'un ordre juridique qui se détache des droits nationaux et qui se déduit de l'étude comparée de plusieurs ordres juridiques.

893. Pour le contenu du droit international, plusieurs auteurs confondent le droit transnational avec la *lex mercatoria*. D'autres, considèrent que le droit transnational englobe à la fois, les principes généraux du droit **(a)** et la *lex mercatoria* **(b)** qui ne sont pas des notions équivalentes.

894. C'est ainsi que M. Weil a distingué entre les deux notions en considérant que la *lex mercatoria* constitue des usages du commerce et des pratiques ayant un caractère corporatif et technique propre à chaque type de relation commerciale tandis que les principes généraux du droit contribuent à l'unification du droit et possèdent un caractère synthétique.⁷¹⁶

A- Les principes généraux du droit

895. Il s'agit des principes communs aux systèmes nationaux et toutes les branches du droit au moyen de la méthode comparatiste. Les principes généraux du droit sont aussi définis comme des énoncés juridiques ayant une force juridique suffisante pour que leur est reconnu le caractère de normes. Ainsi, les principes généraux du droit ordonnent les comportements sociaux dans un système juridique déterminé.⁷¹⁷

896. En fait, il existe deux types de principes généraux du droit : les principes généraux du droit international public se rapportant selon M. Weil : « *tantôt à l'ensemble du droit international en vigueur, tantôt aux propositions premières, écrites ou non écrites qui dominent le droit international, soit par leur importance soit par leur caractère général et abstrait qui leur permet, au prix d'un processus de*

⁷¹⁵ WAKED JABER, Rita : « La notion du contrat administratif international : Essai d'une théorie générale à travers l'exemple du contrat BOT (*Build, Operate and Transfer*), op.cit. note n°74. P. 733.

⁷¹⁶ Weil, Prosper : « *Principes généraux du droit et contrat d'État : écrits de droit international* », PUF, Paris, 2000.

⁷¹⁷ Waked-Jaber Rita : « « La notion du contrat administratif international : Essai d'une théorie générale à travers l'exemple du contrat BOT (*Build, Operate and Transfer*), op.cit. note n°74. P.735.

concrétisation croissante, de fournir les bases d'un régime juridique susceptible de s'appliquer à de multiples situations concrètes ». ⁷¹⁸ Parmi les principes généraux du droit international public, on cite comme exemple, le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes, le principe de la bonne foi ou encore, le principe de *pact sunt servanda*. ⁷¹⁹ Toutefois, la transposition de ces principes s'appliquant pour la résolution des différends survenus entre États souverains aux litiges relatifs aux PPP conclus par l'État et un partenaire privé étranger est discutable. C'est ainsi que dans la sentence *Armaco* rendue dans le litige opposant le Gouvernement Saoudien à une société américaine, le tribunal arbitral a refusé de donner une suite favorable aux prétentions de l'Arabie Saoudite citant des précédents de la jurisprudence de la Cour internationale, en déclarant que la plupart des précédents invoqués par l'Arabie Saoudite ne sont pas pertinents, car il s'agissait de l'interprétation de droit international public ou de traités entre États et non pas d'une concession entre un État et une personne de droit privé. ⁷²⁰

897. La deuxième catégorie concerne les principes pouvant s'appliquer en matière de PPP est celle constituée par les principes généraux du droit reconnus par les nations civilisées, selon les termes de l'article 38 du statut de la Cour internationale de justice. On prend comme exemple, le respect des droits acquis, le principe de l'égalité et l'interdiction de l'enrichissement sans cause. Ces principes sont reconnus par tous les systèmes du droit comparé, romano germaniques ou anglo-saxons. Ils sont communs aux contrats civils et aux contrats administratifs.

898. Ces principes peuvent intervenir à travers une clause du droit applicable les désignant ou par décision du tribunal arbitral.

899. En effet, il est fréquent que les parties font référence aux principes généraux du droit dans la clause du droit applicable. On prend comme exemple, l'accord pétrolier entre la société irannienne NIOC et Elf Aquitaine, faisant référence aux principes généraux du droit.

900. Dans l'affaire *Baruch-Foster Corporation (BFC) contre le Gouvernement éthiopien*. Le litige a été résolu en application des principes généraux du droit. Le

⁷¹⁸ WEIL Posper, « Principes généraux du droit et contrats d'Etat », in. *Le droit des relations économiques internationales*. Paris, Litec, 1982.

⁷¹⁹ SAAD, Rami : « L'arbitrage dans les contrats administratifs, étude comparée, droit français-droit libanais », note n°238. P.199.

⁷²⁰ Ibid. p.203.

Gouvernement éthiopien a évoqué les principes généraux du droit pour contester l'argument de la force majeure invoqué par la société BFC pour justifier l'inexécution de ses obligations contractuelles. En fait, la notion et les conditions de la force majeure sont reconnues par tous les systèmes du droit comparé. L'Éthiopie a fait référence aux droits français, suisse, anglais, américain et allemand ainsi que son droit interne. C'est ainsi que le tribunal arbitral a approuvé cette position.⁷²¹

B- La *Lex mercatoria*

901. Il existe de différentes définitions de la *lex mercatoria*. Ainsi, elle pourrait être définie d'une façon *lato sensu*. Selon cette conception extensive, la *lex mercatoria* est synonyme du droit transnational en ce qu'elle comprend à la fois, les usages du commerce international et les principes généraux du droit. Nous prenons ici, la définition restrictive selon laquelle, il s'agit d'un ordre juridique professionnel basé sur les usages et coutumes des commerçants tels qu'ils se dégagent de la pratique du commerce international et les sentences arbitrales rendues en la matière.

902. Toutefois, l'application de la *lex mercatoria* au sens strict sur les contrats impliquant une personne morale de droit public a été souvent remise en cause. M. MAYER a évoqué l'inutilité de créer un ordre juridique aux dépens d'un ordre juridique déjà existant et dominé par le droit de l'État contractant. Tandis que M. KASSIS voit en la *lex mercatoria* un accident de l'histoire du droit correspondant à une période de transformation des rapports entre États. Il ajoute : « *qu'il n'y a que des usages commerciaux conventionnels, il n'y ni lex mercatoria, ni droit anational, ni droit transnational, sauf si ce dernier est compris comme étant un fond commun aux droits nationaux* ». ⁷²²

903. Malgré ces critiques, cela n'a pas empêché la jurisprudence arbitrale à se référer à la seule *lex mercatoria* pour résoudre les litiges. La référence abondante par la jurisprudence arbitrale à la *lex mercatoria* doit être suffisante pour ne plus la nier. ⁷²³

⁷²¹ LALIVE, J-F. : « Contrats entre États ou entreprises étatiques et personnes privées : Développements récents », *op.cit.*

⁷²² Kassis, Antoine : « Théorie générale des usages de commerce : droit comparé, contrats et arbitrage internationaux, *lex mercatoria* », LGDJ, 1984.

⁷²³ Goldman, Berthold : « La *lex mercatoria* dans les contrats et l'arbitrage internationaux : réalité et perspectives », in. Droit international privé ; travaux du comité français de droit international privé, 2^{ème} année, 1977.

Conclusion du chapitre 1 :

904. Le régime juridique applicable à l'instance arbitrale confirme la fonction juridictionnelle de l'arbitrage en matière de PPP. Exactement comme c'est le cas du droit commun de l'arbitrage.

905. Ainsi, le régime juridique de l'instance arbitrale en matière de PPP est inspiré de celui de l'instance arbitrale en droit commun de l'arbitrage. Aussi le cas pour les principes régissant le droit applicable par le tribunal arbitral pour la résolution du fond du litige. À savoir, le principe de la liberté des parties à choisir ce droit ou à défaut, le principe de la liberté du tribunal arbitral à désigner le droit applicable qu'il estime approprié.

906. Il n'en demeure pas moins que la spécificité des contrats de PPP influence ce régime lié à la fonction juridictionnelle de l'arbitrage en apportant quelques aménagements. Ainsi, est-il compétent comme juge d'appui, le juge administratif en matière d'assistance à la constitution du tribunal arbitral en droit algérien.

907. En outre, le droit applicable pour la résolution des litiges relatifs au PPP a quelques spécificités. En effet, le droit de l'État contractant est majoritairement, choisi par les parties ou par l'arbitre. Ce droit est complété par les principes du droit international ainsi que les principes généraux du droit.

Chapitre 2 : Le sort de la sentence arbitrale

908. La sentence arbitrale dispose de l'autorité de la chose jugée puisqu'elle tranche et apporte une solution définitive au litige opposant les parties, elle constitue l'aboutissement de la procédure arbitrale. Toutefois, la sentence arbitrale ne dispose pas de la force exécutoire, son exécution dépend de la volonté des parties. A cet effet, l'intervention du juge étatique est primordiale pour donner à la sentence la force exécutoire sur son pays.

909. La sentence arbitrale pourrait aussi, faire l'objet de recours exercé par les juridictions étatiques dans le ressort desquelles la sentence a été rendue.

910. Ainsi, les parties au différend bien qu'elles aient consenti à l'arbitrage pour échapper justement, aux juridictions étatiques, ne peuvent pas néanmoins, se soustraire à la compétence des juridictions étatiques soit pour exercer leur contrôle sur la sentence arbitrale objet de recours par les parties (**Section 1**), ou bien pour lui donner la force exécutoire. **Section 2**).

911. Toutefois, les sentences arbitrales rendues sous l'égide du CIRDI échappent au contrôle des juges étatiques. L'adhésion des États à la convention de Washington créant le CIRDI implique la reconnaissance de la valeur obligatoire des sentences arbitrales et leur caractère définitif. Leur exécution se fait systématiquement, dans les États partis à la convention comme s'il s'agit d'un jugement étatique définitif rendu par leurs juridictions étatiques et insusceptible d'aucun recours. C'est ainsi que l'article 54 impose à chaque État contractant de reconnaître le caractère obligatoire des sentences rendues par le CIRDI et d'assurer leur exécution sur leur territoire des obligations pécuniaires comme s'il s'agit d'un jugement définitif d'un tribunal fonctionnant sur son territoire.⁷²⁴

Section 1 : Les recours contre la sentence arbitrale devant le juge étatique

912. Théoriquement, il existe une palette des voies de recours issues du droit commun de l'arbitrage, ouverte à la partie perdante (**sous-section 1**). Toutefois, la particularité de l'arbitrage international en matière de PPP réside en la compétence des juridictions administratives concernant le contrôle des sentences arbitrales en droit

⁷²⁴ L'article 54 §1 de la Convention de Washington créant le CIRDI, op.cit. note. 342.

algérien depuis 2009, en vertu de l'article 976 du CPCA et en France depuis le célèbre arrêt du Tribunal du 17 mai 2010 opposant l'Inserm à la fondation norvégienne *Letten F. Saugstad* (**sous-section 2**). En France, on assiste désormais, à un double système de contrôle, un contrôle principalement, exercé par les juridictions judiciaires, et un contrôle exceptionnel des juridictions administratives sur certaines sentences arbitrales relatives à certains contrats internationaux de l'administration. Ainsi, le juge administratif se voit doté d'un pouvoir de contrôle plus poussé par rapport à celui effectué par le juge judiciaire (**Sous-section 3**).

Sous-section 1 : 1- Les voies de recours contre une sentence arbitrale rendue en matière de PPP

913. En l'absence de textes particuliers régissant les voies de recours contre une sentence arbitrale rendue en matière administrative, disons-nous en matière de PPP, les règles du droit commun de l'arbitrage prévues par le code de procédures civiles en France avec quelques aménagements ou le CPCA en Algérie, demeurent y applicables, dans ces deux pays. Alors que la compétence de leurs tribunaux est acquise en matière d'arbitrage interne. Elle ne l'est pas en matière internationale, sauf si la sentence arbitrale a été rendue ou exécutée sur leurs territoires.

914. En droit algérien, les voies de recours contre les sentences arbitrales rendues en matière de PPP sont les mêmes que celles autorisées en matière d'arbitrage en droit commun. Ainsi, quelques voies de recours quoique ordinaires au vu des règles de procédures civiles du contentieux du droit commun, sont exclues en matière d'arbitrage (§1). Alors que l'appel contre les sentences arbitrales internes et le recours en annulation, constituent les moyens de recours de droit commun de l'arbitrage (§2).

§1 - Les voies de recours exclues en matière d'arbitrage

915. Certaines voies de recours contre les sentences arbitrales sont exclues compte tenu de la spécificité de l'arbitrage.

916. Tout d'abord, l'article 1032 du CPCA algérien et l'article 1503 du code de procédure civile français excluent l'opposition. Les sentences arbitrales, internes ou internationales, ne sont pas susceptibles d'opposition. Cela est dû à la nature de

l'arbitrage essentiellement, conventionnelle, où les procédures arbitrales par défaut sont exclues. La raison est tout simplement, consiste à ce que la partie défaillante était partie à la convention d'arbitrage de telle sorte que nous sommes en absence d'un véritable défaut. Toujours serait-il possible pour la partie qui ne s'est pas présentée devant un tribunal arbitral, de former un appel ou un recours en annulation dans les conditions de droit commun.⁷²⁵

917. Le pourvoi en cassation contre une sentence arbitrale est aussi exclu, puisque la sentence arbitrale ne peut être assimilée à un jugement rendu en premier et en dernier ressort. En revanche, la juridiction suprême connaît des affaires d'arbitrage, mais dans le cadre de pourvoi en cassation contre les décisions des juridictions étatiques, notamment, celles ayant tranché en matière de recours en annulation ou d'appel contre les sentences arbitrales.⁷²⁶ C'est ce qui a été confirmé par les articles 1034 et 1061 du CPCA algérien.

918. Alors que la tierce opposition n'est possible qu'avant la soumission du litige à l'arbitrage et devant le tribunal administratif compétent.⁷²⁷ Toutefois, cette voie de recours est exclue en matière d'arbitrage international, selon les auteurs, car son éventuelle reconnaissance contredit l'esprit de l'arbitrage à ce qu'elle conduirait la juridiction étatique à connaître le fond du litige.⁷²⁸

§2-- Les voies de recours autorisées contre les sentences arbitrales

919. Les voies de recours en matière d'arbitrage diffèrent selon la nature d'arbitrage, interne ou international. Ainsi, l'appel constitue la voie ordinaire contre les sentences arbitrales d'ordre interne (a) le recours en annulation est la voie de recours la plus sollicitée en matière d'arbitrage international (b).

A- L'appel en matière d'arbitrage interne

920. L'appel est une voie de recours tendant à réformer ou à annuler la sentence arbitrale. C'est ainsi que cette voie de recours est inadaptée à l'esprit de l'arbitrage

⁷²⁵ RACINE, Jean-Baptiste « *Droit de l'arbitrage* », op.cit. note n°240. P. 608.

⁷²⁶ Ibid. p.608.

⁷²⁷ Article 1032 et 1033 du CPCA algérien, op.cit. note n° 150.

⁷²⁸ TRARI-TANI, Mostefa : « *L'arbitrage commercial international : Avec référence au droit et à la pratique des pays du maghreb (Algérie, Libye, Maroc Mauritanie et Tunisie* », op.cit. note n°184

alors que ce dernier a pour fonction de sortir le litige du circuit judiciaire, l'appel donne au juge étatique la faculté de rejuger l'affaire au fond.

921. En matière d'arbitrage interne, l'article 1033 du CPCA algérien ouvre le droit aux parties dans un délai d'un mois à partir du prononcé de la sentence arbitrale. Alors en France, après la réforme introduite par le décret du 13 janvier 2011, l'appel est devenu une voie de recours extraordinaire, puisque l'appel n'est autorisé qu'en vertu d'une volonté contraire des parties. (Article 1489 du code de procédure civile). Avant la réforme de 2011, il fallait distinguer entre la sentence rendue en droit et celle rendue en amiable composition. Dans la première hypothèse, l'appel était ouvert sauf volonté contraire des parties, alors que pour la seconde, c'était l'inverse, l'appel n'est pas ouvert sauf volonté contraire des parties.⁷²⁹

922. Dans le domaine de l'arbitrage international, cette voie de recours n'est pas ouverte contre les sentences arbitrales internationales. Elle est en revanche, ouverte contre l'ordonnance lui accordant la reconnaissance ou l'exequatur, dans les mêmes cas objet du contrôle exercé par le juge administratif, en matière de recours en annulation.⁷³⁰

923. En France, le juge administratif français avait admis depuis longtemps, l'appel contre les sentences arbitrales rendues en matière administrative, soit en se basant sur l'article 321-2 du code de justice administrative, sur des textes spéciaux admettant l'appel. À titre d'exemple, le décret du 23 juillet 1931 dont l'article 3 prévoit l'appel dans des procédures d'arbitrage relatives aux litiges nés contrats de commande publique, conclus en Indochine ou bien l'article 12 du décret n° 50-791 du 24 juin 1950 pour la nationalisation du secteur électrique et minier.

924. Puis, dans son célèbre arrêt Eurodisney du 06 mars 1986, le Conseil d'État a décidé que l'appel à l'encontre des sentences arbitrales est ouvert de plein droit et ne peut être écarté que par une disposition législative expresse.

925. Toutefois, dans un récent arrêt du Conseil d'État du 30 juillet 2024, à l'occasion d'un marché public conclu entre la collectivité territoriale du Martinique et

⁷²⁹ RACINE, Jean-Baptiste : « *Le droit de l'arbitrage* », *op.cit.* note n°240. P. 601.

⁷³⁰ Cf. *Infra.* § 1009.

le groupement des sociétés Colas Martinique et Satrap⁷³¹, le Conseil d'État a abandonné l'appel contre les sentences arbitrales internes, rendues en matière administrative au profit du recours en annulation à la lumière de ce qu'il a mis en place pour les sentences internationales. Ainsi, cette décision a étendu la solution Fosmax aux sentences internationales internes.⁷³²

926. Le Conseil d'État s'est aligné également, sur les réformes de 2011, l'article 1491 al.1 du code de procédure civile autorise le recours en annulation contre la sentence arbitrale à moins que les parties aient convenu de recourir à la voie d'appel.

B- Le recours en annulation

927. Le recours en annulation constitue la voie de recours la plus usuelle, dans le domaine de l'arbitrage. Il s'agit d'une voie de recours « *ordinaire* » selon M. Racine.⁷³³ Cette voie de recours a une logique propre, c'est d'annuler la sentence elle-même pour sa contrariété aux cas énumérés par le CPCA algérien.⁷³⁴ C'est ainsi que le recourant conteste la validité de la sentence au regard des cas d'ouverture prévus par le texte. Le but est d'annuler la sentence et non plus de faire rejurer l'affaire.

928. Certains auteurs l'assimilent à un pourvoi en cassation, alors que d'autres soutiennent une singularité intrinsèque du recours en annulation du fait qu'il relève à la fois de l'appel nullité et de la cassation. C'est une voie de recours *sui generis* spécifique à l'arbitrage.⁷³⁵

929. En matière d'arbitrage interne, l'arrêt du Conseil d'État du 30 juillet 2024 précité, a admis le recours en annulation contre les sentences arbitrales internes, rendues en matière administrative, alors qu'en droit algérien, pour les sentences arbitrales internes, c'est l'appel qui substitue le recours en annulation puisqu'il est ouvert même en absence d'une stipulation contractuelle. La faculté des parties de renoncer au recours en annulation est exclue.⁷³⁶

⁷³¹ CE 7ème - 2ème chambres réunies, 30/07/2024, Affaire la collectivité territoriale du Martinique et le groupement des sociétés Colas Martinique et Satrap, n° 485583, Publié au recueil Lebon, <https://www.legifrance.gouv.fr/ceta/id/CETATEXT000050064400>

⁷³² LAHOVAZI, Mehdi : « Arbitrage et marchés publics », in. Les cahiers de l'arbitrage, juillet 2024, éd. Lextenso.

⁷³³ RACINCE, Jean-Baptiste : « Droit de l'arbitrage » *op.cit.* p.570.

⁷³⁴ Cf. *Infra.* § 969.

⁷³⁵ DOGANIS, Carine : « Pour un droit public de l'arbitrage ».

⁷³⁶ Racine, Jean-Baptiste : « Le droit de l'arbitrage ». *op.cit.* note n°240.

930. En matière d'arbitrage international, il constitue la voie de recours du droit commun, devant les juridictions étatiques du ressort desquelles la sentence a été rendue. A moins que les parties aient stipulé autrement, à travers une clause attributive de juridiction devant un autre juge autre que celui du siège. C'est ce qui a été décidé par un *obiter dictum* de la Cour d'appel de Paris, par un arrêt du 17 juin 2004 autorisant ce type de clause, en cas de la délocalisation de la sentence.⁷³⁷

Sous-section 2- L'office du juge administratif en matière de contrôle des sentences arbitrales

931. En Algérie, le code de procédure civile et administrative a traité la question de la juridiction compétente en matière du contrôle des sentences arbitrales impliquant une personne morale de droit public, dans son article 976. Lequel dispose que les règles relatives à l'arbitrage prévues par le présent code [code de procédure civile et administrative] sont applicables devant les juridictions administratives. C'est ainsi qu'il appartient à ces dernières de trancher les recours formés contre les sentences arbitrales qu'elles soient de nature interne ou internationale.

932. En France, il est acquis que les juridictions judiciaires étaient depuis longtemps compétentes pour contrôler les sentences arbitrales internationales. Toutefois, on assiste à une dualité du régime du contrôle, en attribuant au juge administratif le contrôle des sentences arbitrales internationales, dans certains contrats administratifs, depuis l'arrêt INSERM en dépit de leur internationalité (**B**). Alors que la juridiction administrative demeure compétente pour connaître le recours contre une sentence rendue en matière d'arbitrage interne impliquant une personne morale de droit public (**A**).

§1- La juridiction compétente pour connaître le recours contre une sentence arbitrale interne

933. Il est acquis que la compétence des juridictions administratives est systématique en matière du recours contre les sentences arbitrales internes impliquant

⁷³⁷ Cour d'Appel de Paris, arrêt du 17 juin 2004, JCP 2004 ; II, 10156, note. G. Chabot ; JDI 2005, p.1165, Note. LOQUIN, Éric. In. RACINE, Jean-Baptiste : « Le droit de l'arbitrage » op.cit. note. 240.

une personne morale de droit public ainsi, que pour leur exécution. En droit algérien comme en droit français.

934. En France, C'est le Conseil d'État qui est compétent en matière de contrôle des sentences arbitrales internes. La jurisprudence s'est basée sur l'article L.321.2 du code de justice administrative, aux termes duquel, le Conseil d'État statue comme juge d'appel des décisions émanant des juridictions administratives du premier ressort, autres que les tribunaux administratifs.⁷³⁸

935. C'est ainsi que la jurisprudence administrative a considéré les sentences arbitrales comme des décisions rendues en premier ressort, par des juridictions autres que les tribunaux administratifs. Donc, le tribunal arbitral s'apparente à une juridiction du premier degré, autre qu'une juridiction administrative de droit commun.⁷³⁹

936. Alors qu'en droit algérien, l'article 976 al.1 s'est contenté de prévoir que la compétence des tribunaux étatiques en matière de recours ou des sentences arbitrales impliquant une personne morale de droit public, relève aux juridictions administratives. Cela, sans préciser quelles sont ces juridictions. S'agit-il des tribunaux administratifs, des Tribunaux administratifs d'appel ou bien du Conseil d'État ?

937. Pour apporter des éléments de réponse, il faut en premier lieu, se référer au premier alinéa de l'article 976, lequel renvoi aux dispositions régissant l'arbitrage prévues par le code de procédure civile et administrative. Ces règles étant contenues dans le deuxième titre du cinquième livre du CPCA, sont réparties sur six chapitres dont les cinq premiers régissent l'arbitrage en général, alors que le sixième concerne uniquement, l'arbitrage commercial international. Alors, on ne peut qu'appliquer les règles prévues par les cinq premiers chapitres sur l'arbitrage interne.

938. La déduction devrait se faire donc, par analogie avec les règles applicable en matière d'arbitrage en droit commun, l'article 1033 du CPCA en l'occurrence.⁷⁴⁰ Ainsi, le Tribunal administratif d'appel est compétent en matière d'appel formé contre la sentence arbitrale impliquant une personne morale de droit public, disons-nous en matière de contrat de PPP.

⁷³⁸ Article L.321.2 du code de justice administrative.
https://www.legifrance.gouv.fr/codes/section_lc/LEGITEXT000006070933/LEGISCTA000006150397/#LEGISCTA000006150397 (consulté le 01/01/2025).

⁷³⁹ DOUGANIS, Carine : « Pour un droit public de l'arbitrage » op.cit. note n°485.

⁷⁴⁰ TRARI-TANI, Mostefa : « *Arbitration and procurement contracts : new achievements for improving the business climate in Algeria* » op.cit. note n°279.

939. Par ce fait, cette sentence arbitrale est susceptible d'appel dans un délai d'un mois à compter de son prononcé devant le Tribunal administratif d'appel dans le ressort de laquelle, elle a été rendue. Sauf si les parties ont renoncé à l'appel dans la convention d'arbitrage.

940. Il faut noter que les Tribunaux administratifs d'appel ont été créés en 2022, après l'amendement du CPCA algérien.⁷⁴¹ Avant ces réformes, la compétence en la matière, relevait au Conseil d'État.

§2- La juridiction compétente pour connaître le recours en annulation contre une sentence internationale

941. En vertu de l'article 976 al., la juridiction compétente pour contrôler ou exécuter une sentence arbitrale impliquant une personne publique, demeure les juridictions administratives, en dépit du caractère international du contrat en cause. Puisque cet article ne fait pas une distinction basée sur la nature interne ou internationale de l'arbitrage.

942. En se référant à l'article 1059 du CPCA algérien, nous déduisant par analogie, que le recours en annulation contre les sentences internationales impliquant une personne morale de droit public, est porté aussi devant le Tribunal administratif d'appel dans le ressort duquel la sentence a été rendue. Ce recours est ouvert dès le prononcé de la sentence, alors qu'il ne serait plus recevable s'il n'a pas été exercé, dans le mois de la signification de l'ordonnance de l'exequatur.⁷⁴²

943. Alors en France, les juridictions judiciaires ont été longtemps, compétentes en matière d'arbitrage international. Les arrêts de la Cour de cassation dans les affaires *Galakis* et *Myrtoon Steamship* en attestent. Ces affaires ont été traitées par les juridictions judiciaires même si elles impliquent des personnes morales de droit public.

944. Toutefois, les décisions rendues par le Tribunal des Conflits et aussi par le Conseil d'État à la suite des affaires *Inserm*, *Fosmax* et *SMAC /Ryanair*, ont créé un

⁷⁴¹ Cf. Article 7 de la loi n°22-13 du 12 juillet 2022 portant amendement du code de procédure civile et administrative, créant au livre IV, le titre 1 bis « De la procédure devant les tribunaux administratifs d'appel », JORAD n°48 du 17 juillet 2022. Op.cit. note n°150.

⁷⁴² Ibid. article 1059.

double système de contrôle des sentences arbitrales internationales rendues en France en matière des contrats de PPP. Cette dualité juridictionnelle se traduit par la compétence du principe des juridictions judiciaires, et plus particulièrement, la Cour d'appel de Paris, en matière du contrôle des sentences arbitrales internationales rendues en matière des contrats internationaux de l'administration et mettant en jeu les intérêts du commerce international

945. En dépit de cette compétence de principe, l'arrêt du Tribunal des conflits du 17 mai 2010, a attribué aux juridictions administratives une compétence exceptionnelle en matière du contrôle des sentences arbitrales ayant pour objet certains contrats administratifs, en l'occurrence, les contrats de la commande publique et ceux relatifs à l'occupation du domaine public (appelés, ci-après, les contrats Inserm), sous certaines conditions⁷⁴³.

946. C'est ainsi qu'on est devant une dualité de juridiction en matière de contrôle des sentences arbitrales internationales impliquant les personnes morales de droit public. En fait, cette dualité consacre une primauté de la dimension internationale des contrats impliquant les personnes morales de droit public et mettant en jeu les intérêts du commerce international, au détriment de leur administrativité, ce qui justifie la compétence du juge judiciaire comme juge de contrôle. En revanche, la compétence du juge administratif consacre la primauté de l'administrativité des contrats Inserm en dépit de leur internationalité.⁷⁴⁴

947. En tout état de cause, la compétence des juridictions administratives dans l'arbitrage international, est exceptionnelle. Elle concerne justement, le recours en annulation contre les sentences rendues en France ou bien, l'appel contre l'ordonnance de l'exequatur d'une sentence rendue en France ou à l'étranger pour des contrats administratifs.⁷⁴⁵

948. Les conditions requises, selon les décisions précitées pour attribuer la compétence aux juridictions administratives, sont relatives à la nature du contrat (A) et la nature du litige (B).

⁷⁴³ LOMBARD, Frédérique : « Arbitrage international et répartition des compétences juridictionnelles », AJDA, 2015, p. 1150.

⁷⁴⁴ AUDIT, Mathias : "Les recours contre les sentences arbitrales internationales rendues en matière administrative : une cartographie ». op.cit. note n°706.

⁷⁴⁵ Conseil d'État français, 7ème - 2ème SSR, 03/12/2015, 388806, Inédit au recueil Lebon <https://www.legifrance.gouv.fr/ceta/id/CETATEXT000031570484?isSuggest=true> (consulté le 14 janvier 2025).

949. Il faut noter que la faculté de renonciation du recours en annulation, ouverte en matière d'arbitrage international, est exclue quand il s'agit des contrats administratifs à caractère international relevant au contrôle des juridictions administratives eu égard aux intérêts publics qu'elles protège.⁷⁴⁶

A- La nature du contrat

950. Afin d'attribuer la compétence à la juridiction administrative, il faut qu'il s'agisse d'un contrat international **(a)** soumis à certaines règles impératives du droit public français **(b)**.

a- Il doit s'agir d'un contrat international

951. En dépit de la compétence systématique des juridictions administratives, en matière des contrats administratifs internes, la compétence de la juridiction administrative est aussi, retenue en matière de certains contrats internationaux. En fait, l'internationalité a été appréhendée par le Tribunal des conflits d'une certaine manière. Ainsi, ce n'est pas tous les contrats mettant en jeu les intérêts du commerce international sont concernés. Il faut ajouter deux autres critères :

952. Tout d'abord, il doit s'agir d'un contrat entre une personne publique française et une autre personne d'une nationalité étrangère. Ainsi, sont-ils exclus les contrats entre une personne publique française avec une autre personne de même nationalité, fussent-ils de droit public ou de droit privé, même si ces contrats mettent en jeu les intérêts du commerce international.

953. Ils sont exclus aussi, de la compétence des juridictions administratives les contrats de PPP conclus par les personnes publiques étrangères. Par exemple, si un contrat de PPP a été conclu par l'Algérie et que le siège de l'arbitrage est en France, la compétence en matière de recours en annulation contre la sentence arbitrale, relève aux juridictions judiciaires françaises, à moins que les parties en conviennent autrement. Par exemple, les juridictions algériennes⁷⁴⁷.

954. Le deuxième critère est d'une nature spatiale. La juridiction administrative est compétente en matière des contrats exécutés sur le territoire français. Pour les contrats exécutés hors du territoire français, le contrôle de la

⁷⁴⁶ Cf. MOURALIS, Denis : « Contrôle des sentences arbitrales par le juge administratif », *op.cit.* note n°705.

⁷⁴⁷ Cf. *Supra*. §913.

sentence ne relève pas de la compétence des juridictions administratives et bénéficient au juge judiciaire. Cela est compatible avec la jurisprudence du Conseil d'État français, laquelle vise à restreindre l'application du droit administratif français sur son territoire et exclure les contrats signés et exécutés en dehors du territoire français⁷⁴⁸. C'est l'exemple des missions diplomatiques.

1- La soumission du contrat international aux règles impératives du droit public

955. Le contrat international doit être soumis à certaines règles impératives de droit public. C'est ce qui a été décidé par le Tribunal des Conflits le 24 avril 2017 dans l'affaire opposant Syndicat Mixte des aéroports de Charente (SMAC) contre Ryanair Ltd., limitant la compétence des juridictions administratives aux contrats soumis « *aux règles impératives du droit public français, relatives à la l'occupation du domaine public ou à celle qui régissent la commande publique* ». ⁷⁴⁹

956. En effet, cet arrêt vise quatre contrats administratifs nommés, à savoir, le marché public, la délégation de service public, la concession et le marché de partenariat. ⁷⁵⁰

957. Nous avons vu que ces contrats constituent des formes de PPP, objet de notre étude. On en déduit que le contrôle des sentences arbitrales relatives aux contrats de PPP internationaux conclus par les personnes morales de droit public françaises avec des personnes étrangères et exécutés sur le territoire français, relèvent de la compétence des juridictions administratives. En revanche, les sentences arbitrales relatives aux autres contrats mettant en jeu les intérêts du commerce international demeurent soumises au contrôle du juge judiciaire.

958. La formulation de cette règle réparatrice de compétence a évolué doublement. Tout d'abord, l'arrêt rendu par TC du 17 mai 2010, dans l'affaire Inserm « *le recours contre une telle sentence, intervenue dans les mêmes*

⁷⁴⁸ MOURALIS, Denis : « Contrôle des sentences arbitrales par le juge administratif », op.cit. note n°705.. p. 167.

⁷⁴⁹ TC, 24 avril 2017, Syndicat mixte des aéroports de Charente contre Ryanair ltd, n°4075, revue arbitrage, 2017. 883 note GAUDEMET, Yves.

⁷⁵⁰ AUDIT, Mathias : « *Les recours contre les sentences arbitrales internationales rendues en matière administrative : une cartographie* ». op.cit. note n°706. P.170.

conditions implique le contrôle de la conformité de la sentence, aux règles impératives du droit public français, relatives à l'occupation du domaine public ou à celles régissant la commande publique et applicables aux marchés publics, aux contrats de partenariat et aux contrats de délégation de service public. Que ces contrats relèvent d'un régime administratif d'ordre public ... ».

959. Dire que ces contrats relèvent d'un régime administratif d'ordre public a suscité la perplexité de la doctrine, puisque tout le droit administratif est d'ordre public. De surcroît, cet arrêt a aussi lié la compétence par la nature des moyens de recours évoqués devant être d'ordre public. L'arrêt de 2017 a mis fin à ces défaillances, en mettant le critère de la nature du contrat soumis aux règles impératives d'ordre public et non plus la nature du recours évoquant ou non la conformité à l'ordre public.⁷⁵¹

B- Le critère de la nature des litiges

960. En dépit de la nature du contrat qui devrait être à la fois, international et de commande publique ou d'occupation du domaine public, le litige faisant l'objet de la sentence devrait aussi, se baser sur une convention d'arbitrage **(1)**. Le litige devrait en outre, naître de l'exécution ou de rupture du contrat **(2)**.

1- Un litige basé sur une convention d'arbitrage

961. Le tribunal des conflits a expressément indiqué dans sa décision SMAC du 24 avril 2017, que la répartition de la compétence s'agit uniquement sur les sentences relatives aux litiges basés sur une convention d'arbitrage.

962. Le TC vise ainsi, classiquement, la clause compromissoire et le compromis d'arbitrage. C'est ainsi que M. Mathias AUDIT a déduit l'exclusion des arbitrages d'investissement basés sur une offre publique d'arbitrage, de cette répartition de compétence puisque ce ne sont pas uniquement les règles impératives du droit public français qui vont être appréciées mais aussi, les règles de droit international public. Tout en laissant le soin au Tribunal de conflit de trancher sur la question dans le futur, s'il serait saisi d'un des contrats de commande publique exécuté sur le territoire

⁷⁵¹ AUDIT, Mathias : « Les recours contre les sentences arbitrales internationales rendues en matière administrative : une cartographie ». op.cit. note n°706. p.170.

français et porté devant un tribunal arbitral siégeant en France sur la base d'un TBI.⁷⁵²

2- Un litige portant sur l'exécution ou de rupture du contrat

963. Les trois affaires étant l'origine de la répartition de la compétence entre les deux juridictions, judiciaire et administrative s'entendent à attribuer à cette dernière la compétence en matière des litiges **nés de l'exécution ou de rupture** de contrats de concession, de DSP, de marché public ou de marché de partenariat. *A contrario* sont-ils exclus, les litiges portant sur la validation ou à la formation de ces contrats.

964. Toutefois, il n'est pas rare que l'arbitrage traite souvent les questions de la validité du contrat en cause, surtout quand il statue sur sa compétence.

Cette exclusion est interprétée par M. Audit par le fait que les juges administratifs pensent que les litiges portant sur la formation des contrats administratifs relèvent, au contentieux de légalité où les actes détachables sont sujets du recours pour excès de pouvoir, inarbitrables par nature. Il ajoute qu'un effort de compréhension mutuelles devrait s'établir entre les spécialistes de l'arbitrage et ceux du droit administratif, ces derniers admettent mal le principe de compétence-compétence qui donne aux arbitres la faculté de trancher sur la question de la validité des contrats.⁷⁵³

Sous-section 3- Le régime du contrôle exercés par le juge administratif sur les sentences arbitrales en matière de PPP

965. En attribuant aux juridictions administratives le contrôle des sentences arbitrales rendues en matière de PPP en Algérie comme en France, il nous appartient de se demander sur les procédures à suivre par le juge administratif (§1), puis, aux chefs de contrôle dont le juge administratif devrait se saisir (§2).

§1- Les règles procédurales à suivre par les juridictions administratives

966. Le droit algérien, en attribuant le contrôle des sentences arbitrales rendues en matière administrative aux juridiction administratives, a aussi déterminé les règles

⁷⁵² AUDIT, Mathias : « Les recours contre les sentences arbitrales internationales rendues en matière administrative : une cartographie ». op.cit. note n°706. p. 174.

⁷⁵³ AUDIT, Mathias : « Les recours contre les sentences arbitrales internationales rendues en matière administrative : une cartographie ». op.cit. note n°706. p.176.

procédurales à suivre devant ces juridictions. L'article 976 al.1 du CPCA est explicite en disposant que les règles relatives à l'arbitrage prévues par le code de procédure civile et administrative sont applicables devant les juridictions administratives.

967. Alors, que pour le droit français, le Tribunal des Conflits en attribuant aux juridiction administratives le recours contre les sentences arbitrales rendues en France, pour les litiges nés de l'exécution ou la rupture des contrats de PPP exécutés en France, depuis l'arrêt Inserm du 17 mai 2010, n'a pas précisé les procédures à suivre, en absence de dispositions particulières régissant la matière, dans le code de la justice administrative français. Toutefois, nous allons voir que le juge administratif n'a cessé de s'inspirer des procédures prévues dans le code de procédure civile. Il fallait attendre l'ordonnance 2018-1074 du 26 novembre 2018 portant partie législative de la commande publique, Ce code en autorisant l'arbitrage en matière de marché public et le marché de partenariat, prévoit respectivement, par les articles L.2197-7 et L.3137-5 que le recours à l'arbitrage pour le règlement des litiges opposant des personnes privées dans l'exécution des marchés (art. L.2197-7) et l'exécution de concession (art. L.3137-5) est possible dans les conditions définies par le livre VI du code de procédure civile.⁷⁵⁴

968. C'est ainsi que nous allons voir que ces règles procédurales ont été transposées par le juge administratif, à plusieurs reprises. Cela avec quelques aménagements que nous allons étudier à travers l'étude des voies de recours et l'objet du contrôle exercés par le juge administratif.

§2- Les chefs de contrôle exercés par les juridictions administratives

969. En matière d'arbitrage international, l'article 1058 du CPCA algérien a soumis la sentence arbitrale par le juge compétent en matière du recours en annulation, aux mêmes chefs de contrôle exercés sur l'ordonnance de l'exequatur. Il s'agit des critères suivants, la licéité de la convention d'arbitrage **(a)**, de la régularité des procédures arbitrales **(b)** et enfin, sur la conformité de la sentence arbitrale à l'ordre public international**(c)**. Ces critères sont applicables devant le juge judiciaire en

⁷⁵⁴ Cf. Ordonnance n° 2018-1074 du 26 novembre 2018 portant partie législative du code de la commande publique, [Ordonnance n° 2018-1074 du 26 novembre 2018 portant partie législative du code de la commande publique - Légifrance](#) Assemblée, 09/11/2016, 388806, Publié au recueil Lebon

matière d'arbitrage international commercial comme devant le juge administratif, à l'occasion d'un arbitrage impliquant une personne morale de droit public.

970. En revanche, le Conseil d'État français a pour sa part, eu l'occasion de préciser quels sont les chefs de contrôle exercés par les juridictions administratives, dans son arrêt d'assemblée du 9 novembre 2016 à l'occasion de l'affaire Foxmas.⁷⁵⁵ En apparence, il s'agit des mêmes critères énoncés par l'article 1056 du CPCA algérien, mais avec des aménagements importants menant à un contrôle plus poussé par rapport à celui exercé par son homologue judiciaire, marquant ainsi, une remise en cause ou bien une hostilité des principes ancrés dans l'arbitrage international, tels que le principe de l'estoppel, l'autonomie de la convention d'arbitrage par rapport à toute loi étatique ou encore, la conformité de la sentence avec l'ordre public international.

971. Il est intéressant de noter que cet arrêt d'assemblée a incidemment, soumis la procédure de l'exequatur aux mêmes chefs de contrôle, devant être exercés par le juge de recours contre la sentence.

972. Nous allons étudier ces critères simultanément, à la lumière du droit algérien et de la jurisprudence administrative française.

a- La licéité de la convention d'arbitrage

973. L'article 1056 évoque la possibilité d'annulation d'une sentence arbitrale par le juge étatique, si le tribunal arbitral a statué soit sans convention d'arbitrage, soit sur une convention expirée ou nulle. Toutefois, le droit algérien n'a pas précisé s'il y a des dérogations applicables au profit de l'arbitrage impliquant une personne morale de droit public. C'est ainsi, les règles applicables à l'arbitrage commercial international demeurent applicables, notamment le respect de l'ordre public international lors du contrôle et le principe de l'autonomie de la convention d'arbitrage par rapport au contrat et aussi, par rapport au droit étatique. Cela contrairement à son homologue français qui en soumettant la sentence à la conformité des règles impératives du droit public français, a dérogé à d'autres principes reconnus en matière d'arbitrage international, par voie de conséquence.

974. Alors que le Conseil d'État français a mis la licéité de la convention d'arbitrage comme le premier chef de contrôle exercé par la juridiction administrative qu'elle doit vérifier d'office. En entend par la licéité de la

⁷⁵⁵ C.E. arrêt d'assemblée du 9 novembre 2016, n°388806, recueil Lebon <https://www.legifrance.gouv.fr/ceta/id/CETATEXT000033364623/> (consulté le 27 décembre 2024)

convention d'arbitrage, selon l'arrêt d'assemblée du 9 novembre 2016 précité, le contrôle de l'arbitralité du litige⁷⁵⁶.

975. Si les autres contrats internationaux, hors Inserm sont en principe, tenus pour arbitrables suivant la jurisprudence *Galakis* puisqu'ils mettent en cause les intérêts du commerce international, l'arbitrabilité des contrats Inserm n'est pas encore tranchée.

976. Dans l'affaire SMAC contre Ryanair, la Cour d'appel de Bordeaux par son arrêt du 12 juillet 2016 s'est basée sur la convention Européenne de Genève sur l'arbitrage commercial international dont l'article 2 a ouvert la possibilité des personnes morales de droit public à l'arbitrage, tout en subordonnant cette ouverture par les limites du droit interne. Ainsi, ces contrats sont frappés par le principe de l'interdiction des personnes morales de droit public à l'arbitrage, seule une convention internationale ou une loi peut lever cette interdiction. Puis, la Cour poursuit l'examen de l'arbitrabilité, tout en s'attachant à la vérification de licéité de la convention d'arbitrage au regard des règles impératives du droit public français. En d'autres termes, la dernière condition se trouve mobilisée pour apprécier l'arbitrabilité du litige⁷⁵⁷.

977. Par ailleurs, nous constatons pour notre part, que l'ordonnance n° 2018-1074 du 26 novembre 2018, portant partie législative du code de la commande publique a consacré l'arbitrabilité de certains contrats Inserm, à savoir, les marchés publics de travaux ou de fourniture pour les litiges relatifs à leurs exécution financière et les marchés de partenariat.⁷⁵⁸

978. Alors que l'arrêt d'assemblée Fosmax est resté prudent sur la question de l'arbitrabilité. En effet, le conseil d'État tend à consacrer la primauté de l'administrativité du contrat en dépit de son internationalité, il a précisé que le juge de la sentence s'il constate l'inarbitrabilité du contrat, il doit réintroduire d'office le litige aux voies de droit. Ainsi, le juge administratif se réapproprie le différend en qualité du juge de premier ressort, à la demande des parties. Ajoutons à cela l'impossibilité d'invoquer le principe de l'estoppel ou de bonne foi contre

⁷⁵⁶ Cf. MOURALIS, Denis, « *Contrôle des sentences arbitrales par le juge administratif* », op.cit. note n°705.

⁷⁵⁷ Cf. AUDIT, Mathias et BROUELLE, Camille : « L'arbitrage en matière de contrats administratifs internationaux : les avancées récentes, note sous Cour administrative d'appel de Bordeaux, 12 juillet 2016, Paris, Pôle 1 – Ch. 1, 8 novembre 2016 et Conseil d'État » (ass.), 9 novembre 2016, op.cit. note n°427.

⁷⁵⁸ Cf. Supra. §298.

l'administration publique, selon l'arrêt du Conseil d'État du 23 décembre 2015, à propos de l'affaire Société de Broadband Pacifique contre le territoire de Wallis et Futuna, puisque cet arrêt a disposé explicitement dans son deuxième considérant que le principe selon lequel une partie ne saurait se contredire au détriment d'une autre partie, dans une procédure contentieuse ; ne relève pas aux principes généraux du droit public français.⁷⁵⁹

979. La conformité de la sentence arbitrale aux règles impératives du droit public français implique aussi, la licéité de la convention d'arbitrage aux règles de droit public interne. C'est ainsi que la doctrine a déduit que la convention d'arbitrage est soumise à la loi française quant à sa régularité. C'est-à-dire outre l'arbitrabilité du contrat, le juge administratif doit vérifier la validité du consentement du partenaire public. En d'autres termes, si la convention d'arbitrage a été consentie conformément aux règles de droit public français notamment, la vérification si la convention a été signée par les personnes habilitées à le faire et doit ainsi, sanctionner tout vice de consentement.⁷⁶⁰

b- La régularité des procédures arbitrales

980. L'article 1056 du CPCA algérien a énuméré les cas d'irrégularité des procédures ouvrant l'office du juge étatique pour censurer la sentence arbitrale. Il s'agit des cas suivants : le tribunal arbitral a statué soit sans convention d'arbitrage ou bien sur une convention nulle ou expirée ; l'irrégularité de la constitution du tribunal arbitral ou bien, l'irrégularité de la désignation de l'arbitre unique ; La non-conformité de la sentence à la mission conférée au tribunal arbitral ; le non-respect du principe de la contradiction et l'absence de motif ou bien la contrariété des motifs sur lesquels la sentence arbitrale a été basée.

981. Il s'agit des mêmes cas prévus par l'article 1520 du code de procédure civil français, à la différence de deux cas.

982. En ce qui concerne la première différence, le droit français a ajouté le cas où le tribunal arbitral s'est déclaré à tort compétent ou incompétent. Alors que le

⁷⁵⁹ CE. 2^{ème} Chambre / 7^{ème} SSR arrêt du 23/12/2015, n° 376018, Publié au recueil Lebon, La société Broadband Pacifique contre le Territoire de Wallis et Futuna <https://www.legifrance.gouv.fr/ceta/id/CETATEXT000031861178> (consulté le 29 décembre 2024).

⁷⁶⁰ Cf. MOURALIS, Denis, « *Contrôle des sentences arbitrales par le juge administratif* », op.cit. note n°705, cf. aussi, AUDIT, Mathias et Broyelle Camille : « L'arbitrage en matière de contrats administratifs internationaux : les avancées récentes, note sous Cour administrative d'appel de Bordeaux, 12 juillet 2016, Paris, Pôle 1 – Ch. 1, 8 novembre 2016 et Conseil d'État », op.cit. note n°427.

législateur algérien parle du cas d'absence, de nullité ou d'expiration d'une convention d'arbitrage qu'on a déjà étudié au titre de la licéité de la convention d'arbitrage.

983. Paradoxalement, nous constatons que ce dernier cas avait été prévu par l'ancien code de procédure civil français avant sa modification par le décret n° 2011-48 du 13 janvier 2011 portant réforme de l'arbitrage, lequel a remplacé ce cas par la déclaration à tort, du tribunal de sa compétence ou d'incompétence. Alors qu'inversement, ce cas avait été prévu par l'article 458 bis 23 de l'ancien code de procédure civile après sa modification par le décret législatif 93-09 du 25 avril 1993.

984. Pourtant, M. Bernard AUDIT, dans sa comparaison entre le contrôle des sentences arbitrales entre le droit algérien et le droit français, intervenue certes, avant la promulgation du décret n°2011-48, a critiqué l'ancienne formulation de l'ancien code de procédure civile algérien que le décret de 2011 l'a pris. Selon cet auteur, cette formulation posait de graves problèmes pour au moins deux raisons. La première tient à l'ambiguïté évidente du terme « *à tort* », qui selon lui, un talon d'Achille difficilement acceptable pour le mécanisme de l'arbitrage. Le second point tient au caractère superflu de la phrase lorsqu'elle est lue en conjonction avec l'obligation du juge étatique d'apprécier l'existence d'une convention d'arbitrage, sa nullité ou son expiration. Le contrôle juridictionnel est entièrement, couvert par la règle et il n'est pas nécessaire de le répéter avec un principe plus large sur l'appréciation erronée ou non par le tribunal arbitral sur sa compétence.⁷⁶¹

985. Revenons à l'arrêt d'assemblée Fosmax précité, ce dernier en considérant le cas de la déclaration du tribunal arbitral à tort, de sa compétence ou de son incompétence, parmi les cas d'irrégularité des procédures arbitrales, n'entend pas ici couvrir l'arbitrabilité litige. Cette dernière a été déjà étudiée lors du contrôle de la licéité de la convention d'arbitrage. En effet, la logique du Conseil d'État considère que par la compétence arbitrale recouvre les cas où la convention d'arbitrage quoique licite, n'était pas applicable au litige dont était saisi le tribunal arbitral.⁷⁶²

⁷⁶¹ Cf. AUDIT, Bernard: "The review of an international arbitral award: A comparison between the new Algerian Law and French Law", Journal of Arab Arbitration, 2009, Vol 1, Issue 4, pp. 13-22.

⁷⁶² Cf. AUDIT, Mathias, BROUELLE, Camille : « *L'arbitrage en matière de contrats administratifs internationaux : les avancées récentes, note sous Cour administrative d'appel de Bordeaux, 12 juillet 2016, Paris, Pôle 1 – Ch. 1, 8 novembre 2016 et Conseil d'État* », op.cit. note n°427.

986. La deuxième différence consiste à la prévision du CPCA algérien, du cas d'absence de motif ou contrariété des motifs sur lesquels se base la sentence arbitrale. Ce cas est peu courant dans les législations modernes régissant l'arbitrage. En effet, le juge étatique en examinant les motifs, il va certainement, franchir la ligne rouge de la révision. M. AUDIT Bernard pense que le législateur algérien a introduit l'absence de motivation ou la contrariété des motifs comme un cas d'annulation des sentences, pour se protéger de la pratique anglo-saxonne qui ne motive pas ses décisions⁷⁶³.

987. Quoiqu'il en soit, l'arrêt Fosmax a adopté la même position du droit algérien exceptionnellement, pour les contrats internationaux *Inserm* et dans les conditions que nous avons précisé. Ainsi, il a consacré l'absence de motivation de la sentence arbitrale parmi les chefs de contrôle exercés sur les contrats *Inserm*. Cela déroge en tout cas, aux règles du droit commun de l'arbitrage international prévues par le code de procédure civile français.⁷⁶⁴

c- La conformité à l'ordre public

988. La non-conformité de la sentence à l'ordre public international est un des cas d'annulation des sentences arbitrales internationales, prévus en droit algérien quoiqu'il s'agisse d'un arbitrage impliquant une personne morale de droit public, dans le cadre d'un contrat international de PPP ou bien, un arbitrage commercial international. Cela dénote de son homologue français, qui dans le droit commun de l'arbitrage international, ouvre au juge étatique l'examen de la conformité de « la reconnaissance ou de l'exécution » à l'ordre public international et non plus de la sentence en elle-même. Toutefois, il n'est pas certain que cette différence de formulation implique une conception différente du contrôle en matière d'ordre public. De même en France, dans le cadre des anciens textes évoquant la conformité de la sentence à l'ordre public, la jurisprudence n'avait jamais attaché une grande importance à ces différences de formulation.⁷⁶⁵C'est que nous intéresse, c'est la notion elle-même de l'ordre public international et l'intensité du

⁷⁶³ Cf. AUDIT, Bernard : *"The review of an international arbitral award: A comparison between the new Algerian Law and French Law"*, op.cit. note 763

⁷⁶⁴ Cf. AUDIT, Mathias, BROUELLE, Camille : *« L'arbitrage en matière de contrats administratifs internationaux : les avancées récentes, note sous Cour administrative d'appel de Bordeaux, 12 juillet 2016, Paris, Pôle 1 – Ch. 1, 8 novembre 2016 et Conseil d'État »*, op.cit. note n°427.

⁷⁶⁵ RACINE, Jean-Baptiste : *« Le droit de l'arbitrage »*, op.cit. note n°240.

contrôle exercé par le juge étatique. En réalité, ce n'est ni l'ordre public interne, ni un éventuel ordre public transnational ou véritablement international qui sont visés par ces dispositions. En effet, il s'agit des principes que le juge étatique considère comme essentiels dans les relations internationales ayant conduit à l'interdiction de certaines transactions (armes nucléaires, drogues etc.) et de certains comportements criminels (corruption, trafic d'influence, etc. Ainsi, le juge algérien ne devrait évidemment, pas se référer à l'ensemble de l'ordre public algérien. Si tel était le cas, très peu de sentences arbitrales échapperaient à la révision. Le juge devra également, éviter de prendre en compte, les principes existant dans l'ordre public transnational comme le ferait un tribunal arbitral.⁷⁶⁶

989. Pour l'intensité du contrôle, il doit être particulièrement, restrictif et superficiel. Une des caractéristiques de l'arbitrage est la prohibition de la révision au fond de la sentence arbitrale par le juge étatique. Toutefois, ce principe ne doit empêcher le juge étatique de contrôler la conformité de la sentence à l'ordre public international. Il doit ainsi, trouver un équilibre entre le respect du principe de la prohibition de la révision au fond et le contrôle réel de la conformité de la sentence à l'ordre public international. En effet, seule une contrariété concrète et effective à l'ordre public est sanctionnable. La simple violation abstraite ou formelle ne suffit pas à annuler la sentence arbitrale.⁷⁶⁷

990. Ceci dit pour le droit algérien et aussi, le droit français, mais relativement à l'arbitrage commercial international y compris les contrats de l'administrations hors INSERM.

991. Pour les contrats Inserm, l'arrêt Fosmax précité déroge de cette règle du droit commun de l'arbitrage international. Ainsi, selon cet arrêt le juge administratif effectue un contrôle approfondi relatif à la conformité de la sentence arbitrale aux règles impératives du droit public français, régissant la commande publique ou relatives à l'occupation du domaine public. Ainsi, il peut effectuer un contrôle sur le fond si la sentence est contraire à l'ordre public. Ce contrôle voudrait être très fouillé de la sentence, lequel n'a rien de comparable avec l'examen distant effectué par le juge judiciaire.

⁷⁶⁶ Cf. AUDIT, Bernard : *"The review of an international arbitral award: A comparison between the new Algerian Law and French Law"*, op.cit. note. 763.

⁷⁶⁷ RACINE, Jean-Baptiste : *« Le droit de l'arbitrage »*, op.cit. note n°240.

992. Deux questions particulières nous intéressent ici. La première consiste en ce que le Conseil d'État n'évoque pas l'ordre public international mais plutôt « l'ordre public ». Cet ordre public n'a pas été pensé au regard des spécificité de l'arbitrage international. C'est ainsi que le Rapporteur public, M. Pellissier relève dans ses conclusions qu'aucune spécificité internationale ne doit être attachée à l'ordre public.⁷⁶⁸

993. La deuxième question concerne le contenu de l'ordre public. Celui-ci est parait plus étoffé et même si le juge administratif ne serait-t-il pas conduit à rejuger entièrement, ce qui a été décidé dans la sentence, il n'en demeure pas moins qu'il est amené au moins à réviser partiellement la sentence sous couvert du contrôle de l'ordre public.⁷⁶⁹

994. L'arrêt indique à titre d'exemples les cas de contrariété à l'ordre public, tels que l'illicéité de l'objet du contrat en cause ou s'il est entaché d'un vice particulièrement, grave de consentement, ou encore, lorsque la sentence arbitrale méconnaît des règles auxquelles les personnes morales de droit public ne peuvent y déroger, telles que l'aliénation du domaine public, l'interdiction de consentir des libéralités ou de renoncer aux prérogatives de puissance publique dont ces personnes publiques disposent, etc.

995. L'arrêt Fosmax a justement, annulé la sentence arbitrale puisqu'elle a méconnu une règle de droit public français et que les arbitres ont estimé à tort que le litige est régi par le droit privé. En fait, ils ont méconnu une règle de droit administratif selon laquelle le maître d'ouvrage qui a vainement mis en demeure le cocontractant d'exécuter ses obligations contractuelles, peut recourir à la mise en régie. Ainsi, il peut exécuter lui-même, ou faire exécuter les prestations manquantes par une entreprise tierce, aux risques et aux frais de son cocontractant.⁷⁷⁰

⁷⁶⁸ . AUDIT, Mathias, BROUELLE, Camille : « *L'arbitrage en matière de contrats administratifs internationaux : les avancées récentes, note sous Cour administrative d'appel de Bordeaux, 12 juillet 2016, Paris, Pôle 1 – Ch. I, 8 novembre 2016 et Conseil d'État* », op.cit. note n°427.

⁷⁶⁹ Ibid. p. 277.

⁷⁷⁰ Le considérant n°11 et 12 de l'arrêt d'assemblée du Conseil d'État, Fosmax LNG contre le groupement d'entreprise STS. <https://www.legifrance.gouv.fr/ceta/id/CETATEXT000033364623/> (Consulté le 31/12/2024).

Section 2 : L'exécution de la sentence arbitrale

996. La sentence arbitrale devrait être exécutée de bonne foi par les parties. Alors que l'exécution spontanée de la sentence arbitrale par les parties, constitue la démarche idéale puisque l'arbitrage se caractérise par son consensualisme et devrait se dérouler dans une ambiance de bonne foi mutuelle. En fait, le taux d'exécution des sentences par l'État s'élève entre 80% à 90%, selon certains auteurs. Toutefois, l'expérience montre que certains États refusent de s'acquitter de leur condamnation.⁷⁷¹ D'autant plus, la sentence arbitrale ne dispose pas de la force exécutoire.

997. En effet, le tribunal arbitral dispose le pouvoir de *juridictio*. Ainsi, la sentence arbitrale requiert l'autorité de la chose jugée, dès qu'elle est rendue. Il s'agit d'un des effets immédiats de la sentence arbitrale, outre le dessaisissement du tribunal arbitral⁷⁷² Toutefois, contrairement au juge étatique, le tribunal arbitral est dépourvu du pouvoir d'*imperium*. C'est pour cette raison que l'intervention du juge étatique est primordiale pour conférer à la sentence arbitrale la force exécutoire, à travers la procédure de l'exequatur (**Sous-section 1**). Un fois exequaturée, la sentence arbitrale pourrait faire l'objet de mesures d'exécution forcée identiquement, comme s'il s'agit d'un jugement émanant d'une juridiction étatique.

998. Le partenaire public refuse d'exécuter une sentence lui condamnant, en invoquant l'immunité d'exécution contre les personnes morales de droit public et le caractère des biens publics sur lesquels, les moyens d'exécution de droit commun ne sont pas applicables. Ainsi, est-il nécessaire d'étudier les mécanismes de contrainte pour pousser le partenaire public à exécuter la sentence arbitrale lui condamnant (**Sous-section 2**).

⁷⁷¹ JAEGER, Laurent : « L'exécution des sentences arbitrales face aux intérêts publics », in. « *Arbitrage international et intérêts publics* » ouvrage collectif, préf. Kutgen Guy, éd. Bruylant, Bruxelles 2019.

⁷⁷² Article 1031 du code de procédure civile et administrative algérien.

Sous-section 1 : La procédure de l'exequatur

999. La procédure d'exequatur est nécessaire pour conférer à la sentence arbitrale la force exécutoire. À travers cette procédure, la sentence arbitrale aurait la même valeur juridique d'un jugement définitif émanant d'une juridiction étatique.

1000. Le juge étatique revêt la sentence arbitrale de la formule exécutoire à travers une ordonnance, susceptible d'appel. A cet effet, nous distinguons entre le juge compétent pour délivrer l'ordonnance d'exequatur (§1) et celui compétent pour connaître l'appel contre l'ordonnance (§2).

§1- La juridiction étatique compétente en matière d'exequatur

1001. En Algérie, le droit commun de l'arbitrage fait une distinction entre la sentence arbitrale rendue en Algérie et celle rendue à l'étranger. Pour la première, c'est le président du tribunal arbitral dans le ressort duquel la sentence arbitrale a été rendue que ce soit en matière d'arbitrage interne ou international. Tandis que pour les sentences arbitrales rendues à l'étranger, c'est le tribunal du lieu d'exécution qu'est compétent. Alors qu'en matière des sentences arbitrales impliquant une personne morale de droit public, disons-nous, les PPP, selon l'article 976 al.1, c'est les juridictions administratives qui sont compétentes. C'est ainsi que par déduction, le président du tribunal administratif dans le ressort duquel la sentence a été rendue, qu'est compétent pour délivrer l'ordonnance d'exequatur. Alors si l'arbitrage se déroule hors territoire national, c'est le tribunal administratif du lieu d'exécution qu'est compétent.

1002. En France, en matière d'arbitrage interne, c'est le juge administratif qu'est compétent pour accorder l'ordonnance de l'exequatur d'une sentence arbitrale tranchant en matière de PPP. La question se pose différemment en matière d'arbitrage international où la compétence de principe relève aux juridictions judiciaires en matière des sentences arbitrales internationales impliquant une personne morale de droit public. C'est ainsi que dans l'affaire Galakis, le juge judiciaire a accepté de connaître d'une procédure d'exequatur d'une sentence arbitrale internationale, condamnant l'État français.⁷⁷³ Toutefois, et à la suite de la jurisprudence Inseam, le Conseil d'État a excepté, dans

⁷⁷³ MOURALIS, Denis : « Contrôle des sentences arbitrales en matière administrative », *op.cit.* note n°705.

l'affaire SMAC c/Ryanair les sentences arbitrales relatifs aux contrats administratifs internationaux relevant d'un régime administratif d'ordre public, pour les litiges nés de l'exécution ou de la rupture de tels contrats, conclus entre une personne morale de droit public, française avec une personne de droit étranger. En l'occurrence, les marchés publics, les marchés de partenariat, les concessions et délégations de service public. En effet, l'exequatur de telles sentences arbitrales, est portée devant le juge administratif, quel que soit le siège du tribunal arbitral en France ou à l'étranger. Leur exécution forcée ne saurait être autorisée, si elle est contraire à l'ordre public. La demande de l'exequatur relève en premier ressort du tribunal administratif, en application de l'article L.311-1 du code de justice administratif français.⁷⁷⁴

1003. L'arrêt d'assemblée Fosmax a confirmé cette exception, en attribuant au tribunal administratif la compétence de délivrer un jugement d'exequatur, susceptible d'appel. Ainsi, contrairement au juge judiciaire qui accorde une ordonnance, le tribunal administratif produit un jugement, avec une procédure contradictoire. Le greffe communique à la partie défenderesse, la requête et les pièces jointes. Ensuite, l'affaire est instruite selon les modalités habituelles avec une audience brève. Le tribunal administratif doit vérifier la régularité de la sentence, avec les mêmes critères de contrôle exigés pour le recours en annulation contre les contrats relevant d'un régime administratif d'ordre public, selon la jurisprudence Inserm, à savoir, la licéité de la convention d'arbitrage et l'arbitrabilité du litige ; la régularité des procédures arbitrales ainsi que la conformité de la sentence à l'ordre public français. Après cette vérification, le tribunal administratif accorde ou refuse l'exequatur par un jugement motivé. C'est ainsi que le juge administratif se distingue à son homologue judiciaire. En effet, ce dernier délivre une ordonnance qui ne doit être motivée qu'en cas de refus. En outre, le contrôle exercé par le juge judiciaire reste limité à la conformité à l'ordre public international avec une procédure qui n'est pas contradictoire.⁷⁷⁵

1004. Il faut noter aussi que le rejet d'un recours en annulation par le juge administratif, emporte l'exequatur de la sentence. C'est ce qui a été jugé par le Conseil d'État français dans un arrêt du 20 juillet 2021 dans l'affaire Fosmax 2.⁷⁷⁶

⁷⁷⁴ Conseil d'État français, 7ème / 2ème SSR, 19/04/2013, SMAC/ Ryanair Limited, 352750, Publié au recueil Lebon, <https://www.legifrance.gouv.fr/ceta/id/CETATEXT000027333031>

⁷⁷⁵ MOURALIS, Denis « *Contrôle des sentences arbitrales en matière administrative* », op.cit. note n°705.

⁷⁷⁶ DOUGANIS, Carine : « Pour un droit public de l'arbitrage » op.cit. note n°485.

§2- Le juge compétent en matière d'appel contre l'ordonnance ou le jugement d'exequatur

1005. En droit algérien, l'appel contre une ordonnance de refus de demande d'exequatur d'une sentence arbitrale rendue en matière administrative est possible. Alors que l'ordonnance conférant l'exequatur de la sentence arbitrale n'est susceptible d'aucun recours.

1006. Ainsi, en matière d'arbitrage interne, en se référant à l'article 976 al.1 et l'article 1035 al. 3, on déduit que la partie concernée peut faire appel contre l'ordonnance de refus d'exécution, devant le Tribunal administratif d'appel dans un délai de quinze jours, à compter du refus.

1007. En matière d'arbitrage international, l'appel contre l'ordonnance qui refuse l'exécution n'est ouvert que les cas prévus dans l'article 1056 du CPCA algérien. Il s'agit des mêmes cas d'ouverture d'un recours en annulation contre une sentence arbitrale internationale, qu'on a vu dans la section précédente.

1008. En France, en matière des contrats administratifs internationaux conclus par l'administration français avec une personne privée étrangère, dits encore contrat Inserm, l'appel contre le jugement du tribunal administratif est possible devant le Tribunal administratif d'appel dont dépend le tribunal administratif qui a accordé ou a refusé la demande d'exequatur.

1009. C'est ainsi, contrairement aux juridictions judiciaires, l'appel est aussi possible contre les ordonnances émanant des tribunaux administratifs, conférant l'exequatur aux sentences arbitrales relatives aux contrats Inserm. Cela dans les mêmes cas d'ouverture de l'appel contre les sentences arbitrales, dégagés par la jurisprudence Fosmax.⁷⁷⁷

⁷⁷⁷ MOURALIS, Denis « *Contrôle des sentences arbitrales en matière administrative* », op.cit. note n°705.

Sous-section 2 : Les mécanismes de contrainte visant à exécuter la sentence arbitrale défavorable au partenaire public

1010. Parmi les arguments avancés par le partenaire public, on cite l'immunité d'exécution à son encontre. En effet, Il a été établi que la souscription de l'État à une convention d'arbitrage vaut renonciation à son immunité de juridiction.⁷⁷⁸ Cette renonciation a pour conséquence, le droit des parties à saisir le tribunal arbitral et le juge d'appui. Elle va encore, ouvrir le droit à la demande de l'exequatur qu'est une procédure préalable à l'exécution mais elle ne constitue pas une mesure d'exécution. Toutefois, la souscription à une clause d'arbitrage n'emporte pas en principe, sa renonciation à l'immunité d'exécution qui constitue une atteinte plus grave à la souveraineté. Il a été bien établi, qu'on ne peut admettre que la stipulation d'une clause compromissoire implique par elle-même, une renonciation à l'immunité d'exécution laquelle ne peut résulter que d'actes manifestes et de façon non équivoque la volonté d'y renoncer. L'exigence de l'accord expresse a été confirmée par l'article 19 de la convention des Nations Unies sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens. Lequel a considéré que l'immunité d'exécution devrait être le principe, sauf le cas d'une renonciation expresse consentie par l'État à travers un accord international, une convention d'arbitrage, un contrat écrit ou bien une déclaration devant le tribunal, ou si l'État a affecté ou réservé des biens à la satisfaction de la demande objet du différend ou finalement, s'il a été établi que les biens sont utilisés ou destinés spécifiquement, à être utilisés par l'État à des fins autres que ceux du service publics non commerciaux.⁷⁷⁹

1011. A partir des années 1980, la jurisprudence française tendait à limiter la portée de l'immunité d'exécution. En effet, en cas de renonciation, les biens de l'État sont traités comme ceux d'un simple particulier. Toutefois, la jurisprudence a exclu les comptes des missions diplomatiques.⁷⁸⁰ ces derniers requièrent une renonciation expresse et spéciale puisqu'elles sont particulièrement, exposées aux attaques des créanciers menant à des perturbations pouvant affecter les relations diplomatiques entre les États en cause. En effet, selon l'arrêt de la Cour de cassation du 28 septembre 2011 opposant NML Capital contre l'État argentin, les missions diplomatiques des États étrangers bénéficient d'une immunité d'exécution autonome, à laquelle il ne peut être renoncer que d'une façon expresse et

⁷⁷⁸ Cf. supra. §562.

⁷⁷⁹ ONU, la convention des Nations Unies sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens. Op.Cit note n°491.

⁷⁸⁰ La cour d'Appel de Paris 10 aout 2000, Affaire Ambassade de la Fédération de Russie en France contre Cie Noga d'importation et d'exportation, Revue arbitrage 2001, 114.

spéciale⁷⁸¹. Cette démarche a été généralisée pour tous les biens destinés au service public devant faire l'objet d'une renonciation expresse et spéciale de l'immunité d'exécution⁷⁸².

1012. En revanche, l'absence de renonciation fait en sorte que l'immunité d'exécution s'applique sur les biens publics à l'exclusion des biens privés⁷⁸³. Toutefois, la jurisprudence Eurodif a pris la position de l'article 19. Ainsi, la saisie ne s'exerce pas sur tous les biens privés. On peut exécuter sur ces derniers dès lors que ces biens sont affectés à l'activité de droit privé qui est à l'origine de la demande en justice. En d'autres termes, l'immunité d'exécution ne s'applique pas à l'activité économique donnant lieu à la demande en justice.⁷⁸⁴ L'exigence de la spécialité se voit particulièrement, stricte puisqu'elle devrait mentionner les biens destinés au service public⁷⁸⁵. A cet effet, l'exigence de la spécialité a été abandonné par la cour de cassation deux ans plus tard, par l'arrêt *Commissimpex* du 13 mai 2015. Cet arrêt n'exige que la renonciation expresse de l'immunité d'exécution.

1013. D'autre part, il est difficile de prouver la destination des biens. L'affectation des biens est présumée publique et c'est au créancier de prouver le contraire. Or que l'État est le mieux placé pour le savoir et donc, c'est lui qui devrait prouver l'affectation publique du bien.⁷⁸⁶

1014. Le caractère des biens publics constitue lui aussi, un argument de récalcitrance du partenaire public. Ainsi, les biens publics sont inaliénables, insaisissables et imprescriptibles. Ces arguments font en sorte que les moyens d'exécution du droit commun ne sont pas applicables aux personnes publiques. Ce principe est ancien et a été confirmé par l'arrêt du Conseil d'État français (C.E. : 9 décembre 1899 : « Association Syndicale du Canal de Gignac ») ayant considéré que les voies d'exécution du droit commun ne peuvent pas être exercées à l'encontre des établissements publics⁷⁸⁷. Par conséquent, le recours à des mesures

⁷⁸¹ MOURALIS, Denis « Contrôle des sentences arbitrales en matière administrative », op.cit. note n°705.. p. 135.

⁷⁸² Civ. 28 mars 2013 NML Capital c/Argentine,

⁷⁸³ Cass. Civ. 1^{ère} chambre civile, 11 février 1969, l'affaire Englander contre la Banque d'État Tchecoslovaquie. In FADLALLAH, Ibrahim ; HASCHER, Dominique : « *Les grandes décisions du droit de l'arbitrage commercial* » 1^{ère} éd. Dalloz, 2019.

⁷⁸⁴ Civ. 1^{ère}, 14 mars 1984, *Eurodif* et *Sofidif* contre L'Iran, n°82-12.462). In. FADLALLAH, Ibrahim ; HASCHER, Dominique : « *Les grandes décisions du droit de l'arbitrage commercial* » 1^{ère} éd. Dalloz, 2019.

⁷⁸⁵ Cf. Cass, civ. Du 28 mars 2013, Société NML contre la République d'Argentine et Total Austral.

⁷⁸⁶ FADLALLAH, Ibrahim ; HASCHER, Dominique : « *Les grandes décisions du droit de l'arbitrage commercial* » 1^{ère} éd. Dalloz, 2019.

⁷⁸⁷787 DEGOFFE, Michel : "Droit administratif", 4 ème éditions-Ellipses Paris 2020.

d'exécution forcée contre le partenaire public récalcitrant s'avère particulièrement difficile. Il n'en demeure pas moins qu'il existe des moyens de contraintes vis-à-vis les biens publics du partenaire public situant aussi bien à l'étranger (§2) qu'à son propre territoire (§1).

§1- Les mesures d'exécution sur le territoire national du partenaire public

1015. L'exécution d'une sentence arbitrale contre un partenaire public est une tâche particulièrement difficile pour les raisons que nous avons évoquées ci-dessus. Il a été établi que les moyens d'exécution du droit commun ne sont pas applicables sur les personnes morales de droit public. D'autant plus, les sentences arbitrales peuvent condamner l'administration publique soit à payer une somme déterminée ou de faire ou ne pas faire quelque chose, tâche qui est en principe, difficile puisque personne ne peut enjoindre l'administration publique, y compris, le juge administratif tenu de respecter le principe de séparation de pouvoirs.

1016. Toutefois, il existe des mécanismes pour exécuter la sentence arbitrale exequaturée défavorable au partenaire public, ou ce qu'on appelle les voies administratives d'exécution.⁷⁸⁸

1017. Tout d'abord, selon l'arrêt de la Cour d'appel de Paris du 19 mai 1998, dans l'affaire Torno, l'arbitre même s'il est dépourvu du pouvoir de *l'imperium* et du pouvoir coercitif à l'égard des parties, il pourrait prescrire à ces derniers, des obligations de faire, dans le cadre de l'instance.⁷⁸⁹ Toutefois, ces mesures ne concernent pas l'exécution de la sentence arbitrale. C'est ainsi que les juridictions étatiques vont à l'appui. En effet, la partie la plus diligente va solliciter le partenaire public à exécuter la sentence arbitrale, en cas de refus, elle peut recourir au juge d'exécution (A). Finalement, la responsabilité disciplinaire serait engagée devant les juridictions financières qui vont se mettre à l'appui des mesures de contraintes contre l'administration récalcitrante (B).

A- Les mesures d'injonction et d'astreinte devant le juge d'exécution

1018. Quand il s'agit d'une sentence arbitrale enjoignant une personne morale de droit public à faire ou à ne pas faire quelque chose, les articles 978 et s. du CPCA algérien permettent au juge administratif de prescrire une injonction au partenaire public récalcitrant, assortie d'un délai d'exécution ou encore, une astreinte dont il fixe la date d'effet. Ceci est valable pour tous les titres exécutoires, y compris l'ordonnance

⁷⁸⁸ DOUGANIS, Carine : « *Pour un droit public de l'arbitrage* » op.cit. note n°485.

⁷⁸⁹ CA, Paris, 1^{er} civ. Torno, 19 mai 1998, Revue de l'arbitrage, 1999, p.p. 601 le commentaire de M. le Professeur Charles Jarroson.

d'exequatur d'une sentence arbitrale. Cette astreinte est totalement indépendante au dommage et réparation. Elle pourrait être liquidée en cas d'inexécution totale, partielle ou tardive.⁷⁹⁰

1019. Alors si la condamnation du partenaire public porte sur le paiement d'une somme d'argent fixée par le titre exécutoire, elle est exécutée conformément aux dispositions de l'article 986 du CPCA algérien après sa modification par la loi n°22-13.⁷⁹¹

1020. Le code de justice administrative français porte dans ses articles L.911-1 à L.911-10 des dispositions similaires.

B- L'ordonnancement et le mandatement d'office et la responsabilité disciplinaire des ordonnateurs

1021. L'exécution des sentences arbitrales exequaturées et plus généralement, les décisions de justices condamnant les personnes morales de droit public, a été réglementée par des textes divers. À savoir, l'article 986 du CPCA algérien après sa modification par la loi 22-13, puis par l'article 111 de la loi de finances pour 2024 modifié par l'article 196 de la loi de finances pour 2025. Puis par un arrêté du ministère de finances du 20 janvier 2025 relatif aux modalités d'exécution des condamnations pécuniaires, prononcées par décision de justice à l'encontre de l'État ; des collectivités locales et des établissements publics à caractère administratif et des établissements publics assimilés.⁷⁹²

1022. C'est ainsi l'huissier de justice procède à la signification du commandement à l'ordonnateur d'avoir à se libérer de l'objet de la sentence arbitrale exequaturée, dans un délai de deux mois. C'est ainsi que l'ordonnateur est tenu d'ordonnancer ou mandater le montant total ou partiel dans ce délai.

1023. Faute d'insuffisance de crédits budgétaires, l'ordonnateur devrait aviser le créancier par lettre recommandée avec accusé de réception, dans un délai de deux mois, du reliquat de la somme due faisant l'objet d'un paiement ultérieur, dès la disponibilité

⁷⁹⁰ Les articles 978 et s. du CPCA algérien, op.cit. note n°150.

⁷⁹¹ Avant la modification intervenue par la loi 22-13 du 12 juillet 2022 modifiant et complétant le CPCA algérien, c'était la loi 91-02 du 8 janvier 1991 modifiée relative aux dispositions particulières à certaines décisions de justice (abrogée par la loi 22-13) qui était applicable.

⁷⁹² Arrêté du 20 janvier 2025 relatif aux modalités d'exécution des condamnations pécuniaires prononcées par décision de justice à l'encontre de l'État, des collectivités locales et des établissements publics à caractère administratif et des établissements publics à caractère administratif et des établissements publics assimilés, JORADP n°8 du 9 février 2025.

des crédits budgétaires. En portant à la connaissance du créancier la date de l'ordonnancement ou du mandatement, et ce avant l'expiration du délai du deux mois ci-dessus.

1024. Les montants restants, feront l'objet durant les trois mois suivant l'expiration du délai, d'un engagement et ordonnancement ou mandatement, complémentaires.

1025. En cas de refus d'exécution par l'ordonnateur, au terme du délai de deux mois, ou si le créancier n'a pas été avisé par la lettre recommandée. Un recouvrement d'office est requis auprès du trésorier central, principal ou de la Wilaya de siège du partenaire public condamné. Dans un délai de trois mois à compter de la demande du créancier. Ce prélèvement d'office, s'effectue à concurrence des fonds et des crédits budgétaires disponibles. En cas d'insuffisance de crédits budgétaires, l'ordonnateur devrait mettre en place des crédits nécessaires pour la couverture du montant de la condamnation, par le biais de mouvements de crédits, de virements, de transferts et/ou autres. Si les délais d'exécutions s'étalent sur l'année budgétaire suivante, l'exécution de la sentence arbitrale peut se poursuivre sur l'exercice budgétaire suivant.

1026. Finalement, la responsabilité disciplinaire des agents responsables de l'exécution pourrait être engagée devant la Cour des comptes, selon l'article 87 et 88 de l'ordonnance n°95-20 relative à la Cour des comptes.

1027. Ainsi, l'inexécution totale, partielle ou tardive d'une décision de justice, y compris, les sentences arbitrales exequaturées condamnant le partenaire public à payer une astreinte ou réparation pécuniaire est considéré comme infraction aux règles de discipline budgétaire et financière. Notamment, lorsque ces faits constituent une violation caractérisée des dispositions législatives et réglementaires, ayant causé un préjudice à un organisme public ou au Trésor public.⁷⁹³

1028. Ces infractions sont passibles d'une amende prononcée par la Cour des comptes, à l'encontre de leurs auteurs. Cette amende ne peut dépasser la rémunération annuelle brute de l'agent concerné, à la date de la commission de l'infraction.⁷⁹⁴

⁷⁹³ L'article 88 de l'ordonnance 95-20 du 17 juillet 1995, relative à la Cour des Comptes. JORADP n°39 du 23 juillet 1995.

⁷⁹⁴ Ibid. article 89.

§2- L'exécution sur les biens du partenaire public situant à l'étranger

1029. En cas du refus catégorique du partenaire public d'exécuter une sentence arbitrale lui condamnant, il serait illusoire de requérir l'exécution de cette sentence sur les actifs situant sur son territoire et devant les juridictions locales du partenaire public récalcitrant. En pratique, le partenaire privé ne pourrait que l'exécuter sur les actifs que le partenaire public détient à l'étranger. Toutefois, cette voie d'exécution est soumise aux règles particulières édictées par l'État où se trouve les actifs concernés et devant ses juridictions locales. En l'absence d'un cadre légal international régissant l'immunité d'exécution, la portée de l'immunité d'exécution est définie par l'État où se trouvent les actifs faisant l'objet des mesures d'exécution.⁷⁹⁵

1030. Nous allons prendre l'exemple du droit français, lequel a connu des évolutions en matière de l'immunité d'exécution des comptes des États étrangers sur le territoire français.

1031. La jurisprudence *Creighton* contre le Qatar a réduit la portée de l'immunité d'exécution pour faciliter l'exécution des sentences arbitrales sur les comptes que détiennent les États à l'étranger. Ainsi, la Cour de cassation française, par son arrêt du 6 juillet 2000 statuant dans l'affaire opposant la société Creighton Limited c. le Qatar a bouleversé le principe de la nécessité d'une renonciation explicite, en jugeant que la soumission au règlement d'arbitrage de la CCI et notamment son article 24 (actuellement l'article 35 al.6) implique la renonciation de l'immunité d'exécution par le Qatar. Cet arrêt a suscité de vives critiques par la doctrine, par son ambiguïté. En effet, l'ancien article 24 du règlement d'arbitrage CCI disposait que « *Les parties s'engagent à exécuter sans délai, la sentence à intervenir et renoncent à toutes voies de recours auxquelles elles peuvent renoncer* ». Alors que la renonciation à l'immunité d'exécution devrait être certaine et non équivoque, l'ancien article 24 du règlement CCI a une portée beaucoup plus, générale et n'ayant pas pour objet l'immunité d'exécution.⁷⁹⁶

1032. Toutefois, même si la jurisprudence française s'étant attachée à réduire progressivement, la portée de l'immunité d'exécution, à partir des années 1980 de façon à appeler à suivre le sort de l'immunité de juridiction⁷⁹⁷. Cette approche a été brutalement,

⁷⁹⁵ JAEGER, Laurent : « L'exécution des sentences arbitrales face aux intérêts publics », op.cit. note. 773.

⁷⁹⁶ FADLALLAH, Ibrahim ; HASCHER, Dominique : « *Les grandes décisions du droit de l'arbitrage commercial* » op.cit. note n°785.

⁷⁹⁷ Cf. supra §562.

stoppée avec l'adoption de la loi SAPIN II pour les biens des États étrangers (La loi n°2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique).

1033. La loi SAPIN II a mis fin aux fluctuations jurisprudentielles pouvant occasionner des difficultés diplomatiques. M. Sapin a déclaré au Sénat que certaines mesures d'exécution contre les États, prises en France, ont eu des effets très dommageables. Notamment dans l'affaire Yukos ayant entraîné des tensions avec la Russie. Un autre objectif de ces dispositions consiste à la mise à l'abri des États contre le harcèlement procédural par certains créanciers qui n'hésitaient pas à saisir les biens des missions diplomatiques d'une façon répétée.

1034. A cet effet, le législateur s'est intervenu en posant des conditions dans la loi SAPIN II par son article 59 et s. complétant et modifiant le code de procédures civiles d'exécution.

1035. La première condition consiste à instituer une autorisation judiciaire préalable pour recourir aux mesures d'exécution forcées et les mesures conservatoires contre les biens des États étrangers. (Article 111-1-1 du code de procédures civiles d'exécution).

1036. L'exigence de l'autorisation judiciaire préalable paraît à première vue, formelle et n'affectant pas les droits des créanciers, puisque c'est le juge qui la donne et pas l'administration. Elle est en outre confidentielle puisqu'il s'agit d'une ordonnance sur requête et n'exigeant pas une procédure contradictoire. Or ce constat est trompeur. Le créancier devrait toutefois, démontrer soit la renonciation de l'État sur son immunité d'exécution ou démontrer que le bien objet de la mesure, est affecté à une activité commerciale, une tâche extrêmement difficile dans la mesure où la connaissance de la destination des fonds placés sur ces comptes est souvent impossible avant que la saisie ne soit opérée. En effet, l'exigence de l'affectation commerciale du bien constitue la deuxième condition à remplir pour exécuter sur les comptes du partenaire public à l'étranger. Nous avons déjà vu l'inefficacité de l'exception de commercialité puisque la charge de la preuve dont supporterait le créancier, s'avère particulièrement difficile.⁷⁹⁸

1037. La deuxième condition consiste à l'exception de commercialité. Ainsi, l'immunité d'exécution ne pourrait être fondée, si les biens objets de mesures d'exécution

⁷⁹⁸ Cf. Supra. §1037.

forcée sont affectés à une activité commerciale. Donc, ce n'est que les biens destinés aux services publics qui peuvent être couverts par l'immunité d'exécution. Cette approche a été adoptée par la Convention des Nations Unies sur l'immunité juridictionnelle des États avant son adoption par la loi Sapin II. Toutefois, l'efficacité de cette condition est relative puisqu'il est difficile de prouver la destination du bien.⁷⁹⁹

⁷⁹⁹ JAEGER, Laurent : « L'exécution des sentences arbitrales face aux intérêts publics », op.cit. note n°773.

Conclusion du chapitre 2 :

1038. L'intervention du juge étatique pour le contrôle des sentences arbitrales est inévitable, puisque l'arbitre n'a pas de pouvoir d'*imperium*. Par ce fait, la sentence arbitrale ne se dote pas de la force obligatoire comme celle caractérisant les décisions définitives émanées des juridictions étatiques. Il s'agit ici d'une des caractéristiques du droit de l'arbitrage dont celui relatif aux PPP n'y échappe pas.

1039. Pour le contrôle des sentences arbitrales relatifs aux PPP, le juge administratif est devenu compétent en vertu du code de procédure civile et administrative algérien. Alors qu'en droit français, la compétence du juge administratif n'était reconnue qu'en matière interne. Toutefois, après l'arrêt du Tribunal des conflits du 17 mai 2010 dans l'affaire Inserm, le juge administratif est devenu compétent pour certains contrats de commande publique et ceux relatifs à l'occupation du domaine public, soumis à un régime administratif d'ordre public. Le reste des contrats administratifs demeure relevant de la compétence des juridictions judiciaires.

1040. Cette nouvelle compétence octroyée au juge administratif pour le contrôle de certains contrats administratifs à caractère international est une ébauche d'un nouvel régime de contrôle spécifique aux contrats de PPP.

Conclusion du deuxième titre

1041. La fonction juridictionnelle de l'arbitrage en matière de contrats de PPP est reconnue aussi, en dépit des intérêts publics que représentent ses derniers. Ainsi, le principe de l'autonomie de l'arbitrage a pris le dessus, malgré l'hostilité des pays relevant du dualisme juridictionnel à l'institution arbitrale.

1042. Toutefois, l'instance arbitrale tranchant en matière des litiges relatifs aux PPP a aussi ses spécificités. Ainsi, on assiste à une hégémonie de l'application par l'arbitre international du droit du partenaire public, complété parfois, par le droit international et le droit transnational quand il s'agit d'un investissement protégé.

1043. De surcroît, le régime juridique lié à cette fonction juridictionnelle est en pleine gestation après avoir confié le contrôle des sentences arbitrales aux juridictions administratives.

Conclusion de la deuxième partie :

1044. En dépit des intérêts publics que les PPP visent, les litiges naissants de se derniers ne peuvent s'échapper à l'institution arbitrale.

1045. Il en ressort que le régime de l'arbitrage en matière de PPP n'a pu se construire en dehors de la sphère de celui de l'arbitrage de droit commun, en l'occurrence, l'arbitrage commercial international ou l'arbitrage d'investissement. Ainsi, l'arbitrage en matière de PPP a une origine purement conventionnelle et une fonction juridictionnelle à l'instar de l'arbitrage du droit commun.

1046. Il n'en demeure pas moins que le régime juridique de l'arbitrage connaît quelques spécificités limitant le caractère conventionnel de l'arbitrage, telles que la persistance de l'arbitrage forcé en matière d'arbitrage interne relatif aux contrats de PPP. Le régime de contrôle des sentences arbitrales a connu quelques aménagements après son attribution aux juridictions administratives. Ces aménagements constituent une nouvelle ébauche en matière du régime de l'arbitrage en matière de PPP en gestation.

Conclusion générale

1047. Au terme de cette étude, il apparaît que le recours à l'arbitrage pour le règlement des différends nés des contrats de partenariat public-privé (PPP) constitue une réalité indéniable, particulièrement en ce qui concerne les PPP de dimension internationale. Ainsi, l'arbitrage et les contrats de PPP ne sont plus des notions antagonistes.

1048. En effet, les PPP sont *a priori* des contrats administratifs, puisqu'une des parties est une personne morale de droit public. En outre, ces contrats visent à la protection de l'intérêt général puisqu'ils portent sur un ouvrage public et/ou un service public destiné aux citoyens. Une lecture hâtive peut nous conduire, *a priori* à exclure leur arbitrabilité dans les droits des pays adoptant le dualisme juridictionnel. Toutefois, cette administrativité serait effacée en principe, au profit de l'internationalité dès lors que le contrat comporte un élément d'extranéité. C'est ainsi qu'à partir des années soixante du siècle écoulé que la Communauté européenne a permis le recours des personnes morales de droit public à travers la Convention européenne sur l'arbitrage commercial international, dite Convention de Genève de 1961. Dans la même période, la jurisprudence en France avait admis l'arbitrabilité des contrats publics mettant en cause les intérêts du commerce international, en dépit du principe général de l'interdiction des personnes morales de droit public à compromettre. Ce principe demeure valable pour les contrats publics d'ordre interne, sauf si une loi en dispose autrement.

1049. Ce mouvement a conduit la majorité des États relevant du régime du dualisme juridictionnel à adapter leurs droits et de permettre le recours des personnes morales de droit public à l'arbitrage dès lors que le contrat met en cause les intérêts du commerce international, si une loi spéciale autorise l'arbitrage ou si une convention internationale le prévoit. Tel est le cas notamment, des pays du Maghreb et les pays de l'Europe continentale.

1050. Parallèlement, en matière d'investissement, la Convention de Washington de 1965 a instauré un système autonome de règlement des différends par voie d'arbitrage, entre les États accueillant des investissements et les investisseurs ressortissants d'autres États. Cette convention vise à mettre fin aux anciennes méthodes de règlements des différends, notamment la protection diplomatique et le recours aux tribunaux locaux des États hôtes de l'investissement. Cette Convention adoptée actuellement par 157 États dans un contexte particulier où les États en développement, nouvellement indépendants, ayant nationalisé les sociétés concessionnaires exploitant leurs ressources naturelles. Ces pays avaient affiché une attitude méfiante vis-à-vis l'arbitrage et sa contrariété avec le principe de la souveraineté des États sur leurs ressources naturelles. Il n'en demeure pas moins que ces pays ont fini par céder le pas vers l'arbitrabilité des contrats internationaux impliquant leurs personnes morales de droit public, et se voient contraints à réviser leurs législations dans un souci d'attirer les investissements étrangers.

1051. En outre, l'efficacité économique de l'arbitrage et le souci de désencombrement des juridictions étatiques ont poussé les législateurs à émettre des exceptions textuelles sur le principe général de l'inarbitrabilité des contrats publics, pour certaines formes de PPP.

1052. Au demeurant, l'arbitrage s'est imposé comme le mode naturel de règlement des différends nés des contrats de PPP d'ordre international avec toutefois, des îlots d'exceptions sur le principe de l'inarbitrabilité des contrats administratifs d'ordre interne, notamment, les marchés publics et le marché de partenariat en France.

1053. De plus, certaines catégories de litiges traditionnellement, considérées rétives à l'arbitrage, se voient désormais objet de règlement par voie arbitrale. Tel est le cas des litiges portant des allégations de corruption. L'arbitre international est habilité ainsi, de tirer les conséquences civiles s'il constate à travers un faisceau d'indices (*red flags*) que l'un des litigants commet un acte corruptible, sans devoir surseoir à statuer au profit du juge pénal.

1054. Toutefois, on assiste récemment à une remise en cause de l'arbitrabilité de certains litiges impliquant les personnes morales de droit public. C'est le cas de la France qui a progressivement, durci le contrôle juridictionnel de certains contrats administratifs internationaux. Ce contrôle exercé par le Conseil d'État a freiné l'essor de l'arbitrage international impliquant l'administration publique française et une personne privée étrangère, pour les contrats administratifs internationaux de commande publique ou relative à l'occupation du domaine public. En effet, l'arrêt Inserm de 2010 a soumis le contrôle des sentences arbitrales en la matière aux juridictions administratives. Ces dernières exercent un contrôle plus poussé aux sentences arbitrales internationales vidant ainsi, tout intérêt de recourir à l'arbitrage international. Ces contrats depuis l'arrêt du Conseil d'États du 17 octobre 2023 opposant le SMAC et Ryanair⁸⁰⁰, sont devenus inarbitrables sauf si une loi ou une convention internationale autorise leur arbitrabilité. Ainsi, le critère de la mise en cause des intérêts du commerce international, a été exclu.

1055. En matière d'arbitrage d'investissement, l'air est aussi maussade. Les pays de l'Union Européenne ont mis fin aux TBI intra européens. Alors qu'aux États-Unis l'administration Trump procède à un protectionnisme renforcé contre les investissements des économies émergentes, notamment ceux provenant de la Chine. Ainsi, ces investissements étrangers se voient prohibés, s'ils touchent à la sécurité nationale.

1056. Dès lors, il apparaît que l'arbitrabilité des contrats impliquant une personne morale de droit public, y compris l'arbitrabilité des contrats de PPP, se mesure à l'aune de l'intérêt général. Actuellement, la situation tend à se renverser. Les pays en développement sont actuellement, contraints à trouver un compromis entre l'ouverture sur l'arbitrage dans un souci d'attirer des capitaux étrangers ou bien, recourir à leurs propres tribunaux pour sauvegarder la balance des paiements. Tandis que les pays industrialisés affichent une attitude hostile à l'encontre de l'arbitrage en matière de PPP, dans un souci de protectionnisme et de contrôler strictement, les investissements étrangers.

1057. S'agissant du régime juridique applicable sur l'arbitrage en matière de PPP, il n'existe pas en droit comparé, des règles spécifiques régissant la matière. En

⁸⁰⁰ CE : 17 octobre 2023 SMAC c/Ryanair n° 465761 Recueil Lebon

effet, le droit commun de l'arbitrage demeure applicable sur celui relatif aux contrats de PPP avec quelques aménagements dus à la présence d'une personne morale de droit public dans la relation contractuelle.

1058. En effet, la présence d'une personne morale de droit public évoque la problématique du son consentement à l'arbitrage.

1059. Certains systèmes exigent à ce une habilitation législative pour le recours à l'arbitrage, tandis que d'autres se contentent d'une simple autorisation des autorités hiérarchiques ou de tutelle.

1060. En matière d'arbitrage d'investissement, on assiste depuis les années 1990 en matière d'arbitrage d'investissement, à l'exclusion du consentement quant au choix du mode de règlement des différends relatifs à l'investissement, au profit des clauses de règlements des différends incluses dans les traités bilatéraux d'investissement. La coexistence d'une clause attributive de juridiction dans un contrat de PPP et une clause attribuant la compétence au CIRDI, suscite des problématiques indéniables.

1061. En ce qui concerne l'intervention des juridictions étatiques dans l'appui ou dans le contrôle des sentences arbitrales. Certains droits confèrent cette attribution aux juridictions administratives, c'est le cas du législateur algérien en vertu de l'article 976 al.1. Alors qu'en France, la question se diffère selon qu'on est devant un arbitrage interne ou international. Pour le premier, la compétence d'appui et de contrôle relève aux juridictions administratives. En revanche, la compétence en matière d'arbitrage international impliquant des personnes morales de droit public, relève aux juridictions judiciaires. Toutefois, l'arrêt Inserm du Tribunal des conflits daté du 17 mai 2010, a exceptionnellement attribué aux juridiction administratives la compétence de connaître les recours contre les sentences arbitrales relatives à certains contrats de PPP conclus par le partenaire public français avec un partenaire privé d'une nationalité étrangère, exécutés sur le territoire français. Il s'agit notamment, des litiges nés de l'exécution des contrats soumis à un régime administratif d'ordre public. En l'occurrence, les marchés publics, les marchés de partenariat, les concessions et les délégations de services publics.

1062. Depuis lors, un régime juridique dérogatoire au droit commun, relatif aux contrats de PPP dont les sentences sont du ressort des juridictions administratives semble en gestation. L'arrêt d'assemblée du Conseil d'État du 09 novembre 2016 en constitue une étape significative en amorçant les prémises de ce régime. En Algérie, il revient aux juridictions administratives de préciser les contours de ce régime, le droit positif demeurant pour l'heure rattaché au droit commun de l'arbitrage.

1063. Cette analyse nous conduit à s'interroger : le régime juridique de l'arbitrage en droit commun pourrait-il continuer à s'adapter aux contentieux des contrats de PPP, ou bien l'émergence progressive d'un régime juridique spécifique à l'arbitrage des PPP finira-t-elle par remettre en cause sa prééminence ?

1064. En définitive, l'avenir de l'arbitrage en matière de PPP dépendra de la capacité des systèmes juridiques comparés à concilier sécurité juridique, attractivité économique et préservation de l'intérêt général, tout en veillant à maintenir un équilibre harmonieux entre arbitrage et contrôle juridictionnel. Nos recommandations issues de cette étude, se résument dans ce qui suit :

1065. S'agissant le législateur, clarifier les conditions dans lesquelles les personnes morales de droit public peuvent recourir à l'arbitrage afin de procurer plus de sécurité juridique et envisager l'adoption d'un régime juridique spécifique à l'arbitrage en matière de partenariat public-privé, en tenant compte des exigences de l'intérêt général et le respect des principes de la commande publique ainsi que ceux régissant le service public.

1066. Pour les pays en développement, nous recommandons de développer d'autres mécanismes alternatifs de gestion des différends afin de réduire la dépendance systématique à l'arbitrage international. Puis de renforcer les capacités institutionnelles, en instituant des unités spécialisées pour négocier et gérer les contrats de PPP.

Bibliographie

I- Ouvrages :

- 1- APOSTOLOS Patrikios : « L'arbitrage en matière administrative » *préf.* Yves Gaudemet, LGDJ. Paris 1997.
- 2- BENACHENHOU, Abdelatif : « La fabrication de l'Algérie », éd. Alpha Design, 2009
- 3- BENACHENHOU, Abdelatif : « Les nouveaux investisseurs », Alpha Design, mai 2006.
- 4- BILLEMENT, Jean : « La liberté contractuelle à l'épreuve de l'arbitrage », *préf.* Christophe JAMIN, LGDJ, Paris 2013. P.88
- 5- COLIN, Frédéric « L'essentiel du droit des contrats administratifs », Édition Gualino, Lextenso, 2019.
- 6- DAVID, René : « L'arbitrage dans le commerce international » éd. Economica, Paris 1982.
- 7- DIALLO, Ousmane : « Le consentement des parties à l'arbitrage international ». Préf. Jean-Michel JACQUET. Ed. Presse Universitaire de France, Paris 2010.
- 8- DOUGANIS, Carine : « Pour un droit public de l'arbitrage », éd. Mare et Martin, Paris 2022.
- 9- HUBERT-MCGETRICK, Virginie et ANSALONI, Guillaume : « Le financement de projet : Enjeux juridiques et bancabilité de l'opération », RB Édition, 2ème édition 2019, Paris.
- 10- Kassis, Antoine : « Théorie générale des usages de commerce : droit comparé, contrats et arbitrage internationaux, lex mercatoria » , LGDJ, 1984.
- 11- LAMBAERT, Bruno : « Les partenariats public-privé (PPP) : un défi pour le droit des services publics » édition La Charte, Bruxelles, 2005.
- 12- LEMAIRE, Sophie : « Les contrats internationaux de l'administration », LGDJ. 2005.
- 13- LYONNET DU MOUTIER, Michel : "Financement de projet et partenariat public-privé" 2ème édition, EMS, 2012.
- 14- Mayer, Pierre. "Droit international privé ». Ed. Montchrestien, 1987.
- 15- MANCIAUX, Sébastien : « Investissements étrangers et arbitrage entre États et ressortissant d'autres États : Trente Années d'activité du CIRDI » *préf.* Philippe KAHN, éd. Litec, LexisNexis, Paris, CREDIMI, Dijon, 2004, vol 24.

- 16- Nimrod Roger Tafotie Youmsi : « Build, Operate and Transfer : Modalité de partenariat public-privé : Approche law and economics » éditions Larcier 2013. Collection de la Faculté de Droit, d'Économie et de Finance de l'Université de Luxembourg.
- 17- ONGUENE ONANA, Dieudonné Edouard : « La compétence en arbitrage international relatif aux investissements : Les conditions d'investissement et de nationalité devant le CIRDI. Ed. BRUYLANT, Bruxelles, 2012.
- 18- RACINE, Jean-Baptiste : « Droit de l'arbitrage », 1ère éd. PUF, Paris septembre 2016.
- 19- Richer, Laurent : « Droit des contrats administratifs » 7éd. LGDJ, Paris, 2010.
- 20- RICHER, Laurent et LICHÈRE, François : « Droit des contrats administratifs », 10^{ème} édition, 2016, LGDJ, Lextenso édition. Issy-les-Moulineaux Cedex.
- 21- SANTULLI, Carlo : « Droit du contentieux international » L.G.D.J. Montchrestien, Paris, 2005.
- 22- SEKFALI, Zine : « Droit des financements d'entreprises » 2ème éd. RB éditions, Paris 2018.
- 23- TERKI, Nouredinne : « L'arbitrage commercial international en Algérie » Edition Ajed, Alger 2015.
- 24- TRARI-TANI, Mostefa : « L'arbitrage commercial international : Avec référence au droit et à la pratique des pays du Maghreb (Algérie, Libye, Maroc, Mauritanie et Tunisie », éd. Bruylant, Bruxelles, 2011.
- 25- Waked Djaber, Rita « Le contrat administratif international : Essai d'une théorie générale à travers l'exemple du contrat BOT (Build, Operate, Transfer), Ed. LGDJ, Paris et POINT DELTA, Beyrouth, 2013.
- 26- Weil, Prosper : « Principes généraux du droit et contrat d'État : écrits de droit international », PUF, Paris, 2000.

II- Thèses et mémoires

- 1- AHMANE, Kheira : « Le contrat international de l'eau : contribution à une étude de partenariat public-privé », mémoire de magistère soutenu le 22 avril 2014, Faculté de Droit et de Sciences Politiques, Université Oran 2 Mohamed Ben Ahmed.
- 2- BEN HAMIDA, Walid : « L'arbitrage transnational unilatéral : réflexions sur une procédure réservée à l'initiative d'une personne privée contre une personne publique », Thèse de Doctorat en droit de L'université Panthéon Assas (Paris II), soutenue le 24 juin 2003.

- 3- BREUIL, Lise : « Renouveler le partenariat public-privé pour les services d'eau dans les pays en développement : comment conjuguer les dimensions contractuelles, institutionnelles et participatives de la gouvernance ? ». Thèse de Doctorat, École Nationale de Génie Rurale, des Eaux et des Forêts, Centre de Paris, 22 novembre 2004.
- 4- MICALÉF, Romain « L'internationalisation du droit des contrats publics en France et au Canada » thèse en cotutelle entre l'Université Laval, Québec, Canada et l'Université d'Aix-Marseille, France, année 2019.
- 5- Labonnélie Benjamin « Le montage BOT (Build, Operate and Transfer) des grands projets immobiliers internationaux, Thèse Paris XII, 2003.
- 6- PH. MALAURI « Les contrats contraires à l'ordre public, Thèse Paris, 1953, Citée dans l'article de LOQUIN Éric,
- 7- SAAD, Rami : « L'arbitrage dans les contrats administratifs, étude comparée, droit français-droit libanais » thèse en cotutelle, soutenue le 26 juin 2013, Panthéon Sorbonne et Université Libanaise, Beyrouth 2013.
- 8- SI ALI, Abderrahim : « Le recours des personnes morales de droit public à l'arbitrage », Thèse soutenue le 16 octobre 1998, à l'Université de Bourgogne, Dijon.

III- Articles

- 1- ABDALLAH-MARTIN, Nadine : « L'extension et la transmission de la clause compromissoire : Vers une Lex Mediterranea ? ». in. Ouvrage collectif sous la direction de Filali Osman et Lotfi Chedly « Vers une *lex mediterranea* a de l'arbitrage : Pour un cadre commun de référence ». éd. Bruylant. Bruxelles, 2015.
- 2- A. C. L. Davies : « Le droit anglais face aux contrats administratifs : en l'absence de principes généraux garantissant l'intérêt public, une maison sans fondation ? » , (article traduit par : Anne-Elisabeth COURRIE) RFDA, 2006, page 1039
- 3- ANNACKER, Claudia et T. GREIG, Robert : « Immunité des États et arbitrage » in. Bulletin de la Cour internationale d'arbitrage de la CCI, Vol 15 n°2, 2ème trimestre 2004.
- 4- AUBY, Jean-Bernard : « Actualité du droit anglais des contrats publics » RFDA, 2006 p. 1013.
- 5- AUDIT, Bernard « L'arbitrage transnational et les contrats d'État : bilan et perspectives », Centre d'étude et de recherche de droit international et de relations internationales, Académie de droit international, La Haye, 1987, p. 27.

- 6- AUDIT, Bernard : « Le contrat de partenariat ou l'essor de l'arbitrage en matière administrative », Revue de l'arbitrage Vol 2004, Issue 3. PP.541-564, Comité français de l'arbitrage. Paris, 2004.
- 7- AUDIT, Bernard : « Le nouveau régime de l'arbitrage des contrats administratifs internationaux (à la suite de l'arrêt rendu par le cours al des conflits dans l'affaire Inserm », Revue de l'arbitrage, Vol 2010, issue 2, pp. 253-273, Comité Français de l'Arbitrage, Paris 2010.
- 8- AUDIT, Bernard : « Le nouveau régime de l'arbitrage des contrats administratifs internationaux (à la suite de l'arrêt rendu par le Tribunal des conflits dans l'affaire INSERM), Revue de l'arbitrage 2010, Vol. 2010 Issue 2, pp. 253-273, éd. Comité Français de l'arbitrage
- 9- AUDIT, Mathias : « Arbitrage international et contrats publics en France » in Ouvrage collectif « Contrats publics et arbitrage » sous la direction du Professeur Mathias Audit, éd. Bruylant, Bruxelles 2011.
- 10- AUDIT, Mathias : « L'arbitrabilité des litiges des personnes publiques : Entre autonomie de la volonté et prévalence du droit national prohibitif ». in Ouvrage collectif sous la direction de Filali Osman et Lotfi Chedly « Vers une lex mediterranea a de l'arbitrage : Pour un cadre commun de référence ». éd. Bruylant. Bruxelles, 2015.
- 11- AUDIT, Mathias et BROUELLE, Camille : « L'arbitrage en matière de contrats administratifs internationaux : les avancées récentes, note sous Cour administrative d'appel de Bordeaux, 12 juillet 2016, Paris, Pôle 1 – Ch. 1, 8 novembre 2016 et Conseil d'État » (ass.), 9 novembre 2016, Revue de l'Arbitrage, vol 2017, Issue 1, pp. 262.
- 12- AUDIT, Mathias ; « Les recours contre les sentences arbitrales internationales rendues en matière administrative : une cartographie », Revue de l'Arbitrage, Comité Français de l'arbitrage 2018, Vol 2018 issue 1. Pp. 161-176
- 13- AUDIT, Mathias : « Droit des investissements internationaux », Synthèse, JCI. Droit international. Fasc.572-42 et s. Actualisé par CAZALA Juilen, date de fraîcheur 15 juin 2020. (Document consulté sur <https://www.lexis360.fr> Encyclopédies. Téléchargé le 23/08/2020)
- 14- BAISET, Didier « L'internationalisation Du Droit Public Des Affaires Face A L'arbitrage International : Approche comparée en droit franco-maghrébin », Annales de l'université d'Alger, Volume 25, Numéro 1, Pages 134-154, 2014-05-07

- 15- BARAMBONA, Jean Marie et NZOHABONAYO, Anaclet : « Conceptualisation du consentement dans l'arbitrage d'investissement encadré par le CIRDI », in. *European Scientific Journal*, éd. Décembre 2018, vol 14 <http://dx.doi.org/10.19044/esj.2018.v14n35p327> (consulté le 25 août 2024).
- 16- BASTID, Suzanne : « Le droit international public dans la sentence de l'Armaco », *Annuaire français du droit international*, vol 7, 1961.
- 17- BENCHIKH, Madjid : « La nouvelle loi pétrolière algérienne : direction publique et économie de marché » . *Les années du Maghreb*. 2005-2006. <https://doi.org/10.4000/anneemaghreb.103>
- 18- BENCHIKH, Majid : « La loi pétrolière 19-13 du 11 décembre 2019, dans un contexte de rejet du système politique par le soulèvement populaire : - ouverture du domaine pétrolier à la concurrence et offre d'avantages fiscaux aux sociétés étrangères- » , *L'année du Maghreb*, 2000 n°23.
- 19- BENCHNEB, Ali: “ l'arbitrage et le rôle du juge d'appui en droits algérien et français », *RDAI/IBLJ*, n°1/2012.
- 20- BEN HAMIDA, Walid : « Les contrats de BOT à l'heure du nouveau droit des investissements internationaux ». in : KAHN, Philippe et W. WÄLD, Thomas : « Les aspects nouveaux du droit des investissements internationaux/New aspects of international investment law » *Académie du Droit International de La Haye*, 2007
- 21- BEN HAMIDA, Walid : « L'intégration imparfaite de l'arbitrage d'investissement dans le droit de l'OHADA », *Revue de l'Arbitrage*, éd. Comité français de l'arbitrage, vol. 2019, issue 4) pp. 1109-1140.
- 22- BEN HAMIDA, Walid : « La notion d'investissement : la notion maudite du système CIRDI ? » *Les cahiers de l'arbitrage* 33/2007.
- 23- BETTO, Jean-Georges et JOB, Alexandre : « Enfin la définition de l'estoppel en droit français » <https://www.hoganlovells.com/fr/publications/at-last-the-definition-of-estoppel-in-french-law>

- 24- BOUKHEZER-HAMMICHE, Nacira : « Libéralisation financière et effet sur l'investissement en Algérie », *Mondes en Développement* Vol.41-2013/2-n°162. Ed. : De Boeck Supérieur.

- 25- BOULARBAH, Hakim : « Procédures arbitrales et intérêt public », in. Ouvrage collectif, *Arbitrage et intérêts publics*. Collection sous la direction de Francarbi. *Préf.* Guy KEUTGEN, Bruylant, Bruxelles, 2019.

- 26- BRÉVILLE, Anne : « Comparaison entre les contrats de partenariat au Royaume Uni et aux USA » *Revue Contrats Publics-Actualité de la Commande et des Contrats Publics*, n°36, septembre 2004. P.58.

- 27- BRUCE, EVA : « La compétence du juge administratif dans l'arbitrage des personnes publiques, remises en question », *Revue de l'arbitrage*, vol 2006, Issue 1, pp. 65-97, Comité français de l'arbitrage.

- 28- CAZALA, Julien : « La clause de respect des engagements ». In. « Droit international des investissements et de l'arbitrage transnational », Sous-direction du Charles LEBEN, Pedone, Paris, 2015, pp. .347-373

- 29- COSSALTER, Philippe et DU MARAIS, Bertrand : « Private Finance Initiative » Paris, IGD, 2001.

- 30- COSSALTER, Philipe : « 20 ans de PFI : l'heure d'un bilan », RGD, 2012, A1.

- 31- DAILLIER, Patrick ; SZUREK, Sandra ; GHERARI, Habib et MÜLLER : « Tribunal irano-américain de réclamations » in. AFDI, Vol.45, 1999. https://www.persee.fr/doc/afdi_0066-3085_1999_num_45_1_3574 (Consulté le 02 septembre 2024).

- 32- DELVOLVÉ, Jean-Louis : « Une véritable Révolution ... Inaboutie (Remarques sur le Projet de Réforme de l'Arbitrage en Matière Administrative) » *Revue de l'Arbitrage* 2007, Vol. 2007, Issue 3. Pp.373-406, éd. Comité

- 33- DJOGLOU, Raymond : « Le droit applicable au différend dans l'arbitrage d'investissement : entre volonté des parties et office de l'arbitre » . in. *Revue International de Droit Économique*, 2022/1. T/XXXVI.

- 34- FADLALLAH, Ibrahim : « La distinction treaty claims/contract claims et la compétence de l'arbitre CIRDI : Faisons-nous fausse route ? » in. *Le contentieux arbitral transnational*

- relatif à l'investissement : Nouveaux développements, sous la direction de Charles LEBEN, In: Revue Québécoise de droit international, Ed. Louvain-la-Neuve, Anthémis, 2006
- 35- FILLE-LAMBIE, Olivier et LONCLE, Jean-Marc : « L'arbitrage dans les grands projets de concession de service public: Aspects de droit français et de droit OHADA », RDAI, 2003, n°1.
- 36- HARZI, Lounes : « L'agent judiciaire du Trésor », *in. المجلة الجزائرية للحقوق والعلوم السياسية*, n°3, juin 2017.
- 37- GAILLARD, Emmanuel : « Souveraineté et autonomie : réflexions sur les représentations de l'arbitrage international ». *op.cit.* pp.1171
- 38- GAILLARD, Emmanuel : « La corruption saisie par les arbitres du commerce international » Conférence donnée à l'Association Française d'Arbitrage, le 20 septembre 2017. *Revue de l'arbitrage*, 2017. N°3.
- 39- GAILLARD, Emmanuel : : « L'arbitrage sur le fondement des traités de protection des investissements », *Revue de l'arbitrage*, 2003, n°3.
- 40- GAUDEMET, Yves : « Arbitrage des contrats internationaux des personnes publiques. La talentueuse construction d'une impasse, *Trib. Conflits*, 24 avril 2017. » *Revue de l'Arbitrage*, Vol 2017, Issue 3. Pp.886.
- 41- GABAYET, Nicholas : « Les mutations du droit administratif anglais sous l'influence du droit de l'Union européenne », *RDP* n°2, 01 mars 2017.
- 42- GHALI, Ryad : « Arbitrage international et contrats publics en Syrie » *in. Ouvrage collectif*, AUDIT, Mathias : « Contrats publics et arbitrage international », *op.cit.* note
- 43- GOLDMAN, Berthold : « La *lex mercatoria* dans les contrats et l'arbitrage internationaux : réalité et perspectives », *in. Droit international privé ; travaux du comité français de droit international privé*, 2ème année, 1977.
- 44- GUERIF, Irina : « L'arbitrage en droit public », *in. Les cahiers de l'arbitrage*, n°2, 1^{er} avril 2022. Ed. Lextenso.

- 45- HAROUN, Mehdi : « Arbitrage et financement de projets BOT » Revue Mutations, n°44, 02/03, p. 22
- 46- JAQUET, Jean-Michel : « Contrat d'État », JurisClasseur Droit International, fascicule 571-90 du 09 juillet 2018.
- 47- KAUFMANN-KOHLER, Gabrielle : « L'arbitrage d'investissement : entre contrat et traité-entre intérêts privés et intérêt public », Texte d'une conférence présentée au Centre Libanais d'arbitrage, Beyrouth 24 juin 2004.
- 48- KENFACK DOUAJNI, Gaston : « Le règlement par voie d'arbitrage des litiges relatifs aux investissements dans l'espace OHADA », R.G.D.I.P. 2017/1.
- 49- KEUTGEN, Guy : « La confidentialité » ; in. Ouvrage collectif « L'arbitrage en droit public », Collection sous la direction de Francarbi. *Préf.* Guy KEUTGEN, Bruylant, Bruxelles, 2019.
- 50- JOREIJ, Ramzi : « Pour en finir avec la vieille querelle sur l'aptitude de l'État à compromettre », in Nassib Ziadé (ed), Liber Amicorum Samir Saleh: "Reflections on Dispute Resolution with Particular Emphasis on the Arab World" Kluwer Law International 2019, pp. 133 -144
- 51- JUILLARD, Patrick : « Le rôle joué par la République Populaire et Démocratique d'Algérie dans le règlement du contentieux entre les États-Unis d'Amérique et la République Islamique d'Iran », AFDI, Année 1981, pp. 19-44.
- 52- JUILLARD, Patrick: « Arbitrage forcé (*Arbitration without privity*) », Communication orale présentée lors de la conférence organisée par l'Association Droit et Affaire, le 22 mai 2008. Sur le thème suivant : « Choix de mécanismes de règlement des différends investisseur/État (étude comparative des mécanismes : CIRDI, CNUDCI et CCI).
- 53- LAAZOUZI, Malik : « L'impérativité, l'arbitrage international des contrats administratifs et le conflit des lois » RCDIP n°2010/4 n°4
- 54- LAAZOUZI, Malik : « Définition de l'arbitrage international en fonction du dénouement économique de l'opération litigieuse », Note sous Civ. 1re, 26 janv. 2011, n° 09-10.198, D. 2011. 312, obs. X. Delpech, RCDIP 2011, p.704.
- 55- LAHOUAZI, Mehdi : « Le juge administratif d'appui », Les cahiers de l'arbitrage, n°2 p. 417, du 1 avril 2022.
- 56- LAHOUAZI, Mehdi : « Arbitrage et marchés publics », in. Les cahiers de l'arbitrage, juillet 2024, éd. Lextenso.

- 57- LALIVE, J.F : « Contrats entre Etats ou entreprises privées étatiques, Développements récents », in. RCADI 1983
- 58- LEBEN, Charles : « Arbitrage : CIRDI », Répertoire du Droit International, éd. Dalloz, Paris, Mars 2010.
- 59- LEBEN, Charles : « La théorie du contrat d'État et l'évolution du droit international des investissements », éd. RCADI, 2003, tome 302.
- 60- LE BOT, Olivier : « La procédure devant le juge administratif en matière d'arbitrage : quel contrôle ? quelle procédure ? », Les cahiers de l'arbitrage, n°2, du 01/07/2017, éd. Lextenso.
- 61- LEMAIRE, Sophie : « Arbitrage d'investissement et Union Européen », Revue de l'arbitrage, éd. Comité français de l'arbitrage, Vol 2016, issue 4.
- 62- LICHÈRE, François : « Les contrats de partenariat : Fausse nouveauté ou vraie libéralisation dans la commande publique ? » Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger, n°120/2004.
- 63- LICHÈRE, François : « Le droit anglais des contrats publics comme modèle ? » in Contrats publics : mélanges en l'honneur du professeur Michel Guibal. Université de Montpellier 2006
- 64- LOMBARD, Frédérique : « Arbitrage international et répartition des compétences juridictionnelles », AJDA, 2015, p. 1150.
- 65- LOQUIN, Éric : « Arbitrage Commercial international : Notion », JURISCLASSEUR du Droit international, Fascicule 720, page 52
- 66- LOQUIN, Éric : « L'ordre public et l'arbitrage » : Conférence association Droit et Commerce, Tribunal du Commerce de Paris, 5 Mars 2018, Revue de Jurisprudence commerciale, éd. Thomson Reuters, Juillet/août 2018.
- 67- LOUSSOUARN, Y. « Principaux courants du droit international privé à l'époque actuelle, RCADI année 1973.
- 68- François Lichère : « Le droit anglais des contrats publics comme modèle ? » in Contrats publics : mélanges en l'honneur du professeur Michel Guibal. Université de Montpellier 2006
- 69- LYONNET DU MOUTIER, Michel : « Comprendre le montage du financement sur projet d'une autoroute européenne » in revue Créer et Comprendre, Décembre 2002, n ° 70. Cf. aussi, ATHIAS, Laure et SAUSSIÈRE, Stéphane : « Un partenariat public-privé rigide ou flexible ? Théorie et application aux concessions routières à péage », Revue économique 2007/3, Volume 58, p. 565-576.

- 70- MANCIAUX, Sébastien : « CIRDI : Chronique des sentences arbitrales », JDI, 2013, p. 545
- 71- MAYER, P. La neutralisation du pouvoir normatif de l'État, JDI 1986.
- 72- MOHAMED-Chérif, Fatima Zohra et DUCRUET, César : « Du global au local : les nouveaux gérants des terminaux portuaires algériens », Revue en ligne « L'espace politique », 16/2012-1.
- 73- MOURALIS, Denis, « Contrôle des sentences arbitrales par le juge administratif », Issu Les cahiers de l'arbitrage, n°2, Date de parution, 1 avril 2022.
- 74- OSMAN, Filali : « *Arbitrage international, lex mercatoria et droit public : approche sous l'angle du droit applicable au fond du litige* », in. Les cahiers de l'arbitrage, n°2 du 01 avril 2022, p.453.
- 75- PINA, Andrea : « Réflexions sur l'arbitrage forcé », in. Les cahiers de l'arbitrage, vol V, Paris 2010, édition Pedon
- 76- RACINE, Jean Baptiste : « Les raisons de la libéralisation de l'arbitrage international dans les pays émergents : le cas particulier de l'Algérie ». RASJP, Vol 37, numéro 4, Alger, le 15 décembre 2000. P. 267-27.
- 77- René David : « Légalité socialiste ou dépérissement du droit ? ». Cahiers du Monde Russe, année 1961, pp. 56-87. https://www.persee.fr/doc/cmr_0008-0160_1961_num_2_1_1454 (Consulté le 02/09/2024).
- 78- SELIM, Ismail : « *Convention d'arbitrage est intérêts publics* » in. Ouvrage collectif : « *Arbitrage international et intérêts publics* », Collection sous la direction de Francarbi. Préf. Guy KEUTGEN, Bruylant, Bruxelles, 2019.
- 79- SERAGLINI, Christophe : “Synthèse- Arbitrage international : L'instance arbitrale », Jurisclasseur, Droit International, 13 mai 2019.
- 80- SILVA ROMERO, Edouardo et CAROLINA SIMÕES E SILVA, Ana Carolina : « L'arbitrage CIRDI et les contrats de nature publique passés avec un État ou une entité étatique » in. AUDIT Mathias « Contrats publics et arbitrage » Op.cit. p25.
- 81- STERN, Brigitte : “*Un coup d'arrêt à la marginalisation du consentement dans l'arbitrage international -A propos de l'arrêt de la Cour d'appel de Paris du 1^{er} juin 1999-* » Revue de l'Arbitrage, Comité Français de l'Arbitrage 2000, Vol. 2000, Issue 3. Pp. 403-428.
- 82- TRAIN, François-Xavier : « L'extension de la clause compromissoire — Chronique des années 2012-2017 » Revue de l'arbitrage, Vol 2017, Issue 2, p.403

- 83- TRARI-TANI, Mostefa : « Arbitrage, mesures provisoires et conservatoires dans l'espace méditerranéen », in. Ouvrage collectif sous la direction de Filali Osman et Lotfi Chedly « Vers une lex mediterranea a de l'arbitrage : Pour un cadre commun de référence ». éd. Bruylant. Bruxelles, 2015.
- 84- TRARI-TANI, Mostefa : « Arbitrage international et contrats publics en Algérie : L'exemple des contrats de recherche et d'exploitation des hydrocarbures ». in. Mathias AUDIT : « Contrats publics et arbitrage international » édition Bruylant, Bruxelles, 2011.
- 85- TRARI-TANI, Mostefa : « *Le nouveau cadre juridique de la prospection, de la recherche et de l'exploitation des hydrocarbures en Algérie* » RDAI/IBLJ, année 2008, n°1. Pp. 53.
- 86- VAN COMPERNOLLE, Jaques : « L'arbitrage en droit public : Réflexions conclusives » in « L'ARBITRAGE EN DROIT PUBLIC » Ouvrage Collectif sous la direction de David RENDERS, Pierre DELVOLVÉ et Thierry TANQUEREL, p. 406. . Préf. Bernard HANOTIAU, éd. Bruylant et LGDJ, BRUXELLES, 2010
- 87- VEDEL, Georges : « Le problème de l'arbitrage entre Gouvernements ou personnes de droit public et personnes de droit privé » Revue de l'arbitrage, 1961, pp. 126
- 88- WEIL, Prosper : « Problèmes relatifs aux contrats passés entre un Etat et un particulier » RCADI, 1969, n°3
- 89- WEIL Posper, « Principes généraux du droit et contrats d'Etat », in. *Le droit des relations économiques internationales*. Paris, Litec, 1982.
- 90- ZOUAIMIA, Rachid : « La délégation unilatérale de service public au profit de personnes privées », Idara, n° 42, 2011, pp. 49-74. Alger.

IV- Articles en langue anglaise :

- 1- AUDIT, Bernard: "The review of an international arbitral award: A comparison between the new Algerian Law and French Law", Journal of Arab Arbitration, 2009, Vol 1, Issue 4, pp. 13-22.
- 2- MEZIOU, Ahmed "The Law on Concession No2008-23: The legal regime for Public-Private Partnerships in Tunisia", in Eur. Procurement & Pub. Private Partnership L. Rev. 172 (2012). Cf. aussi. MEZIOU, Ahmed : "The PPP Law Reform in Tunisia: What Changes Will Be Introduced in the Legal Framework", 8 Eur. Procurement & Pub. Private Partnership L. Rev. 324 (2013).

- 3- C. Malmstrom, Investments in TTIP and beyond-towards an International Investment Court (5 mai 2015),
- 4- DE CAZALET, Bruno; CROTHERS, John : “Presentation of the UNCITRAL model legislative provisions on privately financed infrastructure projects addendum to UNCITRAL legislative guide” IBLJ, n°1, 2004, p.33.
- 5- DE CAZALET, Bruno: “The evolution of the concession and public private partnership legal concepts over the last 20 years under common law influence”, IBLJ, 2014, page 271.
- 6- De CAZALET, Bruno : « The expected benefit of cis PPP model law”, IBLJ, n°2/2017.
- 7- Eric Loquin, 'Chapter 7: « La désignation dissymétrique des arbitres [Asymmetric Appointment of Arbitrators]', in Bachir Georges Affaki and Horacio Alberto Grigera Naón (eds), Jurisdictional Choices in Times of Trouble, Dossiers of the ICC Institute of World Business Law, Volume 12. Kluwer Law International; International Chamber of Commerce, 2015. P.P. 101 – 117
- 8- CIRDI : « History of ICSID Convention”, Documents Concerning the origin and the formulation of the Convention on settlement of investment Disputes between states and Nationals of Other States” Vol I, ICSID, Washington D.C., 1970
<https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/publications/History%20of%20the%20ICSID%20Convention/History%20of%20ICSID%20Convention%20-%20VOLUME%20I.pdf> (consulté le 12/12/2020)
- 9- GAILLARD, Emmanuel : « The emergence of transnational responses to corruption in international arbitration » Arbitration International, 2019, 35. Publié par Oxford University Press, on behalf of the London Court of International Arbitration.
- 10- Josefa Sicard Mirabal and Yves Derains : “Introduction to Investor-State Arbitration”, éd. Kluwer Law International, 2018.
- 11- LAHAOUAZI, Mehdi, : « The Ryanair case : Why is the Conseil d’État not so keen on international arbitration?” Les cahiers de l’arbitrage, n°3 du 01/07/2024.
- 12- MAYER, P. “ Reflexions on the international arbitrator’s duty to apply the law in Lew and Mistily Arbitration insights, in Lower Law International 2007
- 13- MOUAWAD, Caline et KHOURI, Lillian : « investment arbitration under multilateral treaties in the Middle East », in Nassib Ziadé (ed). BCDR International Arbitration Review, Kluwer Law International, 2016, Volume 3 issue 2. Pp. 243-266.

- 14- NADAKAVUKAREN SCHEFER, Krista : « Crime in international Investment Arbitration » Springer Nature Singapore Pte Ltd. 2020. J. Chaisse et al. (eds.), Handbook of International Investment Law and Policy, https://doi.org/10.1007/978-981-13-5744-2_47-1
- 15- Shuo Feng & Wei Shen : “Calvo Is Back! Changing Sovereignty and Evolutionary Investment Law in a Leaving and Return of the State Paradigm” J. East Asia & int'l l. Vol. 13/No.2 (2020); 307-336. DOI: <http://dx.doi.org/10.14330/jeail.2020.13.2.04>
- 16- TRARI-TANI : « Arbitration in all related disputes to oil, according to the new Algerian hydrocarbons law” Journal of arab arbitration, 2009, vol 1, issue 2, pp. 81
- 17- TRARI-TANI, Mostefa : « Arbitration and procurement contracts : new achievements for improving the business climate in Algeria “ RDAI/IBLJ, 2019, 6 pp. 729-744 du .
- 18- WALD, Arnaldo et ENGELMAYER KALICKI, Jean: “The settlement of disputes between the public administration and private companies by arbitration under Brazilian law” Journal of International Arbitration, 2009, Issue 4, pp. 557-578.
- 19- William Fox « Adjudicating Bribery and corruption issues in international commercial arbitration », Journal of Energy & Natural Resources Law, 27 :3, (2009). P.487-502.
- 20- UNCTAD : “International Investment Agreements Navigator” <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements> (site consulté le 27 décembre 2020).

V- Textes internationaux

- 1- Statut de la Cour Internationale de Justice, <https://www.icj-cij.org/fr/statut> (consulté le 10 mars 2025).
- 2- Convention de New York NATIONS UNIES Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères » New York 1958, <https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/fr/new-york-convention-f.pdf>
- 3- Convention Européenne sur l'arbitrage commercial international, Genève 21 avril 1961

- 4- Convention de Washington pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre États et ressortissants d'autres États, <https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/ICSID%20Convention%20French.pdf> 5
- 5- CNUDCI : « Guide législatif des projets d'infrastructures à financement privé » Publications de Nations Unies, New York, 2000,
- 6- CNUDCI : « Dispositions législatives types de la CNUDCI des projets d'infrastructures à financement privé », Publications des Nations Unies, New York, 2004. (Téléchargeables sur le site de la CNUDCI.
- 7- Les Nations Unies : « La convention des Nations Unies contre la corruption », Nations Unies, New York, 2004, https://www.unodc.org/res/ji/import/international_standards/united_nations_convention_against_corruption/uncac_french.pdf
- 8- ONU : « Convention des Nations Unies sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens » New York, 2 décembre 2004.
- 9- Commission des Communautés Européennes : « Livre vert sur les partenariats public-privé et le droit communautaire des marchés publics et des concessions » Bruxelles, 30 avril 2004. <https://www.marche-public.fr/Marches-publics/Textes/Documents/livre-vert-ppp.pdf>
- 10- La directive 2014/23/UE du 26 février 2014 sur l'attribution de contrats de concession <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/PDF/?uri=CELEX:32014L0023&from=DA> (consultée le 29 septembre 2024).
- 11- CNUDCI : « UNICITRAL model legislative provisions on public-private partnership » United Nations, Vienna, 2020.
- 12- L'OCDE : « Les partenariats public-privé dans la région MENA : Manuel pour les décideurs publics »
- 13- CIRDI « Base de données relative aux traités bilatéraux d'investissement », <https://icsid.worldbank.org/fr/ressources/base-de-donn%C3%A9es/base-de-donn%C3%A9es-relative-aux-trait%C3%A9s-bilat%C3%A9raux-dinvestissement#a2> (site consulté le 24 décembre 2020).
- 14- CNUDCI : « Le règlement de la CNUDCI sur la transparence dans l'arbitrage entre investisseurs et États, fondé sur des traités » New York 2014.
- 15- Règlement d'arbitrage du CIRDI <https://icsid.worldbank.org/fr/reglement> (consulté le 21 janvier 2025).

<https://uncitral.un.org/fr/texts/arbitration/conventions/transparency>

16- Accord de Libre échange nord-américain (ALENA),
<https://www.international.gc.ca/trade-commerce/trade-agreements-accords-commerciaux/agr-acc/nafta-alena/fta-ale/11.aspx?lang=fra>

17- OHADA : « Acte Uniforme relatif au droit de l'arbitrage », Conakry, 23 novembre 2017, Journal Officiel de l'OHADA spécial du 15/12/2017.
https://www.ohada.com/textes-ohada/actes-uniformes.html?download=pdf&text=AUA-2017_fr

VI- Texte législatifs et règlementaire nationaux :

1- Algérie :

1.1. Constitution

La constitution de 2020, après sa révision par le référendum du 1 novembre 2020.
JORADP n°82 du 30 décembre 2020.

1.2. Textes législatifs ;

1- Loi 88-01 du 12 janvier 1988 portant loi d'orientation sur les entreprises publiques économiques, p.18 ; la Loi n°88-02 du 12 janvier 1988 relative à la planification, p. 24 et la loi n°88-04 du 12 janvier 1988 relative aux fonds de participation, p. 27. JORADP n°2 du 13 janvier 1988.

2- Loi 90-08 du 07 avril 1990, relative à la commune, JORADP n°15 du 11 avril 1990 (abrogée).

3- Loi 90-30 du 1er décembre 1990 portant loi domaniale, ajouté par l'article 19 de la loi n°08-14 du 20 juillet 2008, JORADP n°44 du 03 août 2008.

4- Ordonnance 95-20 du 17 juillet 1995, relative à la Cour des Comptes. JORADP n°39 du 23 juillet 1995.

5- Ordonnance n°95-27 du 30 décembre 1995 portant loi de finances pour 1996, JORADP n° et le décret exécutif n°96-308 du 18 septembre 1996 relatif aux concessions d'autoroutes

6- Ordonnance n°96-13 du 15 juin 1996 portant modification de la loi n°83-17 du 16 juillet 1983 relative à l'eau (abrogée). JORADP n°37 du 16 juin 1996. La loi n°98-05 du 25 juin 1998 modifiant et complétant l'ordonnance n°76-80 du 23 octobre 1976 portant code maritime. JORADP n°47 du 27 juin 1998.

- 7- Loi n°2000-03 du 05 août 2000 fixant les règles générales relatives à la poste et aux télécommunications. JORADP n°48 du 06 août 2000 (abrogée par la loi n° 18-04 du 10 mai 2018 fixant les règles générales relatives à la poste et aux communications électroniques, JORADP n°27 du 13 mai 2018).
- 8- Loi n°02-01 du 05 février 2002 relative à l'électricité et à la distribution du gaz par canalisation. JORADP n°08 du 06 février 2002.
- 9- Loi 05-12 du 04 août 2005 relative à l'eau. JORADP n°60 du 04 septembre 2005.
- 10- Loi 08-02 du 23 janvier 2008 modifiant et complétant la loi 98-06 du 27 juin 1998 fixant les règles générales de l'aviation civile. JORADP n°04 du 27 janvier 2008.
- 11- Loi 06-01 du 20 février 2006, relative à la prévention et la lutte contre la corruption, JORADP n°14 du 08 mars 2006.
- 12- Loi n°11-10 du 22 juin 2011 relative à la commune, JORADP n°37 du 03 juillet 2011.
- 13- Loi n°14-05 du 24 février 2014 portant loi minière, JORADP n°18 du 30 mars 2014.
- 14- Loi 19-13 du 11 décembre 2019 régissant les activités d'hydrocarbures, JORADP n°79 du 22 décembre 2019.
- 15- La loi n°22-18 du 24 juillet 2022 relatif à l'investissement, JORADP n°50 du 28 juillet 2022, cf. aussi, la loi n°16-09 du 3 août 2016 relative à la promotion de l'investissement (abrogée). JORADP n°46 du 3 août 2016.
- 16- Loi n° 23-17 du 15 novembre 2023, fixant les conditions et les modalités d'octroi du foncier économique relevant du domaine privé de l'État, destiné à la réalisation de projets d'investissement, JORADP n°73 du 16 novembre 2023.

1.3. Textes réglementaires :

- 1- Le décret présidentiel n°15-247 du 16 septembre 2015 portant réglementation des marchés publics et délégations de service public, JORADP n°50 du 20 septembre 2015.
- 2- Décret exécutif n°15-305 du Le cahier des charges et la convention types applicables aux concessions d'infrastructures à caractère marchand, destinées à des missions de service public
- 3- Décret exécutif n°18-199 du 02 août 2018 relative à la délégation de service public. JORADP n°48 du 02 août 2018.

4- Arrêté du 20 janvier 2025 relatif aux modalités d'exécution des condamnations pécuniaires prononcées par décision de justice à l'encontre de l'État, des collectivités locales et des établissements publics à caractère administratif et des établissements publics à caractère administratif et des établissements publics assimilés, JORADP n°8 du 9 février 2025.

2- Tunisie :

- La loi n°93-42 du 26 avril 1993 portant le code de l'arbitrage, Journal officiel de la République Tunisienne n°33 publiée le 04 mai 1993.
- La loi tunisienne, n°2008-23 du 1er avril 2008 relative au régime de la concession
- http://www.iort.gov.tn/WD120AWP/WD120Awp.exe/CTX_66384-1-VNStfEqUek/RechercheTexte/SYNC_56442814 (consulté le 13 avril 2019).
- La loi n° 2015-49 du 27 novembre 2015, relative aux contrats de partenariat public privé, Journal officiel de la République Tunisienne n°96 du 1er décembre 2015. P. 2855. <http://www.legislation.tn/sites/default/files/fraction-journal-officiel/2015/2015F/096/Tf2015491.pdf>

3- France :

- L'ordonnance n°2016-65 du 29 janvier 2016 relative aux contrats de concession, <https://www.legifrance.gouv.fr/loda/id/JORFTEXT000031939947>
- La loi SAPIN modifiée par l'article 3 de la loi n° 2001-1168 du 11 décembre 2001 (portant mesures urgentes de réformes à caractère économique et financier (MURCEF) https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexteArticle.do;jsessionid=895DAA2FCC5B107C4D9B3ED031AEDC03.tplgfr34s_3?cidTexte=JORFTEXT000000711604&idArticle=LEGIARTI000006355216&dateTexte=20190315&categorieLien=id#LEGIARTI000006355216
- Code français de la commande publique, Ordonnance n° 2018-1074 du 26 novembre 2018 portant partie législative du code de la commande publique. <https://www.legifrance.gouv.fr/loda/id/LEGIARTI000037700368/2018-12-06/>
- Code de justice administrative. https://www.legifrance.gouv.fr/codes/section_1c/LEGITEXT000006070933/LEGISCTA000006150397/#LEGISCTA000006150397 (consulté le 01/01/2025).

5- Maroc :

- Dahir n° 1-06-15 du 15 moharrem 1427 (14 février 2006) portant promulgation de la loi 05-54 relative à la gestion déléguée des services publics, Bulletin Officiel n°5404 du 16 mars 2006

VII- Jurisprudence (France)

- 1- Arrêt du Conseil d'État du 31 juillet 1912, Société des Granits porphyroïdes des Vosges contre la Ville de Lille req. n° 30701, publié au Recueil Lebon (ECLI : FR:CEORD:1912:30701.19120731).
<https://www.legifrance.gouv.fr/ceta/id/CETATEXT000007634187/>
- 2- T.C. 22 janvier 1921, Société commerciale de l'Ouest africain, Rec. P.21. concl. Matter GAJA n°38.
- 3- TC. du 16 juin 1923, arrêt Septfond,
<https://www.legifrance.gouv.fr/ceta/id/CETATEXT000007604199/>
- 4- Cass. com., 29 novembre 1950, Tissot c/ Neff, Cour de cassation — Bull. civ. III, n° 355 ; Recueil Dalloz 1951, p. 170 ; S. 1951, p. 120
- 5- CE. 20 avril 1956, Époux Bertin c/ cf. COLIN Frédéric : « L'essentiel des grands arrêts de la jurisprudence administrative », Ed. Gualino Lextenso, Paris, 2019/2020. Cf. Aussi, LONG, M. ; WEIL, P. et BRAIBANT, G. « Les Grands Arrêts de la Jurisprudence Administrative ». éd. Sirey 1962.
- 6- Cour d'Appel de Paris : 14 avril 1957, Myrtoon Stemship, JCP, 1957, II, 10078, note Motulsky ; Gazette du Palais, 1957, p. 89.
- 7- C.E. Arrêt d'Assemblée du 13 décembre 1957, Société nationale de vente de surplus, Rec. P. 697 ; D. 1958.517. Conclusions Gazier, note l'Huillier ; JCP 1958 II, 10800, note Motulsky.
- 8- Cass. civ. 1re, 2 mai 1966, n° 61-12.255, « Trésor public c. Galakis » (Galakis), Bull. civ. 1966, I, n° 256 – JDI 1966, p. 648, note P. Level ; Rev. crit. DIP 1967, p. 553, note B. Goldman

- 9- Cass. civ. 1re, 14 avril 1964, ONIC c. Capitaine du S/S San Carlo — Bull. civ. 1964, n° 188.
- 10- Cass. civ. 1re, 2 mai 1966, n° 61-12.255, « Trésor public c. Galakis » (Galakis), Bull. civ. 1966, I, n° 256 – JDI 1966, p. 648, note P. Level ; Rev. crit. DIP 1967, p. 553, note B. Goldman
- 11- Cass. Civ. 1ère chambre civile, 11 février 1969, l'affaire Englander contre la Banque d'État Tchécoslovaquie. In FADLALLAH, Ibrahim ; HASCHER, Dominique : « Les grandes décisions du droit de l'arbitrage commercial » 1ère éd. Dalloz, 2019.
- 12- Civ. 1ère, 14 mars 1984, Eurodif et Sofidif contre L'Iran, n°82-12.462). In. FADLALLAH, Ibrahim ; HASCHER, Dominique : « Les grandes décisions du droit de l'arbitrage commercial » 1ère éd. Dalloz, 2019.
- 13- CE, Arrêt du 03 mars 1989 opposant AREA c/ISA, Recueil Lebon, n°79532
- 14- Cour d'appel de Paris, 29 mars 1991, revue arbitrage, p.478, note L. Idot
- 15- C.A. Paris, 1^{re} ch., sect. A, 19 mai 1993, Société Labinal c/ Société Mors & Westland Aerospace (Labinal 1993).
- 16- Cour d'Appel de Paris, 24 février 1994, Ministère Tunisien de l'équipement c/ Société Bec Frères, in Revue Trimestrielle de droit commercial, 1994, P. 254.
- 17- Arrêt de la Cour d'Appel de Paris, du 13 juin 1996 : Société Kuwait Foreign Trading Contracting and Investment c/ Société Icori Estero SPA, et Société Lambardini SPA, note Eric Loquin, Clunet, 1997.
- 18- CA, Paris, 1er civ. Torno, 19 mai 1998, Revue de l'arbitrage, 1999, p.p. 601 le commentaire de M. le Professeur Charles Jarroson.
- 19- CE. 7 avril 1999, Commune de Guilhaum-Granges, , n° 156 008, 7/10 SSR, rec. Lebon, p. 878.
- 20- Conseil d'État français, 30 juin 1999, Syndicat mixte du traitement des ordures ménagères centre-ouest Seine-et-Marnais (SMITOM), n° 198147, 7/10 SSR, rec.

<https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriAdmin.do?idTexte=CETATEXT000008001262&dateTexte=> (consulté le 15 mars 2019).

21- Cass. com., 9 avr. 2002, pourvoi n° 99-15.532. Affaire Touloussay

22- Cour d'appel de Paris, 1^{re} chambre C, 12 sept. 2002, n° de RG 2002/00263, Rev. arb. 2003, p. 173-177.

23- Cour d'Appel de Paris, arrêt du 17 juin 2004, JCP 2004 ; II, 10156, note. G. Chabot ; JDI 2005, p.1165, Note. LOQUIN, Éric. In. RACINE, Jean-Baptiste : « Le droit de l'arbitrage ».

24- Cass. 1^{re} civ, 3 février 2010, Merial c/ Klocke Verpackung, pourvoi n° 08-21.288

25- La cour d'Appel de Paris 10 aout 2000, Affaire Ambassade de la Fédération de Russie en France contre Cie Noga d'importation et d'exportation, Revue arbitrage 2001, 114.

26- TC., 17 oct. 2011, SCEA du Chéneau c/ INAPORC (Req. n° 3828/3829), Rec. Lebon, décision n° C3828. Cité in : MENIER, Flavien : « L'appréciation de la légalité des actes administratifs », 21/10/2011 <https://www.eurojuris.fr/categories/tribunal-administratif-procedure-administrative-11000/articles/lappréciation-de-la-legalite-dun-acte-administratif-8028.htm> (consulté le 07 septembre 2022).

27- Cass, civ. Du 28 mars 2013, Société NML contre la République d'Argentine et Total Austral.

28- Cour d'appel de Paris, 17 mars 2015, no 14/03992, Société Maridive Oil Services c/ Mabruk Oil Operations.

29- Cour d'appel de Paris, 23 juin 2015, Société CNAN et autre c/ société CTI et autres

30- Conseil d'État français, 7ème - 2ème SSR, 03/12/2015, 388806, Inédit au recueil Lebon <https://www.legifrance.gouv.fr/ceta/id/CETATEXT000031570484?isSuggest=true> (consulté le 14 janvier 2025).

31- CE. 2ème Chambre / 7ème SSR arrêt du 23/12/2015, n° 376018, Publié au recueil Lebon, La société Broadband Pacifique contre le Territoire de Wallis et Futuna <https://www.legifrance.gouv.fr/ceta/id/CETATEXT000031861178> (consulté le 29 décembre 2024).

32- CE, Ass. 9 novembre 2016, Société Fosmax LNG, n° 388806, Recueil Lebon.

33- C.E. arrêt d'assemblée du 9 novembre 2016, n°388806, recueil Lebon <https://www.legifrance.gouv.fr/ceta/id/CETATEXT000033364623/> (consulté le 27 décembre 2024)

34- TC, 24 avril 2017, Syndicat mixte des aéroports de Charente contre Ryanair ltd, n°4075, revue arbitrage, 2017. 883 note GAUDEMET, Yves.

- 35- CE : 17 octobre 2023 SMAC c/Ryanair n° 465761 Recueil Lebon https://www.legifrance.gouv.fr/ceta/id/CETATEXT000048222711?init=true&page=1&query=465761&searchField=ALL&tab_selection=all (consulté le 22 avril 2024).
- 36- CE 7ème - 2ème chambres réunies, 30/07/2024, Affaire la collectivité territoriale du Martinique et le groupement des sociétés Colas Martinique et Satrap, n° 485583, Publié au recueil Lebon, <https://www.legifrance.gouv.fr/ceta/id/CETATEXT000050064400>

VIII- Sentences arbitrales

- 1- Sentence CCI du 16 février 1983, Plateau des pyramides, Revue Arbitrage, p. 126.
- 2- CCI de Paris Sentence numéro 4131, datée le 23 septembre 1982. Y. DERAINS ; JDI. 1983, Revue d'arbitrage 1984 ; p. 137.
- 3- CIRDI. LETCO c. Liberia, Award, 31 mars 1986, 2 ICSID Reports 358.
- 4- CIRDI : décision sur la compétence, du 06 août 2003 : SGS Société Générale de Surveillance S.A. c. Pakistan, affaire n° ARB/01/13.
- 5- CIRDI : L.E.S.I. –DIPENTA c. Algérie : Sentence sur la compétence du 10 janvier 2005. Affaire ARB 03/08. MM. Pierre Tercier, Président, André Faurès, Emmanuel Gaillard, arbitres, in. Emmanuel GAILLARD : « La jurisprudence du CIRDI » VOL II (2004-2008), éd. A. Pedone, Paris 2010.
- 6- Arbitrage ad hoc, sentence partielle du 19 août 2005 : 66 Eureko B.V. contre . Pologne.
- 7- Mytilneos Holdings SA contre l'Union des États de Serbie et Monténégro et la République de Serbie, sentence partielle sur la compétence (CNUDCI) du 8 septembre 2006.
- 8- CIRDI : Biwater Gauff (Tanzanie) Ltd c/ La Tanzani, Affaire n° ARB/05/22 du 24 juillet 2008.
- 9- CIRDI : Phoenix Action LTD c/ la République de Tchèque. Affaire Cirdi n°. ARB/06/5. Sentence du 15 avril 2009
- 10- CIRDI : Affaire Quiborax S.A., Non-Metallic Minerals S.A. et A. Fosk Kaplún contre l'État plurinational de Bolivie, Décision sur les mesures provisoires, 26 février 2010, Affaire CIRDI n° ARB/06/2.
- 11- CIRDI: Saba Fakes c/ Republic of Turkey, affaire ARB/07/20, Sentence du 14 juillet 2010.

Table des matières

Introduction	8
Première partie : La pertinence de l'arbitrage comme mode de règlement des différends relatifs aux contrats de partenariat public-privé	15
Titre 1 : La nature juridique des partenariats public-privé :	16
Chapitre 1 : Les différentes formes de PPP en droit comparé	17
Section 1 : Les formes classiques de partenariat public-privé	19
Sous-section 1 : La convention de délégation de service public	20
Sous-section 2 : Le contrat de concession selon sa conception <i>lato sensu</i>	28
§1- La concession des terrains relevant du domaine privé de l'État	29
§3- Le contrat de concession de service public et contrat de concession de travaux publics	33
Section 2 : Les formes innovantes de partenariat public-privé ou les PPP stricto sensu	38
Sous-section 1 : La technique de « <i>Project finance</i> » : vecteur des nouveaux PPP	39
Sous-section 2 : Les montages contractuels complexes	41
§1- Le montage contractuel « BOT » et ses dérivés : un renouveau pour le contrat de concession	41
A- L'accord de projet dans le montage BOT	43
B- Les contrats de financement	45
C - Les principaux contrats de sous-traitance sous-jacents	46
a- Le contrat de construction	47
b- Le contrat d'exploitation et de maintenance	47
§2- Les montages britanniques du PFI/PPP : un renouveau pour les contrats à paiement public	48
Sous-section 3 : L'expansion du modèle anglo-saxon dans le monde	50

§1- L'expérience algérienne en matière de PPP	53
A- L'illustration de la réticence de l'Algérie envers les PPP.....	55
B- Les formes de partenariat public-privé pratiquées en Algérie :.....	58
a- Les contrats de concession pour la gestion des terminaux portuaires	59
b- Les contrats de DBOO pour le dessalement de l'eau de mer	60
c- Les contrats de management pour la gestion des services publics de l'eau et de l'assainissement	62
C- La nécessité d'établir un cadre juridique pertinent pour les PPP	64
§2- Le marché de partenariat français : un renouveau pour les marchés publics	66
Conclusion du chapitre 1	68
Chapitre 2 : La qualification juridique des partenariats public-privé	69
Section 1 : La qualification juridique du contrat de PPP d'ordre interne	69
Sous-section 1 : La qualification juridique des PPP d'ordre interne dans les pays du dualisme juridictionnel	70
Sous-section 2 : vers la publicisation du contrat de PPP dans les pays anglo-saxon	72
Section 2 : La qualification juridique des partenariats public-privé d'ordre international.....	75
Sous-section 2 : La qualification du PPP d'ordre international d'un contrat administratif à caractère international.....	80
Sous-section 3 : Le contrat international de PPP est un contrat d'État.....	83
Sous-section 4 : La qualification du contrat de PPP d'ordre international d'un contrat d'investissement.....	85
Conclusion du chapitre 2	93
Conclusion du Titre 1 :	95
Titre 2 : L'admission de l'arbitrage en matière de partenariat public-privé	96
Chapitre 1 : La faculté du partenaire public à compromettre	96

Section 1 : Le principe général de l'interdiction des personnes de droit public à compromettre	97
Sous-section 1 : L'interdiction de recours du partenaire public à l'arbitrage dans les pays adoptant le dualisme juridictionnel	97
Sous-section 2 : L'hostilité des pays d'accueil envers l'arbitrage d'investissement	99
Section 2 : La remise en cause du principe de l'inarbitrabilité des contrats de PPP	104
Sous-section 1 : La portée réduite du principe de l'inarbitrabilité des litiges en matière de PPP d'ordre interne	105
§1- L'arbitrabilité des contrats conclus par des entreprises publiques économiques et établissements publics à caractère industriel et commercial	107
§2- Les dérogations sur le principe de l'inarbitrabilité de certaines formes contractuelles de PPP	110
A- L'étendue de l'arbitrabilité en matière des marchés publics et autres formes de PPP à paiement public	110
1- Le recours à l'arbitrage en matière de liquidation financière des travaux et de fournitures	112
2- Le recours à l'arbitrage en matière des marchés de partenariat	112
B- La prohibition de l'arbitrage en matière des contrats internes de concession	114
Sous-section 2 : La faculté du partenaire public à compromettre dans l'arbitrage international.....	116
§1- Les fondements théoriques militant en faveur de l'arbitrabilité des litiges internationaux	117
A- Le principe de l'autonomie de l'arbitrage	118
B- Les principes issus du droit du commerce international	119

§2- La consécration de la faculté du partenaire public à compromettre en matière d'arbitrage commercial international.....	121
A- L'aptitude du partenaire public à compromettre en matière du commerce international, selon le droit international.....	122
B- L'aptitude du partenaire public à compromettre en matière du commerce international, en droit comparé.....	125
a- L'ouverture de la jurisprudence sur l'arbitrage en matière de PPP d'ordre international.....	125
1- La position de la jurisprudence judiciaire	126
2-La position du Conseil d'État français sur l'arbitrabilité des contrats internationaux de l'administration	128
b - L'ouverture législative des autres pays relevant du système du dualisme juridictionnel.....	133
Sous-section 3 : L'ouverture des contrats de PPP à l'arbitrage d'investissement	136
§1- La consécration de l'arbitrabilité en matière d'arbitrage d'investissement	137
A- La remise en cause de l'arbitrage CIRDI	141
1- La remise en question du système CIRDI au niveau régional	141
2- La renonciation au système CIRDI au niveau local.....	144
a- Le retrait des pays de l'Amérique Latine du régime CIRDI.....	144
b- Le déclin du régime CIRDI dans les pays développés	145
Conclusion Chapitre 1	148
Chapitre 2 : L'arbitrabilité des litiges découlant des contrats de PPP	149
Section 1 : L'inarbitrabilité <i>ration materiae</i> de certains litiges	149
Sous-section 1 : L'ordre public et l'indisponibilité des droits comme base d'inarbitrabilité des litiges	150

Sous-section 2 : La remise en question du principe de l'inarbitrabilité <i>ratione materiae</i> de certaines catégories de litiges	152
§1 - Les pouvoirs de l'arbitre en matière des litiges intéressant l'ordre public	153
§2- La limitation des pouvoirs du juge du contrôle.....	157
Section 2 : L'application des évolutions prétoriennes sur les litiges inarbitrables <i>per se</i>	158
Sous-section 1 : Les litiges relatifs à la corruption en matière de contrat de PPP	159
Sous-section 2 : Les litiges relatifs aux actes administratifs détachables du contrat de PPP	164
Sous-section 3 : Les litiges fiscaux	168
Conclusion du chapitre 2	169
Conclusion du titre 2 :	170
Conclusion de la première partie	171
Deuxième partie : Le régime juridique de l'arbitrage en matière de partenariat public-privé.....	173
Titre 1 : Le régime juridique de l'arbitrage en matière de PPP, lié à son origine conventionnelle.....	175
Chapitre 1 : Le fondement conventionnel du recours à l'arbitrage en matière de PPP	176
Section 1 : Le régime juridique de la convention d'arbitrage en matière de partenariat public-privé	176
Sous-section 1 : La formation de la convention d'arbitrage.....	177
§1 : Le type de convention d'arbitrage consentie par le partenaire public ..	177
§2- Les formalités requises pour la convention d'arbitrage	180
A- Les conditions requises pour la convention d'arbitrage issues du droit commun	180

a- Les conditions de fond	180
b- Les conditions de forme	181
B- L'autorisation préalable pour le recours à l'arbitrage	182
a- Les organes habilités à délivrer l'autorisation préalable à compromettre	183
b- La portée juridique de l'autorisation préalable pour la conclusion d'une convention d'arbitrage	185
Sous-section 2 : Les effets de la conclusion de la convention d'arbitrage	187
§1-La renonciation de l'État à son immunité de juridiction	187
§2- L'Effet de la convention de l'arbitrage sur les tiers	190
A- L'extension de la clause compromissoire dans un montage PPP	191
1- L'extension de la convention d'arbitrage dans les contrats cadres/contrats d'application :	194
2- L'extension de la convention d'arbitrage entre l'État et ses émanations :	196
3- L'extension à une société commune ou à une société cédée :	198
Section 2 : L'arbitrage forcé comme une exception au caractère conventionnel de l'arbitrage	200
Sous-section 1 : L'illustration de l'arbitrage forcé en droit interne	201
Sous-section 2- L'illustration de l'arbitrage forcé dans les litiges d'ordre international	205
Conclusion du chapitre 1 :	208
Chapitre 2 : Le consentement à l'arbitrage basé sur un instrument normatif d'investissement	209
Section 1 : La nature juridique de l'offre publique de l'arbitrage	209
Sous-section 1 : La genèse de l'offre publique de l'arbitrage	209
Sous-section 2 : Le débat sur l'existence du consentement dans l'offre publique de l'arbitrage	212

§1- Les thèses soutenant le caractère forcé de l'arbitrage basé sur un TBI ou un code national d'investissement	213
A- Les avis doctrinaux basés sur l'intégrité de la volonté de l'État.....	215
B- Les avis doctrinaux basés l'intégrité de la volonté de l'investisseur privé	215
§2- les thèses soutenant le caractère consensuel de l'arbitrage basé sur un instrument normatif de l'investissement	217
A- La théorie de l'offre de l'arbitrage	217
B- La théorie de la stipulation pour autrui	218
Section 2 : La problématique de la coexistence d'un TBI et d'une clause attributive de juridiction dans un contrat de PPP	219
Sous-section 1 : La différenciation entre « <i>contract claims</i> » et « <i>treaty claims</i> »	220
Sous-section 2 : La présence d'une « <i>umbrella clause</i> » dans le traité	222
§1- L'effet de « <i>umbrella clause</i> » sur les engagements contractuel	224
§2- Le champ opérationnel de « <i>umbrella clause</i> »	225
A- L'effet de « <i>umbrella clause</i> » sur les engagements unilatéraux	226
B- L'effet de « <i>umbrella clause</i> » sur les attentes légitimes de l'investisseur	227
Sous-section 3- Le jeu de la clause de la nation la plus favorisée dans l'extension de la compétence <i>ratione materiae</i> de l'arbitrage d'investissement	228
Conclusion du Chapitre 2 :	231
Conclusion du premier titre :	232
Titre 2 : Le régime juridique de l'arbitrage lié à sa fonction juridictionnelle.....	233
Chapitre 1 : Le régime juridique de l'instance arbitrale	233
Section 1 : Les aspects procéduraux de l'instance arbitrale en matière de PPP .	234
Sous-section 1 : Le droit applicable à la procédure arbitrale.....	234
§1- La détermination par les parties du droit applicable à la procédure	235

§2- Le choix par le tribunal arbitral du droit applicable à la procédure	235
Sous-section 2 : La constitution du tribunal arbitral	236
§1- La constitution du tribunal arbitral sans assistance d'un juge étatique	236
A- Les règles de désignation du tribunal arbitral issues du droit commun de l'arbitrage	237
a- L'imparité du nombre des arbitres.....	237
b- Les modalités de nomination des arbitres	238
B- Les règles particulières régissant la constitution du tribunal arbitral compétent en matière de PPP.....	238
a- La dérogation de certaines lois nationales aux règles du droit commun de l'arbitrage.....	239
b- La particularité de certaines formes de PPP et son incidence sur la désignation des arbitres.....	240
§2- La constitution assistée du tribunal arbitral par un juge d'appui.....	240
A- La juridiction d'appui compétente en droit algérien	241
B- La juridiction d'appui compétente en droit français	242
a- Le courant militant pour la compétence des juridictions judiciaires	242
b- Le courant militant pour la compétence des juridictions administratives.....	243
Sous-section 3 : Le déroulement de l'instance arbitrale	244
§1- Les principes fondamentaux applicables aux procédures arbitrales.....	244
§2- Les traits spécifiques du déroulement de l'instance arbitrale relative à un PPP	245
A- L'incidence du principe de la transparence sur l'instance arbitrale relative au contrat de PPP.....	245
a- L'incidence de la transparence sur le principe de la confidentialité	246

b- L'intervention de l'agence judiciaire du Trésor	247
c- L'intervention d' <i>amicus curiae</i> dans l'instance arbitrale	248
B- La non divulgation des preuves pour motifs d'intérêt général	249
Section 2 : Le droit applicable au fond.....	249
Sous-section 1 : La détermination du droit applicable	250
§1- La liberté du choix du droit applicable	251
A- La primauté du principe de la liberté des parties pour le choix du droit applicable	252
B- La prise en compte de la volonté tacite des parties quant au choix du droit applicable.....	253
C- Le rôle subsidiaire de l'arbitre dans la détermination du droit applicable	254
D- Les méthodes utilisées pour la mise en œuvre du droit applicable	254
§2- Les limites du principe de la liberté du choix du droit applicable	257
A- Les lois de police	257
B- L'ordre public transnational.....	259
Sous-section 2 : Les sources prédominantes du droit applicable au fond d'un litige relatif au PPP	259
§1- L'hégémonie du droit de l'État contractant comme source de droit applicable au fond	260
A- L'application du droit de l'État contractant à travers la clause du droit applicable	261
B- Le droit de l'État contractant par détermination du tribunal arbitral	264
§2- L'application du droit international	267
A- Les fondements théoriques militant pour l'application du droit international public	268
B- L'application du droit international dans la pratique du CIRDI.....	269

§3- L'application du droit transnational	270
A- Les principes généraux du droit.....	271
B- La Lex mercatoria	273
Conclusion du chapitre 1 :	274
Chapitre 2 : Le sort de la sentence arbitrale	275
Section 1 : Les recours contre la sentence arbitrale devant le juge étatique	275
Sous-section 1 : 1- Les voies de recours contre une sentence arbitrale rendue en matière de PPP.....	276
§1 - Les voies de recours exclues en matière d'arbitrage	276
§2-- Les voies de recours autorisées contre les sentences arbitrales	277
A- L'appel en matière d'arbitrage interne.....	277
B- Le recours en annulation	279
Sous-section 2- L'office du juge administratif en matière de contrôle des sentences arbitrales.....	280
§1- La juridiction compétente pour connaître le recours contre une sentence arbitrale interne	280
§2- La juridiction compétente pour connaître le recours en annulation contre une sentence internationale	282
A- La nature du contrat	284
a- Il doit s'agir d'un contrat international	284
1- La soumission du contrat international aux règles impératives du droit public	285
B- Le critère de la nature des litiges	286
1- Un litige basé sur une convention d'arbitrage	286
2- Un litige portant sur l'exécution ou de rupture du contrat	287
Sous-section 3- Le régime du contrôle exercés par le juge administratif sur les sentences arbitrales en matière de PPP	287
§1- Les règles procédurales à suivre par les juridictions administratives	287

§2- Les chefs de contrôle exercés par les juridictions administratives.....	288
Section 2 : L'exécution de la sentence arbitrale	296
Sous-section 1 : La procédure de l'exequatur	297
§1- La juridiction étatique compétente en matière d'exequatur	297
§2- Le juge compétent en matière d'appel contre l'ordonnance ou le jugement d'exequatur.....	299
Sous-section 2 : Les mécanismes de contrainte visant à exécuter la sentence arbitrale défavorable au partenaire public	300
§1- Les mesures d'exécution sur le territoire national du partenaire public	302
A- Les mesures d'injonction et d'astreinte devant le juge d'exécution ..	302
B- L'ordonnancement et le mandatement d'office et la responsabilité disciplinaire des ordonnateurs	303
§2- L'exécution sur les biens du partenaire public situant à l'étranger	305
Conclusion du chapitre 2 :	308
Conclusion du deuxième titre	309
Conclusion de la deuxième partie :	310
Conclusion générale	311
Bibliographie.....	317

« L'arbitrage en matière de partenariat public-privé : étude de droit comparé »

Résumé :

L'arbitrage a su prendre une place importante en matière des litiges relatifs aux partenariats public-privé, notamment en matière internationale. En effet, le principe de l'autonomie de l'arbitrage a pris le dessus et a su surmonter les obstacles liés au principe général de l'interdiction des personnes morales de droit public à compromettre, prévu par les droits internes.

Toutefois, le régime juridique relatif à l'arbitrage en matière de PPP n'est pas encore cerné par un régime spécifique. Il demeure à cet effet, soumis au droit commun de l'arbitrage. Cela ne nous a pas empêché de mettre en exergue les traits spécifiques de l'arbitrage en matière de partenariat public-privé. En effet, l'attribution de la mission de contrôle au juge administratif a amorcé une ébauche pour un nouveau régime juridique relatif à l'arbitrage en matière de partenariat public-privé en quête d'autonomie.

Mots clés : Partenariat public-privé- Arbitrage- BOT- Concession- Délégation de service public.

« Arbitration in public-private partnerships: a comparative law study »

Abstract :

Arbitration has gained significant importance in disputes relating to public-private partnerships (PPPs), particularly at the international level. Indeed, the principle of the autonomy of arbitration has prevailed and succeeded in overcoming the obstacles arising from the general rule prohibiting public legal entities from entering into arbitration agreements, as provided for in domestic laws.

However, the legal framework governing arbitration in PPP matters has not yet been defined by a specific regime. It therefore remains subject to the general law of arbitration. This has not prevented us from highlighting the distinctive features of arbitration in the context of public-private partnerships. In fact, the assignment of judicial review powers to the administrative judge has marked the beginning of a new legal framework for arbitration in PPPs, one that aspires to greater autonomy.

Key words : Public private partnership- Arbitration- Concession- BOT-

"التحكيم في عقود الشراكة بين القطاع العام والقطاع الخاص: دراسة مقارنة"

: الملخص :

يلعب التحكيم دوراً هاماً في المنازعات المتعلقة بالشراكات بين القطاعين العام والخاص، ولا سيما في المنازعات ذات الطابع الدولي. وقد اكتسب مبدأ استقلالية التحكيم مكانة هامة، متغلباً بذلك على العقبات التي يفرضها الحظر المفروض من قبل القوانين الداخلية على الأشخاص الاعتباريين من اللجوء إلى التحكيم، ومع ذلك، فإن النظام القانوني الذي يحكم التحكيم بين الأشخاص الاعتباريين لم يخصص بعد بنظام مستقل. فهو لا يزال خاضعاً لقانون التحكيم العادي. وهذا لم يمنعنا من تسليط الضوء على السمات المحددة للتحكيم في إطار الشراكة بين القطاعين العام والخاص. وبالفعل، فإن إسناد مهمة الرقابة إلى القاضي الإداري قد بدأ في الواقع يستهل بنظام قانوني جديد للتحكيم في التحكيم بين القطاعين العام والخاص، بحثاً عن الاستقلالية.

كلمات مفتاحية: الشراكة بين القطاعين العام والخاص- التحكيم، عقود البوت، عقود الامتياز- تفويض المرافق العامة.