

*Ministère de l'Enseignement Supérieur et de la Recherche
scientifique.*

*Université d'Oran
Faculté de droit*

L'ARBITRABILITE DES LITIGES
Selon le nouveau code de procédure civile et administrative algérien

**Mémoire de magister
Option Droit privé**

**Présenté par :
Mohammed ZERRIFI
Le 08/03/2010**

**Sous la direction du :
Professeur Mostefa TRARI TANI, rapporteur**

**Jury : Le Président, Le prof MEROUANE Mohamed
Examineur, Le prof Mme BOUKHATMI Fatima
Examineur, Le prof Mme BOULENOUAR Malika
Examineur, Maître de conférence, OUAMRI Mohamed**

2009-2010

«Savoir nommer les choses, c'est déjà les dominer en quelques sorte »¹

¹ Motulsky, *Etude et notes sur l'arbitrage*, T 2, Dalloz, 1974, p 26.

Remerciements :

Professeur Trari Tani,

Je sais combien de travail vous a donné la direction de mon mémoire.
Merci de m’ avoir permis de le terminer.

Principales Abréviations

- AJDA : L'actualité juridique, Droit administratif.
- Bull, ASA : Bulletin de l'Association suisse d'arbitrage.
- CA : Cour d'appel.
- Cass : Cour de cassation.
- CCI : Chambre de commerce international.
- C.civ.A : Code civil algérien.
- C.civ.F : Code civil français.
- Ch.Civ : Chambre civil.
- CE. F : Conseil d'Etat français.
- CIRDI : Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements.
- CNUDCI : La commission des nations unies pour le droit commercial International.
- CPCAA : Code de procédure civile et administrative algérien.
- Com : Commerciale (chambre).
- D : Dalloz.
- JORA : Journal Officiel de la République Algérienne.
- J-CL : Jurisclasseur.
- JCP : Jurisclasseur périodique. Semaine juridique.
- Ibid : Au même en droit.
- JDI : Journal de droit international (Clunet).
- Gaz. Pal : Gazette du Palais.
- Rev.Arb : Revue de l'arbitrage.
- RCADI : Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye.
- RJ.COM : Revue jurisprudence commerciale.
- RDAI : Revue de droit des affaires internationales.
- RTDM : Revue trimestrielle de droit commercial.

Introduction

Au côté d'un appareil judiciaire doté en principe d'un monopole de juridiction, nul ne peut, aujourd'hui, nier le rôle considérable de l'arbitrage au sein de notre

ordonnancement juridique et du développement croissant de ses interventions depuis quelques années déjà.

L'arbitrage est, en effet, une réalité qui s'affirme comme un moyen de règlement des litiges commerciaux par le recours à une justice privée qui trouve sa source dans un contrat.

La faveur croissante dont jouit l'arbitrage, en particulier sur le plan international, est motivée par de nombreux avantages réels auxquels les parties accordent une importance capitale. Pour l'essentiel ces avantages sont les suivants :

- Le caractère non public des débats et de la sentence rendue permet un règlement en toute discrétion du litige; même si la sentence demeure susceptible d'exécution forcée comme celle d'un jugement.

- Le choix du juge introduisant un caractère de confiance personnelle de nature technique ou morale.

- La nature internationale du contrat, par conséquent du litige, fait que le recours à l'arbitrage est, aujourd'hui, la règle. Il permet notamment d'éviter les problèmes de conflit de lois.

De tous ces avantages, il ressort à l'évidence que le recours à l'arbitrage répond à un besoin de souplesse de la part des professionnels qui pourront en organiser assez librement la mise en œuvre. L'arbitrage apparaît ainsi comme un mode contractuel de résolution des litiges.

Cependant, ne nous y trompons pas, si l'on ne peut que reconnaître l'existence de cette instance privée, il n'en demeure pas moins que l'étendue de la compétence arbitrale connaît certaines limites. En effet, si les systèmes juridiques admettent l'arbitrage, et par conséquent, que leurs juridictions nationales perdent une partie de la matière litigieuse, ils ne l'admettent jamais totalement. Par conséquent, tout litige n'est pas arbitral ou encore l'arbitrage n'est pas pour tout litige un moyen de faire justice.

La question qui se pose en premier lieu, est de savoir quelles sont les raisons pour lesquelles les droits étatiques peuvent être amenés à considérer ce litige comme non arbitral.

A cette question, deux motifs théoriques ont été avancés par la doctrine.

1^e motif : on constate que les personnes impliquées n'ont pas le droit de se soumettre à l'arbitrage. Le litige n'est pas arbitral car l'une des parties n'a pas l'aptitude de compromettre;

2^e motif : on constate que les problèmes juridiques qui sont posés ne peuvent être résolus par un arbitrage en raison de leur nature. L'obstacle tient donc à la nature de la matière.

Ces motifs constituent en fait, des limites à ce qui est appelé en termes néologiques "*l'arbitrabilité du litige*"², objet de notre sujet.

La question qui se pose naturellement est de savoir qu'est-ce que l'arbitrabilité.

La réponse à cette question n'est pas évidente. En effet, la notion de l'arbitrabilité est très certainement l'une des plus difficiles du droit de l'arbitrage. D'après Jarosson : « cette notion a toujours suscité la controverse, on lui impute notamment d'être abstraite, délicate, mal cernée, fuyante, et qu'elle suscite un certain nombre de malentendus, voire de contresens »³. Cela tient bien sûr en premier lieu au caractère extrêmement imprécis de la notion de l'ordre public d'une part, mais d'autre part, il faut aussi tenir compte d'une difficulté spécifique à l'arbitrage, qui tient à la nature mixte, ambiguë de cette institution, à la fois contractuelle et juridictionnelle.⁴

Pour, Level⁵, le terme : « exprime la qualité qui s'applique à une matière, à une question ou à un litige, d'être soumis au pouvoir juridictionnel des arbitres ». Autrement dit, l'arbitrabilité est la faculté attachée à un litige d'être résolu par la voie de l'arbitrage. Jarosson⁶ abonde dans le même sens, en disant que : « l'arbitrabilité est le fait d'être arbitral : or, est arbitral ce qui est susceptible d'être arbitré ». On dit également que ce terme « exprime l'aptitude d'une cause à constituer l'objet d'un arbitrage ».

Par conséquent, la seule véritable arbitrabilité est celle dite objective. On s'attend donc à ce que le vocable « arbitral » ne soit appliqué qu'à des litiges et non à des personnes et que l'arbitrabilité subjective n'est rien d'autre en fin de compte qu'une règle de capacité ou d'aptitude des personnes morales à compromettre.

² Le terme "arbitrabilité" utilisé par la doctrine et la jurisprudence depuis plusieurs années ne faisait pas, jusqu'à récemment, partie du vocabulaire des législations. Les textes législatifs contiennent plutôt l'expression « susceptible d'être réglé par voie d'arbitrage ».

³ Ch. Jarosson, *L'arbitrabilité : présentation méthodologique*. R.J.Com 1996/3, p 1.

⁴ E. Loquin, *J-CL Procédure civile- convention d'arbitrage- conditions de fond - litiges arbitrales*, Fasc. 1024, p 1.

⁵ Level, *L'arbitrabilité*. Rev. Arb. 1992, n° 2, p 219.

⁶ Ch. Jarosson, *L'arbitrabilité...*, article précité, p 2.

Cette définition restrictive, a fait l'objet de nombreuses critiques qui lui reprochent notamment de ne pas tenir compte de l'aptitude des personnes morales de droit public à compromettre. En effet, selon Fouchard⁷ : « l'absorption de la question de l'aptitude des personnes de droit public à compromettre par la notion d'arbitrabilité présentait surtout l'intérêt de faire échapper la matière aux incertitudes de la méthode conflictuelle à un moment où la capacité de compromettre demeurait soumise à la loi personnelle tandis que l'arbitrabilité était déjà appréciée au regard des règles matérielles de l'Etat d'accueil de la sentence ».

Cette approche englobant les matières ainsi que les personnes dans la définition de la notion de l'arbitrabilité est largement admise, aujourd'hui par la doctrine et la jurisprudence. Par ailleurs, elle a été consacrée dans les droits étatiques, que ce soit celui français (art 2059, 2060 du Code civil) ou tous ceux qui s'en sont inspiré, notamment le droit algérien qui a traité les deux aspects de la question dans le même article (art 1006) du nouveau code de procédures civile et administrative adopté par la loi n°08-09 du 25 février 2008 et entrée en vigueur le 23 avril 2009.⁸

On considère donc que l'arbitrabilité peut être mise en cause :

- Soit en raison de la qualité d'une des parties qui est un Etat, une collectivité publique, un établissement, un organisme public, ou une personne physique : c'est *l'arbitrabilité subjective* ; c'est ici la qualité d'une partie au débat arbitral qui fait question.
- Soit en raison de l'objet du litige qui a été soustrait à l'arbitrage par le droit national applicable : c'est *l'arbitrabilité objective*.

Les prescriptions d'inarbitrabilité sont multiples. Elles varient d'un système juridique à un autre, mais comportent souvent le même « noyau dur ». En dehors de l'interdiction encore parfois faite aux Etats et aux établissements publics de compromettre, en tous ou en partie, ne sont éventuellement pas arbitrables, en droit interne à tous le moins, les litiges portant sur des droits qualifiés d'indisponibles, soit qu'ils concernent des questions touchant à l'intérêt public et réservées dès lors aux juges étatiques : litiges concernant certains droits relatifs au statut personnel et familial, droit pénal, droit administratif, procédures collectives(droit de la faillite), certains droits de la propriété industrielle, intellectuelle et commerciale ; soit qu'ils touchent à des droits

⁷ Ph. Fouchard, B.Goldman, E. Gaillard : *Traité de l'arbitrage commercial international*, p 329, Litec, 1996.

⁸ Cette Loi abroge l'ordonnance n°66-145 du 08 juin 1966 portant code de procédure civile et avec elle le décret législatif n° 93-09 du 25 avril 1993, JORA, 27 avril 1993.

protégés en raison de la situation d'une des parties : droits du locataire et de l'employé, droits du concessionnaire et du consommateur. Il reste que ne sont pas nécessairement exclus du domaine de l'arbitrage tous les litiges concernant ces matières.

Peuvent être également considérés comme non arbitrables, ainsi en droit algérien, « les questions concernant l'ordre public ». L'on verra que la jurisprudence qui a interprété cette disposition a fondamentalement évolué en quelques décennies. L'ordre public continu néanmoins à jouer un rôle important dans le domaine de l'arbitrabilité.

La question de l'arbitrabilité du litige peut se poser à différents moments de la procédure :

- Elle sera souvent invoquée en premier lieu devant le tribunal arbitral.
- D'autre part, la partie qui estime le litige non arbitral la soumettra, le cas échéant aux juridictions étatiques qui devront se prononcer sur le bien –fondé de l'objection soulevée par le défendeur sur la base de la convention d'arbitrage.
- L'inarbitrabilité sera aussi, le cas échéant, invoquée devant la juge national comme fondement d'une procédure d'annulation de la sentence.
- Enfin, l'objection tirée du défaut d'arbitrabilité pourra être opposée par le défendeur devant le tribunal saisi d'une procédure de reconnaissance et d'exécution de la sentence ou soulevée d'office par ce tribunal.

L'étude de l'arbitrabilité des litiges selon le nouveau Code de procédure civile et administrative algérien, nous a amené à nous intéresser à la position d'autres systèmes juridiques en la matière, ainsi qu'à leurs pratiques en matière d'arbitrage. En effet, d'une part, la réglementation algérienne de l'arbitrage s'est largement inspirée depuis le Code de procédure civile du 8 juin 1966 à nos jours des droits positifs français et suisse, d'autre part, et malgré le passage à l'économie de marché et le désengagement de l'Etat de l'activité commerciale, la technique arbitrale transposée dans le droit algérien n'est pas encore une réalité tangible dans la pratique des affaires dans le sens où elle n'est pas encore admise dans la vie de l'entreprise algérienne des secteurs économiques public et privé. Hormis quelques entreprises qui ont acquis une expérience en matière d'arbitrage international comme Sonatrach dans le domaine pétrolier ou la société nationale de Sidérurgie(SNC devenue Sider) avant sa restrucation dans le domaine des contrats de transfert de technologie, ne parlons pas des entreprises privées, lesquelles organisées

pour la plupart d'entre-elles, en la forme de sociétés de personnes (entreprises familiales) ne regroupant donc pas des professionnels de l'industrie et du commerce, et qui ne se sentent en aucune manière concernés par l'évolution de l'espace économique et des réformes du cadre juridique correspondant, en cours dans notre pays et dans le monde, et encore moins par l'arbitrage. Même l'arbitrage interne, pourtant institué par le Code de procédure civile de 1966, n'a pas été utilisé par les entreprises privées. Mais les choses commencent effectivement à évoluer, on constate actuellement bon nombre de sociétés algériennes filiales de sociétés internationales pratiquant l'arbitrage habituellement.

Si les textes juridiques placent déjà l'Algérie parmi les pays les plus ouverts à l'arbitrage commercial international, son adhésion prochaine à l'Organisation Mondiale de Commerce (OMC) fera le reste au sens où les opérateurs économiques nationaux publics et privés seront dans l'obligation d'acquiescer les soutiens nécessaires à la prévention des risques et devront faire face à cette " violence " juridique se concrétisant dans la notion d'arbitrage.

Ce travail sera articulé autour de deux parties :

La première partie sera consacrée à l'étude de l'arbitrabilité objective.

Dans la deuxième partie nous aborderons, l'arbitrabilité subjective.

PREMIERE PARTIE – L'ARBITRABILITE OBJECTIVE

Pour qu'un litige soit arbitral, la convention d'arbitrage ne doit pas seulement être le fruit d'un consentement non vicié et être passée entre personnes qui peuvent toutes compromettre, il faut aussi que l'objet même de cette convention soit licite, car le législateur interdit parfois de compromettre sur certains droits. L'arbitrabilité objective ou *rationae materiae* résulte donc de la réponse à la question : sur quels droits peut-on compromettre ? L'inarbitrabilité pour des raisons objectives existe, s'il est interdit de compromettre sur un droit déterminé. Autrement dit, le droit concerné ne peut être tranché par voie d'arbitrage, dès lors *l'arbitrabilité objective est l'aptitude d'un droit à être l'objet d'une convention d'arbitrage*.

Si certaines lois déterminent elles-mêmes quelles sont les matières non-arbitrales. Il est ainsi, par exemple, de la loi Bulgare⁹ ou de la loi adoptée par la république populaire de Chine¹⁰. La plupart du temps, les droits étatiques contiennent, en plus d'une énumération de certains litiges inarbitrales,¹¹ des critères généraux d'arbitrabilité. C'est dans ce domaine que les difficultés sont les plus nombreuses. En effet, la mise en œuvre des critères d'arbitrabilité a suscité de multiples interrogations, surtout en France à cause de la malencontreuse référence faite dans l'article 2060 du code civil français aux « *matières qui intéressent l'ordre public* ».

Le nouveau droit algérien de l'arbitrage dans son article 1006 dispose : « toute personne peut compromettre sur les droits dont elle a la libre disposition.

On ne peut compromettre sur les questions concernant l'ordre public, l'état et la capacité des personnes... ».

⁹ L'article 2 de Loi Bulgare du 05 aout 1998 dispose : « les litiges relatifs aux droits réels ou à la possession d'un immeuble ou à des rapports de travail ne peuvent pas être l'objet d'un arbitrage », *Rev.Arb*, 1996, p 149. Commentaire E.Gueorguiev, « La Loi bulgare sur l'arbitrage commercial international ».

¹⁰ L'article 3 de la Loi chinoise du 31 aout 1994, dispose : « le recours à l'arbitrage n'est pas autorisé pour les différends suivants :

- les différends concernant le mariage, l'adoption, la tutelle, la reconnaissance et les successions.
- Les différends administratifs qui doivent, selon la loi être soumis aux autorités administratives », *Rev.Arb*, 1995, p 527.

¹¹ *Capacité et état des personnes en droit algérien et français, à titre d'exemple*.

A la lecture de cet article on constate que d'une part, le législateur algérien s'est largement inspiré des articles 2059 et 2060¹² du Code civil français pour déterminer les critères de l'arbitrabilité, et d'autre part il ne fait plus référence aux obligations alimentaires, les droits successoraux, de logements et vêtements, mentionnés dans l'ancien article 442 du CPC. Ces deux derniers points étant toujours entourés de mystère quant à leur signification. Toutefois, ils demeurent toujours inarbitrables.

Si de l'avis unanime, cet article n'apporte pas de modifications substantielles¹³ à la portée du texte, en revanche le maintien de la référence à l'ordre public comme critère d'inarbitrabilité est regrettable. Cette formule a causé beaucoup de tort à l'arbitrabilité des litiges.

Cela dit, dans l'attente d'une réforme ne tenant pas compte de la notion d'ordre public dans la détermination de l'arbitrabilité objective, le texte existe. Son interprétation pose essentiellement deux problèmes.

Tout d'abord, celui du sens de la notion de libre disposition de droit et les questions concernant l'ordre public, et celui de la combinaison des deux règles entre elles. En effet, les réponses à ces questions sont étroitement liées.

Nous traitons ainsi dans le premier chapitre, les critères de l'arbitrabilité objective, en essayons de dégager un critère clair et utile afin de simplifier la compréhension de la notion. Dans le deuxième chapitre, nous abordons l'application de ces critères sur certaines matières sensibles. Et enfin, dans le troisième chapitre, nous examinons le contrôle de l'arbitrabilité objective.

¹² L'article 2059 C.civ français dispose : « Toutes personnes peuvent compromettre sur les droits dont elles sont la libre dispositions ».

- L'article 2060 C.Civ français dispose : « On n peut compromettre sur les questions d'état et la capacité des personnes, sur celle relatives au divorce et séparations du corps (...) et plus généralement dans les matières qui intéressent l'ordre public..... ».

¹³ Le texte maintient l'inarbitrabilité des litiges liés à l'état et la capacité des personnes (c'est la conception de nombreux systèmes juridiques), il s'agit là d'une exclusion traditionnelle « noyau dure de l'ordre public », et les droits en la matière sont indisponibles. Les questions d'état comprennent tout ce qui permet d'individualiser juridiquement les personnes par rapport à l'état (la société) : le fait d'être vivant ou mort, l'âge, le sexe, la nationalité, la situation familiale (filiation, mariage, divorce), toutes fois, cette exclusion n'est pas universelle. Ainsi en Angleterre, la garde de l'enfant peut faire l'objet d'une décision arbitrale. Et les pensions alimentaires à l'égard du conjoint sont arbitrables dans des pays comme la Belgique et le suisse.

Quelques soit la situation actuelle, il est certain d'après M. Racine que le droit de la famille va également évoluer dans un sens d'une plus large arbitrabilité». JP. Racine, *L'arbitrage commercial international et l'ordre public*, p 222, LGDJ, 1999.

Chapitre I : Les critères d'arbitrabilité objective

Sur quel critère peut-on se référer pour apprécier, ou déterminer l'arbitrabilité objective des litiges ? À cette question, plusieurs propositions ont été avancées par les doctrines, mais aucune n'a eu l'adhésion de l'ensemble des auteurs.

Néanmoins, un consensus semble s'être dégagé autour de la notion des dispositions du droit (section 1) pour qu'elle soit un critère nécessaire et suffisant dans la détermination de l'arbitrabilité objective d'un litige. Le débat reste par contre ouvert sur le deuxième critère à savoir l'ordre public (section 2), critère controversé et inadapté. Nous examinerons donc l'étendue de ces critères et leurs portées sur l'arbitrabilité objective.

Section 1 : La disponibilité du droit, critère nécessaire et suffisant.

§1 : La portée du principe.

L'idée de considérer que la disponibilité du droit est un critère pertinent et suffisant pour définir l'arbitrabilité objective, n'est pas nouvelle. En effet, Oppetit dès 1978 écrivait sans nuance ¹⁴ : «... peut-être d'ailleurs n'a t-on pas suffisamment développé l'analyse rationnelle dans cette voie et conviendrait-il de tirer profit du renouvellement que pourrait apporter au débat le concept de libre disposition des droits sur lequel repose l'article 2059¹⁵ que le législateur a cru devoir expliciter par la référence à l'ordre public, mais qui aurait pu constituer à lui seul un critère nécessaire et suffisant de l'arbitrabilité sur lequel on n'a peut-être pas mis assez l'accent ?».

Selon cet éclairage, la non arbitrabilité se limiterait à l'interdiction légale de la libre disponibilité du droit des parties, le recours à l'arbitrage serait impossible seulement dans le cas où la règle d'ordre public supprimerait la disponibilité même du droit contractuel, mais non dans l'hypothèse où la règle d'ordre public imposerait uniquement des restrictions à la mise en œuvre et à l'exercice de cette disponibilité, dans ce dernier cas il appartient à l'arbitre de résoudre le litige dans le respect de l'ordre public et d'en tirer toutes les conséquences, tel que le prononcé d'une nullité d'ordre public.

¹⁴ Oppetit. *L'arbitrage en matière de brevets d'inventions après la loi du 13/07/1978*, *Rev.Arb*, 1979, p 83.

¹⁵

Cette vision a été reprise par un certain nombre d'auteurs¹⁶ et de praticiens de l'arbitrage, ainsi, Level¹⁷ abonde dans le même sens en déclarant que : « l'article 2059 suffit en l'état des interprétations qui lui sont données, à définir l'arbitrabilité hors du droit administratif ».

A l'instar du système français, de nombreux droits nationaux¹⁸ ont adopté ce critère de libre disposition pour déterminer l'arbitrabilité objective des litiges. Le nouveau Code algérien de procédure civile et administrative reprend dans son article 1006 al.1 une formule similaire en déclarant : « toute personne peut compromettre sur les droits dont elle a la libre disposition ». Ce critère a été adopté également par de nombreux pays arabes dans leurs législations¹⁹. Ainsi, le nouveau code d'arbitrage égyptien promulgué en 1994 dispose dans son article 11 : « il n'est permis de compromettre aux personnes morales ou physiques que dans les droits dont elles ont la libre disposition ».

Cependant, il ne faut pas tirer de conclusion trop hâtive de cette conception. En effet, même si elle semble attirante à première vue, elle demeure néanmoins critiquable. Cette présentation qui, selon Ancel²⁰ absorbe l'article 2060 dans l'article 2059 du Code civil français et définit le concept de matière d'ordre public par référence à la disponibilité des droits, ne paraît ni plus exacte, ni plus éclairante que la présentation traditionnelle. Elle est également inadaptée en ce qu'elle participe d'une position dépassée qui consisterait à comprendre l'ensemble des droits en termes de droits subjectifs. Ce que nous croyons, poursuit l'auteur, c'est que l'article 2059 n'absorbe pas l'article 2060, pas plus qu'il n'est absorbé par lui. C'est un texte complémentaire, qui contient une possibilité d'exclusion de l'arbitrage distincte de celle qui est prévue dans l'article 2060 (...).

En dépit de cette controverse doctrinale, il semble que la première thèse est la plus répondue.

Toutefois, si on admet qu'un litige est arbitral dès lors qu'il porte sur un droit disponible on est amené alors à répondre à la question suivante : quels sont les droits disponibles ? À cette question, Level²¹ donne une définition souvent utilisée par les

¹⁶ Voir en ce sens Racine, *L'arbitrage commercial international et l'ordre public*, p 28 et s. LGDJ, 1999.

¹⁷ Level, *L'arbitrabilité*, précité, p 219

¹⁸ Belgique (art 1076 procédure civile), Italie (art.806 procédure civile).

¹⁹ L'article 308 du nouveau Code de procédure civile marocain dispose : « ...toutes personnes capables, physiques ou morales peuvent souscrire une convention d'arbitrage sur les droits dont elles ont la libre disposition... ».

²⁰ Ancel, J-CL, *Procédure civile, convention d'arbitrage, conditions de fond, litiges arbitrales*, Fasc. 1024, p 3.

²¹ Level, *L'arbitrabilité*, Rev. Arb, 1992, p 219.

auteurs selon laquelle : « un droit est disponible lorsqu'il est sous la totale maîtrise de son titulaire à telle enseigne qu'il peut tout faire à son propos et notamment l'aliéner, voire y renoncer ». L'arbitre ou le juge eurent la tâche donc d'examiner dans chaque cas d'espèce si les prescriptions de la disponibilité sont satisfaites ou non avant de statuer sur l'arbitrabilité du différend. Cette tâche est difficile à mettre en œuvre car il n'existe aucun répertoire énumérant une liste des droits disponibles.

Pour contourner cette difficulté, il a été proposé d'inverser la manière de procéder, c'est à dire qu'on s'intéresse plutôt aux droits indisponibles. Et on pose que ne sont pas arbitrables les litiges qui portent sur les droits indisponibles.

Faut-il regretter ce glissement vers la notion d'indisponibilité ? Ce n'est pas sûr d'après Jarosson²². En effet, s'il n'est pas possible de décrire en une simple formule tous les droits qui sont disponibles, poursuit l'auteur, c'est vraisemblablement parce que la disponibilité des droits est le principe en matière contractuelle. Or, si le principe, en raison de ses multiples applications, ne peut que s'énoncer en une formule vague, les exceptions, elles, sont susceptibles d'être réunies par un fondement commun et partant plus précis.

Deux observations méritent d'être soulignées : On ne peut aujourd'hui avec l'évolution du phénomène de l'arbitrage affirmer avec certitude qu'une matière indisponible serait totalement exclue de l'arbitrage. Pour illustrer cette incertitude, les auteurs citent en exemple le divorce. Cette question est indisponible en vertu de la loi. Elle est totalement exclue du domaine de l'arbitrabilité (comme la capacité et l'état des personnes). Toutefois, les droits pécuniaires nés de cette matière (question d'une pension alimentaire) ont été jugés disponibles donc arbitrables. Un autre exemple en matière de succession. Toute convention d'arbitrage serait nulle avant le décès de *cujus*, mais une fois la succession ouverte les héritiers peuvent recourir à l'arbitrage pour résoudre les conflits de liquidation.

A cette première observation, Level²³ a proposé plusieurs degrés d'indisponibilité ; il y aurait en premier lieu des droits totalement et définitivement indisponibles ou indisponibles par nature, c'est à dire ceux qui portent sur l'état et la capacité des personnes ; on ne compromettra jamais pour sanctionner la recherche de paternité, la validité d'un mariage, pour contester à un incapable une capacité qu'il n'a pas. Cependant, certains droits peuvent procéder d'une situation totalement indisponible puis devenir disponibles dans leurs effets : il en est ainsi des droits pécuniaires nés des droits patrimoniaux de la famille. Ainsi le droit de créancier d'aliments peut faire l'objet d'un

²² Ch. Jarosson, *L'arbitrabilité...*, précité, p 4.

²³ Level, *L'arbitrabilité*, précité, p 222.

arbitrage lorsqu'il présente un caractère acquis, on dit alors droit partiellement disponible.

Il est enfin des droits devenus disponibles ceux qui indisponibles à l'état de droit éventuel et disponible à l'état de droit né et actuel (exemple en matière de travail, validité de compromis sur l'attribution et le quantum d'indemnité de licenciement conclu au moment du licenciement).

L'importance du facteur temps est évidente, c'est lui qui permet d'expliquer que pour une même situation d'ensemble, la clause compromissoire soit interdite et le compromis d'arbitrage autorisé lorsque le droit est acquis.

La deuxième observation concerne le glissement de la notion de disponibilité du droit vers l'ordre public. En effet, comme, l'a montré M.Oppetit,²⁴ les droits indisponibles sont ceux où la règle d'ordre public supprimerait la disponibilité même de droit contractuel; mais alors pourquoi ce détour par la notion de libre disponibilité si c'est pour revenir, *in fine*, à l'ordre public? N'aurait-on pas du conserver la formule traditionnelle celle des matières qui intéressent l'ordre public au sens de l'article 2060 ? A cette interrogation, M. Jarosson répond que l'ordre public visé ici, c'est surtout celui au sens de l'article 6 du Code civil ²⁵(l'article 106 du code civil algérien)

Il ressort de cette présentation que le concept de disponibilité du droit semble couvrir l'ensemble de la problématique de l'arbitrabilité objective sous réserve de la limite de l'exclusivité de compétence accordée à certaines autorités administratives ou judiciaires. D'ailleurs, cette position a été approuvée par le comité français de l'arbitrage sur les perspectives de réforme d'arbitrage, suite à la proposition de M. Level.²⁶

§2 : La compétence exclusive comme limite.

Bien que les dispositions législatives consacrées à l'arbitrabilité du litige ne font aucune référence à la notion de compétence exclusive. Il est admis aujourd'hui qu'une matière est inarbitrable si elle relève de la compétence exclusive des juridictions étatiques : c'est ainsi que l'arbitrage est exclu en matière de d'état de personnes, matière qui relève de la compétence du tribunal étatique ; de même il est admis que les arbitres

²⁴ Oppetit, *L'arbitrage en matière de brevet.....*, article précité, p12

²⁵ L'article 6 C.civil français dispose « on ne peut déroger par des conventions particulières aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs ».

²⁶ A. Kassis, *Réforme du droit français d'arbitrage international*, p 36, L'Harmattan, 2008.

ne peuvent connaître les contestations relatives à la faillite, qui sont de la compétence exclusive du tribunal qui a ouvert la procédure.

Cette conception a été confirmée par la jurisprudence. Ainsi, la cour d'appel de Paris²⁷ a déclaré à ce propos : « le caractère contractuel et privé de l'arbitrage interdit à la juridiction arbitrale (...) de connaître des matières relevant, par leur nature même, de la compétence exclusive de la juridiction étatique ».

Dans un arrêt subséquent du 16 février 1989²⁸, la cour a énoncé de même, mais dans une affaire internationale cette fois que :

" L'arbitrabilité du litige en regard de l'ordre public ne doit pas s'entendre de l'interdiction faite aux arbitres d'appliquer les dispositions impératives, mais seulement de statuer dans une matière relèvent par sa nature de la compétence exclusive de la juridiction étatique".

Il y aurait donc nullité de la convention d'arbitrage dans le cas où la loi réserve l'examen de l'objet de la convention à une juridiction étatique. L'attribution de la compétence exclusive peut se résulter soit en raison de la personne, on dit alors *compétence rationae personae* (Pour les personnes privées, l'incapable par exemple).

Ou bien en raison de la matière "*compétence rationae materia*"; cette compétence est fondée sur des raisons d'ordre public par exemple : l'incompétence de l'arbitre de statuer sur les problèmes de validité du titre de propriété industrielle.

De telles affirmations doivent néanmoins être nuancées, car la critique à l'égard de l'utilisation de la notion de compétence exclusive pour déterminer l'arbitrabilité est très forte au sein de la doctrine.

M.Loquin²⁹écrit à cet égard, que ce critère peut paraître très contestable. En effet, selon l'auteur, « il semble nécessaire de distinguer compétence exclusive et compétence impérative : la notion de compétence exclusive implique seulement qu'un tribunal se voit confier la connaissance étendue de certaines catégories de litiges, par dérogation aux règles habituelles de compétence, et notamment au principe selon lequel - le juge de l'action est le juge de l'exception -. Il en résulte que le tribunal saisi d'un litige dont la solution dépend d'une décision relevant de la compétence exclusive d'une autre juridiction doit se dessaisir jusqu'à ce que cette autre juridiction ait statué. Ainsi conçue

²⁷ CA Paris (1^{er} Ch. Suppl.), 20/01/1989, Rev. Arb 1989, note. Oppetit.

²⁸ Société Almira Films c Pierre lès qual, Rev.Arb.1989 p.71, note L.Idot.

²⁹Loquin, J-CL, procédure civile, convention d'arbitrage, conditions de fond, litiges arbitrables, Fasc. 1024, p 10.

la notion de compétence exclusive semble sans rapport avec la possibilité ou l'impossibilité de l'arbitrage ».

Ce qui pourrait exclure l'arbitrage, en revanche, d'après l'auteur, serait l'attribution impérative de compétence à une juridiction étatique : si la loi interdit la prorogation conventionnelle de compétence au profit d'une autre juridiction étatique, n'exclut –elle pas a fortiori la désignation d'une juridiction privée.

Dans la même ligne, M. Foussard³⁰, estimait que : « la notion de compétence exclusive ne sert jamais qu'à déterminer la compétence au sein de l'ordre des juridictions étatiques (...) Le domaine de l'arbitrage est défini par l'article 2059(C.civ.F). Ce texte ne vise pas la compétence exclusive et je ne connais pas de texte qui vienne dire que compétence exclusive veut dire compétence nécessairement étatique ». De son côté, le doyen Savatier³¹ fait remarquer que l'octroi d'une compétence exclusive n'opère qu'une répartition à l'intérieur de l'organisation judiciaire et ne vise pas *ipso facto* l'arbitrage qui se place en marge de cette organisation. Cette idée a été exprimée clairement par la cour d'appel de Colmar³² dans un arrêt du 21 septembre 1993. Dans une affaire où était en cause la compétence du tribunal arbitral pour prononcer la dissolution d'une société, la cour a déclaré que « l'article 51 du décret du 20 mars 1967, lorsqu'il précise que la dissolution judiciaire de la société pour quelque cause que ce soit est de la compétence du tribunal de commerce, désigne celles des juridictions de l'ordre judiciaire qui est compétente en la matière, mais n'exclut nullement la compétence de la juridiction arbitrale en vertu d'une clause compromissoire ».

Il est vrai que l'arbitrage est placé en dehors de l'ordonnement juridictionnel et par conséquent, il n'est donc pas possible d'appliquer les mêmes règles aux tribunaux arbitraux et aux tribunaux étatiques. C'est pourquoi les règles relatives à l'arbitrabilité doivent rendre compte de l'originalité irréductible de l'arbitrage. Toutefois, même si on dissocie l'arbitrabilité et l'attribution de compétences, la présence de règles impératives de compétence en faveur de telles juridictions conduit indirectement à fermer la voie du recours à l'arbitrage. A ce sujet M.de Mello³³ en répondant à M.Foussard fait observer qu'il est exact qu'aucun texte ne dit que l'arbitrabilité est un problème de compétence, il n'empêche que quand il y a discussion et opposition entre un arbitre et une juridiction étatique, la juridiction doit se déclarer incompétente s'il y a une clause compromissoire ou un compromis et à fortiori si un arbitre est déjà saisi. C'est donc bien fondamentalement une question de compétence.

³⁰ Foussard, *L'arbitrage en droit administratif*, Rev.Arb, 1990.

³¹ Note sous Arrêt, 27/03/1953, D 1954, 407.

³² Ch.morin, *Sarl M.Morin et autres C.G Morin*, Rev.Arb, 1994, p 348, note D.Cohen.

³³ X. de Mello, Rev.Arb, 1992, n° 2.

Une position médiane a été suggérée récemment par M.Jarosson³⁴, selon laquelle, le fait que le législateur attribue une compétence exclusive à une juridiction étatique ne signifie pas automatiquement que le litige soit inarbitrable. Tout dépend de la finalité poursuivie. Dans ce domaine, il cite deux exemples : Si le législateur a organisé, au sein de l'ordre judiciaire, la répartition des compétences entre les juridictions (par exemple en France, le contentieux de l'exploitation d'un brevet), alors rien ne s'oppose à ce que le litige soit soumis à l'arbitrage, puisque l'arbitre n'est pas concerné par ces règles. En revanche, si le législateur a voulu que tous les aspects d'une question soient concentrés dans les mains d'une juridiction, seul moyen pour mener à bien le but poursuivi par la loi (par exemple, la compétence du tribunal de la faillite pour connaître des rapports entre les créanciers et le débiteur), alors le *ratio legis* s'oppose à ce que le litige soit arbitrale, car cette règle d'ordre public rend indisponible le droit litigieux.

En somme, nonobstant le débat qui oppose les deux clans. La notion de compétence exclusive aujourd'hui même si elle n'est pas liée directement au concept d'arbitrabilité;³⁵ constitue un motif pour écarter la compétence de l'arbitre.

Et d'après certains auteurs³⁶, c'est le signe que le domaine de l'arbitrage ne peut pas être défini par la seule référence à la libre disponibilité du droit, et qu'on ne peut pas se débarrasser du critère de l'ordre public contenu dans l'article 2060 (article 1006 CPCA Algérien). Tant que subsistera l'interdiction de compromettre sur des droits disponibles en raison du lien de la matière avec l'intérêt public, le domaine de l'arbitrabilité devrait être donc défini d'après un double critère intégrant les deux notions de libre disponibilité du droit et d'ordre public. Si tel devrait être le cas, il faudrait alors attribuer à chacun de ces critères un domaine qui lui sera propre. Dans cette perspective, on pourrait reprendre la distinction proposée par M.Ancel³⁷: l'article 2060 viserait l'ordre public au sens premier « on serait tenté d'écrire l'Ordre Public avec les majuscules » c'est à dire certaines règles qui ont pour finalité directe d'assurer le respect d'intérêts supérieurs de la société. Tandis que l'article 2059 ne jouerait que lorsque le législateur confère des droits dont il interdit la libre disposition dans l'intérêt privé de leur titulaire. Selon cette présentation, les droits indisponibles au sens de l'article 2059, seraient les droits extrapatrimoniaux, ainsi que ceux régis par des règles d'ordre public de protection

³⁴ Ch. Jarosson, *l'arbitrabilité...*, précité, p 05.

³⁵ A notre connaissance seul le droit Portugais dans son article 1^e de loi du 29 août 1986, qui a retenu comme critère d'inarbitrabilité la compétence exclusive des tribunaux étatiques en disposant ainsi : « A moins qu'il ne soit exclusivement soumis à un tribunal judiciaire ou à l'arbitrage obligatoire en vertu d'une disposition spécial, tout litige ne portant pas sur les droits indisponibles peut être confié à la décision d'arbitres ».

³⁶ D.Vaux J-CL civil, convention d'arbitrage, art 2059.2060, Fasc. 20. p 4.

³⁷ Ancel. J-CL procédure Civile, convention d'arbitrage- conditions de fond - litige arbitrables, Fasc. 102, p 19.

qui ne sont pas encore acquis, à l'exclusion des règles d'ordre public de direction auxquelles se rapportera l'article 2060.

Cette idée est détestable, car est-il vraiment nécessaire de faire appel à une formule aussi controversée et équivoque que celle de l'article 2060, Code civil français, de même que celle de l'article 1006 du CPCA Algérien, «matières intéressant l'ordre public».

La condition de libre disponibilité des droits litigieux ne suppose-t-elle pas que les règles d'ordre public aient été respectées comme l'exige l'article 6 du code civil français, estime Mme Idot.³⁸

³⁸ *Idot, l'arbitrabilité des litiges, l'exemple français, R.J.Com, 1996 n°3, p 09.*

Section 2 : L'ordre public, critère controversé et inadapté.

Les rapports de l'arbitrabilité avec l'ordre public³⁹ sont évoqués sur un mode ambiguë par l'article 1006 CPCA algérien : « *on ne peut compromettre sur les questions concernant l'ordre public* ».

Ce critère de l'arbitrabilité des litiges place la législation algérienne dans une situation en recul par rapport aux autres législations⁴⁰, dans lesquelles la notion difficile à cerner de matières touchant à l'ordre public n'intervient pas. Néanmoins, compte tenu de l'esprit ouvertement libéral du nouveau droit algérien de l'arbitrage, on peut estimer que la référence à ce critère aussi controversé et inadapté ne constituera pas un moyen d'exclusion.

En pratique, Il suffit de se pencher sur l'évolution de la doctrine, de la jurisprudence française⁴¹ et internationale pour constater combien le chemin a été long et difficile pour arriver à la situation actuelle, qui admet la pleine et entière arbitrabilité des litiges appelant l'application des règles d'ordre public, en dépit du texte.

Il est admis, donc que ce n'est pas la présence de l'ordre public dans la situation litigieuse, mais sa transgression qui fait obstacle à l'arbitrage.

§ 1 : Extension de l'arbitrabilité en matière d'ordre public.

La conception selon laquelle il n'est pas possible de compromettre dans tout litige touchant à l'ordre public semble avoir influencé la jurisprudence française du XIX^e siècle⁴², s'est maintenue bizarrement jusqu'à la moitié du vingtième siècle.

Ainsi par exemple, l'arrêt de la cour d'appel de Paris (9/12/1954), qui avait statué sur une vente de marchandises taxées, donc soumises à une réglementation

³⁹ L'article 1006 du CPCA Algérien s'est inspiré de l'article 2060 du Code civil français.

⁴⁰ Comme les droits suisse et allemand qui ne font plus référence à la notion d'ordre public pour déterminer l'arbitrabilité d'un litige.

⁴¹ Cette position a été saluée par de nombreux spécialistes. Parmi eux, M. Goldman qui a déclaré à ce propos : "... la jurisprudence française a fait là preuve d'une capacité de torsion remarquable pendant quelques dizaines d'années, mais ... [Cet effort d'interprétation] ... ne va pas sans obscurité». Cela a abouti à une situation complexe. On avait beaucoup de mal à comprendre, à expliquer ce qu'elle voulait ». *Traité du droit d'arbitrage international, Litec, 1992.*

⁴² Cass, civ, 9 janv. 1854 - DP.18 5,1, p 69 ; Cass – Req., 7 Nov. 1865, DP.1866, 1, p 204.

d'ordre public économique où elle déclarait « *...une juridiction arbitrale ne pouvait valablement connaître de contestations relatives à l'exécution directe ou indirecte d'un contrat portant sur des marchandises taxées au motif que les dispositions légales ou réglementaires relatives à la taxation de marchandises intéressent l'ordre public, si bien qu'aucune contestation concernant l'interdiction ou l'application de ces dispositions ne peut être réglée par voie d'arbitrage sous peine de violation de l'article 1004 du code de procédure civile*⁴³ ».

Cette position est inadmissible, actuellement, sinon dans ses principes, du moins dans ses résultats. En effet, selon M.Ancel⁴⁴ : « on pourrait à la rigueur admettre au niveau des principes, qu'il y ait une telle coïncidence entre l'exclusion de l'arbitrage et l'ordre public du fond. L'arbitre, juge privé ne pouvant s'occuper que d'intérêts privés. Le juge étatique, public, étant seul gardien de l'ordre public ».

Cette attitude témoigne d'une méfiance injustifiée à l'égard de l'arbitrage, car l'arbitre statue toujours sous le contrôle du juge étatique; et que d'après M. Cohen⁴⁵ « la sentence rendue par un arbitre est susceptible d'annulation en cas de violation de l'ordre public, ce qui pourrait lui reconnaître implicitement, la possibilité d'appliquer l'ordre public ».

Mais c'est surtout au niveau du résultat que l'attitude évoquée est critiquable car elle risquait de tuer l'arbitrage⁴⁶ sinon de le paralyser. D'autant que le nombre des dispositions impératives augmentaient dans ce qui constitue son terrain de prédilection à savoir la matière contractuelle. De plus, elle encourageait les exceptions dilatoires et la mauvaise foi, puisqu'il suffirait à l'une des parties d'invoquer une règle d'ordre public pour obliger l'arbitre à se dessaisir.

Cette conception qui interdit tout arbitrage dès que la solution des litiges soulève l'examen d'un problème d'ordre public a été abandonnée après l'intervention d'un arrêt de la cour de Cassation française du 29 Nov. 1950 (arrêt *Tissot*), ayant décidé que l'existence d'une réglementation d'ordre public applicable au litige ne suffit pas à entraîner la nullité du compromis.

Cette position moins restrictive a été renforcée par deux arrêts rendus par la cour d'appel de Paris (15 juin 1956) en déclarant : « *s'il est de principe que le compromis est interdit sur toute cause intéressant l'ordre public, cette règle ne signifie pas et n'a jamais signifié que tout litige relatif à une opération soumise à certains égards à une*

⁴³ D. 1954 - p 192.

⁴⁴ Ancel, *J.CL Procédure civile, convention d'arbitrage, Fasc. 102, p 18.*

⁴⁵ D.Cohen, *Arbitrage et sociétés, LGDJ, 1993, p 230.*

⁴⁶ E.Mezger, *L'arbitrage commercial et l'ordre public, Rev. Trim. Dr. Com. 1948, 611.*

réglementation présentant un caractère d'ordre public se trouverait de ce fait soustraite à tout arbitrage; qu'elle n'a qu'une portée beaucoup plus restreinte et n'emporte nullité du compromis que si l'opération ou la convention litigieuse à laquelle il a trait, se trouve être illicite est frappée d'invalidité comme ayant effectivement contrevenu à l'ordre public; (...qu') en un mot (...) : la nullité du compromis ne découle pas de ce que le litige touche à des questions d'ordre public mais uniquement du fait que l'ordre public a été violé »⁴⁷.

Quelques années plus tard, la même cour précisait que cette violation ne saurait être sanctionnée que si l'atteinte à l'ordre public résidait dans l'objet des litiges soumis aux arbitres, c'est à dire que si l'on trouve dans ledit objet de la cause principale, directe et efficiente de la violation prétendue et que les sentences qui simplement touchent à l'ordre public ou bien mettent en jeu ou même méconnaissent accessoirement une règle relevant de l'ordre public, n'encourent pas la nullité⁴⁸.

On remarque à ce stade, que si la jurisprudence a su trouver les bonnes formules pour consacrer son évolution, la doctrine de son côté a eu l'occasion de s'exprimer clairement sur ce sujet et avec des formules percutantes. Ainsi M. Hebraud⁴⁹, déclarait par une formule restée célèbre, dès 1951, «le compromis n'est pas nul du seul fait que l'opération litigieuse est assujettie à un cadre impératif et pose éventuellement des questions touchant à l'ordre public ».

Il ressort de cette solution que si la nullité d'un compromis ne devait pas découler du seul fait que le contrat principal était soumis à une réglementation d'ordre public, sa validité, en revanche, était dépendante de l'objet du litige c'est à dire de ce que les parties avaient donné réellement à juger aux arbitres. L'arbitrabilité dépend donc du caractère essentiel ou accessoire par rapport à l'objet du litige, de la disposition d'ordre public mise en jeu par la contestation.

Pour illustrer cette définition, M. Honatiau⁵⁰ donne deux exemples: si le litige est la réparation d'un préjudice né de la violation d'une clause d'un contrat de société, les arbitres peuvent se saisir du litige, même s'il concerne une matière, tel le droit de la concurrence, qui touche à l'ordre public. Les arbitres devront uniquement respecter les règles de l'ordre public économique. Le seul fait que le contrat est soumis à ces règles ne rend donc pas le compromis nul. En revanche, si la convention d'arbitrage conduit à soumettre aux arbitres une contestation relative à une convention par laquelle des

⁴⁷ D 1957 P. 587, note Robert.

⁴⁸ CA Paris 2/11/65 - JCP 66. 14625 (2 esp) note Boulbes.

⁴⁹ Hebraud, Rev, Trim, Dr, Civ, 1951. 106 et s.

⁵⁰ Honatiau, l'arbitrabilité et la favor arbitrandum : un réexamen, J.D.I. 4, 1994, p 935.

actionnaires majoritaires de sociétés ont procédé à des partages de biens sociaux en violation d'une règle publique, qui réserve de telles opérations à la compétence du conseil d'administration et de l'assemblée générale, ladite convention d'arbitrage est nulle comme étant contraire à l'ordre public.

Cette position a été confirmée par la cour d'appel de Paris dans son arrêt du 16/2/1989⁵¹ "arrêt Sté Phocéenne," en déclarant que : « *l'arbitrabilité d'un litige en regard de l'ordre public ne doit pas s'entendre de l'interdiction faite aux arbitres d'appliquer des dispositions impératives, mais seulement de statuer dans une matière relevant par sa nature de la compétence exclusive de la juridiction étatique ou de consacrer par leur décision une violation de l'ordre public* ».

Cependant, si on ne peut que reconnaître ici, le rôle majeur joué par la jurisprudence dans la clarification d'une situation rendue complexe et ambiguë par l'article 2060(article 1006 CCAA), sa position n'est pas sans reproche. D'après M. Moitry⁵² la théorie de la jurisprudence constitue une sévère restriction à l'arbitrabilité, dans la mesure où la violation de l'ordre public par le contrat - ou dans certains cas, par la convention arbitrale elle-même - est une hypothèse fréquente, ou du moins hautement plausible, dans le contexte de l'ordre public économique.

La jurisprudence arbitrale, à l'instar de la jurisprudence française ne considère pas le caractère d'ordre public des règles applicables aux litiges comme un facteur d'incompétence de l'arbitre. Dans une sentence du 16 mars 1964⁵³, le tribunal arbitral a déclaré que : « *la règle de l'interdiction de compromettre sur des questions touchant à l'ordre public ne signifie pas, ni n'a jamais signifié, que tout litige relatif à une convention ou opération soumise à certains égards à une réglementation d'ordre public se trouverait de ce fait soustrait à tout arbitrage* ». Plus récemment, dans l'affaire CCI n° 6719 de 1991,⁵⁴ le litige opposait un demandeur syrien à deux défendeurs italiens à propos de l'exécution d'un contrat d'agence portant sur la vente à l'Irak de matériel militaire. Le tribunal arbitral devait faire application des résolutions des Nations Unies de 1990 relatives à l'embargo décidé envers l'Irak, les défendeurs prétendaient que le litige était inarbitrable. Pour eux, « *la réglementation d'ordre public international en cause (l'embargo de l'ONU) rendait les droits indisponibles et excluait l'arbitrabilité* ». Le tribunal va reconnaître l'arbitrabilité du litige en relevant notamment : « *qu'il faut se garder de confondre l'application par l'arbitre international de disposition d'ordre*

⁵¹ CA.Paris,12/2/1989,JCP, 1989, note Level.

⁵² Moitry, *Arbitrage international et droit de la concurrence : vers un ordre public de lex mercatoria*. Rev. Arb, 1989, n° 1, p 8.

⁵³ Rev.Arb, 1964.131, citée par Racine, p 33.

⁵⁴ JDI, 1994, 1071, obs, J.J.Arnaldez.

public d'une part et l'inarbitrabilité du litige d'autre part. Le seul fait que la nature du litige puisse amener l'arbitre à appliquer certaines règles juridiques d'ordre public ne signifie pas que le litige devient de la même inarbitrable. L'arbitre doit respecter les règles d'ordre public international, mais il n'a pas à se déclarer incompétent ».

Enfin, si les choses apparaissent clarifiées en ce qui concerne l'arbitrabilité d'une matière imprégnée par l'ordre public. Une controverse a été soulevée par de nombreux auteurs. Cette controverse se présente dans les termes suivants : L'arbitre qui constate un vice de contrat litigieux non susceptible de confirmation, peut-il prononcer la nullité de l'acte irrégulier ou bien doit-il s'abstenir au motif que cette nullité même lui ôte son pouvoir juridictionnel ?

§ 2 : Le pouvoir de l'arbitre à sanctionner le contrat illicite.

Si on se réfère au système ainsi établi par la jurisprudence précitée, L'arbitre qui constate une nullité des contrats pour violation de l'ordre public, ne dispose pas de pouvoir de sanction, et ne peut alors que se déclarer incompétent. Ce système a été vigoureusement critiqué et plusieurs auteurs avaient relevé cette bizarrerie que représentait la position de l'arbitre, qui est tenu pour vérifier la licéité du contrat principal pour enfin de compte rendre une décision d'incompétence lorsque l'illicéité est bien réelle.

M.Mayer⁵⁵, en critiquant ce paradoxe, déclare : « il est franchement curieux qu'ayant fait ce qui est le plus difficile, constater l'illicéité, l'arbitre ne puisse aller jusqu'au bout et prononcer la nullité, après tout cela irait dans le bon sens celui de la lutte contre l'illicéité sans aucun danger ». Une doctrine majoritaire⁵⁶ considère désormais que si l'arbitre peut appliquer les textes d'ordre public, il doit également pouvoir en tirer les conclusions sur la validité et l'invalidité du contrat. Le litige ne devenant pas subtilement inarbitrable lorsque l'arbitre constate la violation de l'ordre public et donc l'invalidité du contrat.

Dans la même ligne M.Cohen⁵⁷, estime que l'arbitre doit pouvoir constater la violation de l'ordre public. Il apparaît en effet illogique qu'on lui reconnaisse la possibilité de vérifier si telle violation existe et de continuer sa mission en cas de réponse négative, mais de s'estimer incompétent en cas de réponse négative. Le meilleur moyen, poursuit l'auteur, de faire respecter l'ordre public reste encore de pouvoir sanctionner sa

⁵⁵ Mayer. *Le contrat illicite*, Rev. Arb, 1984, n° 2, p 206.

⁵⁶ E.Gaillard, *J-CL droit international, convention d'arbitrage, arbitrabilité*, Fasc. 586-3.

⁵⁷ Cohen, *Arbitrage et société*, précité, p 20

violation. Interdire un tel pouvoir à l'arbitre est alors dangereux, car l'arbitre sera plus tenté de continuer sa mission en estimant que la violation de l'ordre public n'existe pas que de déclarer que le contrat viole l'ordre public et de se déclarer par la suite incompétent.

La jurisprudence française s'est ralliée à cette opinion dans deux arrêts d'une portée particulièrement importante, même s'ils ne concernent que l'arbitrage international.

Le premier arrêt a été rendu par la cour d'appel de Paris, le 29 mars 1991 dans l'affaire *Ganz*⁵⁸. En l'espèce trois marchés ayant pour objet la livraison de matériels ferroviaire à la *société nationale des chemins de fer tunisiens (SNCFT)* par une société de droit hongrois *Ganz* avaient été conclus entre la République Tunisienne et la République de Hongrie. A la suite d'une décision gouvernementale, la société *Ganz* fut scindée en sept sociétés distinctes, dont l'une a été chargée de reprendre à son compte les trois contrats. La société tunisienne saisit alors le tribunal arbitral pour faire déclarer : « *la décision de scission inopposable comme contraire au droit Français applicable au contrat, et comme frauduleuse et spoliatrice, heurtant en tant que tel l'ordre public international* ».

Le tribunal arbitral ayant jugé que les sept sociétés solidairement tenues au titres des marchés passés par leur auteurs, ces derniers formant alors un recours en annulation dont un des moyens, fondé sur l'article 1502-1° NCPC, invoquait une nouvelle fois l'inarbitrabilité du litige, en effet, les sociétés *Ganz* font grief au tribunal arbitral d'avoir statué sur une convention nulle en vertu de l'article 2060 du code civil, cette inarbitrabilité peut résulter soit de la matière, soit de l'existence d'une violation de l'ordre public que les arbitres ne pourraient sanctionner ce qui remettrait en cause l'investiture du tribunal arbitral.

Ce grief a été rejeté par la cour, en déclarant : « *qu'en matière internationale, l'arbitre a compétence pour apprécier sa propre compétence quand à l'arbitrabilité du litige au regard de l'ordre public international, et dispose du pouvoir d'appliquer les principes et règles relevant de cet ordre public ainsi que de sanctionner leur méconnaissance éventuelle, sous le contrôle du juge de l'annulation, (...) hors les cas où la non arbitrabilité relève de la matière- en ce qu'elle intéresse au plus près l'ordre public international et exclut de manière absolue la compétence arbitrale du fait de nullité de la convention d'arbitrage- l'arbitre international, dont la mission consiste aussi à assurer l'ordre public international, a le pouvoir de sanctionner les comportements contraires à la bonne foi...* ».

⁵⁸ Arrêt *Ganz*, CA Paris, 1^{er} ch. sup, Rev. Arb 1993, p 478. note Idot.

Cette décision constitue une étape décisive dans un mouvement jurisprudentiel entamé avec l'affaire *Tissot*.

En effet, elle confirme d'une part un principe déjà connu en droit positif, celui de *compétence-compétence*, c'est à dire la compétence de l'arbitre à apprécier sa propre compétence, il a donc le pouvoir d'appliquer les principes et les règles relevant de cet ordre public. D'autre part, la cour admet surtout le pouvoir des arbitres à sanctionner la violation de l'ordre public.

Cette solution a été saluée par la doctrine. Ainsi, Mme Idot⁵⁹ déclarait à ce propos : « la solution appelée de ses vœux par la doctrine ne peut qu'être approuvée. L'arbitre n'a pas de pouvoir comme le juge étatique de droit commun et doit comme lui avoir la possibilité d'annuler un contrat, ou certaines de ses clauses, qui violeraient des règles d'ordre public, ou encore attribuer des dommages et intérêts à la partie lésée ».

Cette position moins restrictive à l'égard des pouvoirs de l'arbitre a été confirmée par la même cour⁶⁰, en effet, statuant, sur un litige impliquant le droit communautaire de la concurrence, la cour d'appel de Paris a confirmé sa position antérieure dans une formule similaire, en disant : « *si le caractère de droit 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 de règles d'ordre public ? Peuvent être directement appliquées aux relations des parties en cause, même si celles-ci n'ont pas toutes ensemble attiré à la procédure arbitrale* ».

L'effort jurisprudentiel déployé par la cour d'appel de Paris, semble néanmoins arrêté à mi-chemin, car à ce jour, la situation de l'arbitrage en droit interne n'est pas claire.

Certains auteurs s'interrogent à cet égard sur la possibilité de transposer les solutions apportées par les deux arrêts en matière interne.

Mme Idot⁶¹, favorable à cette transposition, s'interroge dans sa note : « pourquoi l'arbitre interne aurait-il moins de pouvoir que l'arbitre international, dès lors bien évidemment que la convention d'arbitrage dont il tire précisément ses pouvoirs est valable ? »

⁵⁹ Idot, *L'arbitrabilité des litiges...*, précité, p 12

⁶⁰ Arrêt Labinal, CA Paris, 1^e ch. Rev.Arb 1993, n° 4, p 655.

⁶¹ Idot, *L'arbitrabilité des litiges...*, précité, p 18.

Dans la même ligne, M. Jarosson⁶² estime que la solution adoptée par la cour d'appel de Paris en matière internationale, trouve son application en matière interne sans attendre un arrêt spécifique qui la consacre.

Il tire ses arguments d'après les considérations des arrêts ayant admis le principe.

En effet, celles-ci commencent par le terme - en matière internationale - et que celui-ci « le terme » est justifié par le fait que les deux affaires étaient précisément internationales.

Cette approche n'est pas partagée par tous. En effet, est-il nécessaire de rappeler que le juge a toujours admis des solutions plus souples en matière internationale.

Mme Idot ⁶³propose une autre approche qui se base sur l'autonomie de la clause compromise.

En effet, selon l'auteur, l'arbitre est dans la même situation qu'un juge de droit commun, rien ne lui interdit de prononcer une nullité, dès lors que le prononcé ne remet pas en cause la convention dont il tire précisément ses pouvoirs.

La solution en matière interne peut être ainsi rattachée au principe de l'autonomie de la clause compromissoire, il pourrait en être différent si la nullité du contrat illicite entraîne la nullité de la clause compromissoire.

Mais, dès lors que l'on admet également l'autonomie de la clause compromissoire, la solution doit être généralisée en matière interne.

En adoptant un principe général de l'arbitrabilité, qui ne trouve de limite que dans les matières exclues par leur nature de l'arbitrage, la jurisprudence française clarifie une situation rendue complexe et floue par des dispositions ambiguës.

La jurisprudence arbitrale a, aussi à l'instar de la jurisprudence française connu deux périodes marquées par deux sentences souvent citées par les auteurs :

La première a été rendu par l'arbitre Lagergren⁶⁴ (on ne s'attardera pas sur les faits de l'affaire), En effet, après s'être référé à la loi française pour la déclarer applicable au contrat comme loi du siège de l'arbitrage et constater que le contrat litigieux est nul, comme contraire à l'ordre public français, il observe, en tant que besoin, que la loi

⁶²Jarosson, *L'arbitrabilité...*, précité, p 6.

⁶³L. Idot, *L'arbitrabilité des litiges...*, précité, p 11.

⁶⁴ Sentence n°110/1963, citée par J.Lew. In *Applicable Law international Commercial Arbitration*, New York, 1978. p 553 et s.

argentine contient des dispositions analogues sur la l'illicéité de la cause, il estime en outre, que s'agissant d'un arbitrage international, il est autorisé à invoquer, au-delà des ordres publique internes, français et argentins, un ordre public « réellement » international, mais malgré cela, il refuse de se prononcer sur le fond, et se déclare incompétent, aux motifs que n'est pas arbitral un litige relatif à un contrat dont la cause est illicite au regard des bonnes mœurs et de l'ordre public international ⁶⁵.

Cette position n'a pas résisté à la critique ni de la doctrine, ni des praticiens. Une sentence⁶⁶ a été rendue par la suite pour reconnaître au tribunal arbitral le pouvoir de statuer sur le fond, et en sanctionner les actes illicites.

Cette sentence a été rendue à l'occasion d'un litige opposant les sociétés *Hilmarton* à *la société Omnium de Transaction et valorisation (OTV)*.

En, l'espèce, la société *OTV*, soucieuse de participer dans les meilleurs conditions à un concours d'appels d'offres lancé par les autorités algériennes relativement à l'étude et à la réalisation des lots d'équipement du projet d'assainissement de la ville d'Alger en 1980, a conclu avec la société *Hilmarton* un protocole d'accord, aux termes duquel celle-ci se voyait confier « une mission de conseil économique et fiscal ainsi que la coordination dans le domaine administratif entre les participant à l'exécution dudit projet », en contrepartie d'honoraires fixés à 4% « du montant total du contrat »

Ce contrat, prévoyait une clause *d'electio juris* en faveur de la loi suisse, et prévoyait que tout litige dont il pourrait être l'objet serait « résolu par arbitrage de la Chambre de Commerce international », lequel se déroulait alors à Genève par référence à la loi du canton de Genève, était soumis à la condition suspensive de l'obtention, par *OTV*, du marché de fourniture et d'installation pour lequel elle concourait. Cette condition s'étant trouvée réalisée à la fin de l'année 1983, *Himarton* a obtenu de son cocontractant le paiement en 1984, de la somme totale 2 494 485,80 F, représentant approximativement la moitié des honoraires qui lui étaient dus. En revanche, *OTV* s'est refusée à régler l'autre moitié, qui lui a été refusé à régler l'autre moitié, qui lui réclamé l'année suivante, pour les raisons qu'elle fait connaître dans les termes qui méritent d'être reproduits : « les carences dont vous avez fait preuve dans le respect du contrat qui nous lie nous ont crée de graves difficultés avec notre client ; des interventions directes de notre société ont permis d'en éviter certaines avec les contreparties nécessaires dont il conviendra de tenir compte pour amender notre contrat ».

⁶⁵ A.S.El Kousheri.P.Leboulanger, *L'arbitrage face à la corruption et aux trafics d'influence*, *Rev.Arb* 1984, p 3.

⁶⁶ V.Heuzé, *La morale, l'arbitre et le juge*, *Rev.Arb*, 1993, n°2, p 179.

Quoique *Hilmarton* ait accepté, par principe, de «prendre en considération les versement qui auraient pu être faits directement par OTV à des représentant locaux », aucun accord n'a pu être trouvé par les parties pour résoudre leur différend. En conséquence, *Hilmarton* a saisi la CCI, laquelle a désigné comme arbitre, M.X, avocat à Genève. C'est alors que devant celui-ci, la société défenderesse a soulevé la nullité du contrat pour violation de la loi algérienne du 11 février 1978 relative au monopole de l'Etat algérien sur le commerce extérieur.

L'arbitre s'est livré, sur le fait de la cause, à une enquête très approfondie. Il a tout d'abord constaté qu'il n'existait aucune trace d'exécution effective, par *Hilmarton*, de l'activité de consultant et de coordinateur qui lui avait été formellement confiée par le protocole de 1980.

Ensuite, Il a déduit que la société *Hilmarton* a essentiellement exercé une activité proche de celle d'un service de renseignements commerciaux à caractère plus au moins confidentiel, assimilable à l'espionnage économique. En revanche, il a estimé qu'en dépit d'un certain nombre d'indices troublants, il ne pouvait être formellement établi qu'*Hilmarton* avait effectivement amenée à verser des pots-de-vin aux autorités algériennes.

Pour autant, le contrat ne lui est pas moins paru radicalement contraire à la loi algérienne du 11 février 1978 qui, en tant qu'elle vise à lutter contre le trafic d'influence, poursuit un but, non seulement légitime, mais encore partagé par la plupart des législations européennes. De cette dernière circonstance, il a déduit que l'accord litigieux violait « l'ordre public transnational », et qu'il était par la suite contraire aux bonnes mœurs au regard de la *lex contractus* suisse. *La nullité du contrat en résultant n'ayant pas*, selon l'arbitre, *pour conséquence de le rendre incompétent*, il a débouté la société *Hilmarton* de ses demandes.

En somme, s'il est admis aujourd'hui que l'arbitre doit pouvoir sanctionner la violation de l'ordre public, certains auteurs⁶⁷ ont cru bon de faire une distinction dans la manière de la saisine de l'arbitre. Ainsi, selon cette tendance, un arbitre serait compétent pour apprécier la violation s'il était saisi à titre incident (violation alléguée à titre d'incident).

Cela concerne le cas où l'arbitre a été sollicité par une partie afin d'obtenir l'exécution du contrat ou sa résolution ou des dommages et intérêts pour inexécution et que l'autre partie invoque la nullité du contrat pour violation de l'ordre public.

⁶⁷ Level, *L'arbitrabilité.*, précité, p 237

L'arbitre qui sera amené à examiner le contenu du contrat même si celui-ci est soumis à une réglementation d'ordre public, va pouvoir apprécier sa licéité, il ne peut prendre, en effet, le risque d'ordonner l'exécution du contrat en sachant qu'il y avait un contrôle, à posteriori, par le juge étatique.

Par contre, selon toujours la même tendance, l'arbitre saisi à titre principal d'une demande d'annulation du contrat pour violation de l'ordre public, n'est pas compétent pour statuer sur telle demande et M. Motulsky⁶⁸ déclarait à ce propos qu'il ne serait pas conforme à la vocation de l'arbitrage qu'un arbitre statue dans ce cas.

Cette distinction est rejetée par de nombreux auteurs, parmi eux M. Mayer⁶⁹ qui dans un article de référence démontre que cette différenciation est dénuée de tout fondement.

En effet, il fait remarquer, qu'il n'est pas plus sûr pour l'arbitre de déclarer le contrat licite lorsque la question lui est posée à titre principal, que d'ordonner l'exécution d'un contrat qu'il considère comme illicite.

Il ajoute ensuite que la partie qui à intérêt à invoquer l'illicite, pourrait tirer avantage de la différence de solutions. Elle eut en effet, le choix d'attendre d'être assignée en exécution et alors la question serait soumise au juge seul compétent, ou au contraire, de prendre le devant en soumettant la question de licéité à l'arbitre.

L'autorité compétente dépendait ainsi de l'attitude de celui qui ne veut pas exécuter le contrat. Par ailleurs, la jurisprudence française de son côté ne fait aucune distinction entre violation alléguée à titre principal ou violation à titre incident, pour permettre à l'arbitre d'apprécier ou non la licéité du contrat principal.

Si le débat doctrinal semble ainsi clos sur la manière de la saisine de l'arbitre, une autre question s'impose, l'arbitre pourrait-il ou même devrait-il sanctionner d'office la violation de l'ordre public?

La doctrine adopte une position assez réservée en la matière. Dans la mesure où l'arbitre tient son investiture de la convention des parties, il semblerait qu'il ne puisse sanctionner la violation de l'ordre public qu'à condition d'être saisi d'une demande en ce sens par l'une des parties, sous peine de statuer *ultra petita*. A cet égard, il a été suggéré de recommander à l'arbitre de se déclarer incompétent afin de ne pas ordonner

⁶⁸ Motulsky, note sous Paris 1^e Ch. – sup, 24 Nov. 55, JCP 56, II, 90799.

⁶⁹ Mayer, *Le contrat illicite, précité*, p 214.

l'exécution d'un contrat qu'il sait manifestement illicite⁷⁰. Cette position a été confirmée récemment par la jurisprudence⁷¹

Cette conception n'est pas partagée par la plupart des auteurs, parmi eux. M. Moitry⁷², qui a dénoncé cette vision : « il est pour le moins curieux qu'un arbitre, nommé par les parties, il est vrai, mais doté d'un pouvoir juridictionnel, puisse être ainsi mutilé dans son appréciation des éléments de fait de litige au point de ne pouvoir recourir à certaines qualifications parce qu'elles seraient en dehors de sa mission. La véritable mission de l'arbitre est de rendre une solution conforme au droit, dont la teneur exprime la cohérence globale des systèmes juridiques, sans qu'elle dépende de la négligence ou des concertations frauduleuses des parties ». De même, M. Loquin⁷³, déclare que cette conclusion n'est pas admissible, il distingue, en effet, selon la nature affectant la convention la convention d'arbitrage. Si celle-ci est une nullité de protection, les parties, en renonçant à contester la nullité de la convention d'arbitrage, ont voulu confirmer la compétence du tribunal arbitral, à un moment où les droits protégés par la loi sont devenus disponibles. A l'inverse, si la nullité affectant la convention d'arbitrage est une nullité résultant de l'ordre public de direction, la nullité doit être d'office soulevée par le tribunal arbitral.

La ligne ainsi tracée par la jurisprudence permet de distinguer deux séries de situations en matière d'arbitrabilité objective.

La première, celle dans laquelle seule la considération de la matière suffit à exclure l'arbitrabilité (divorce...). Un auteur⁷⁴ a appelé ce denial l'arbitrabilité *per-se*.

La deuxième, celle dans laquelle le contrôle du respect des exigences fondamentales du droit ne sera assuré qu'à travers la notion d'ordre public, au sens de l'article 1502 NCPC français⁷⁵ et de l'article 1056 CPCA algérien rédigés dans les mêmes termes, c'est à dire au moment du contrôle de la sentence par le juge étatique.

⁷⁰ D. Cohen, *Arbitrage et société*, précité, p 23.

⁷¹ *Affaire Thales c/ Euromissiles*, CA Paris, 18 nov.2005 ; *Rev.Arb* 2005. p. 751. *Commentaire L.di Branzo*, *L'illicéité « qui crève les yeux » : critère de contrôle des sentences de l'ordre public international*.

⁷² Moitry, *Arbitrage international et droit de la concurrence : vers un ordre public de lex mercatoria*. *Rev. Arb*, 1989, n° 1, p 12.

⁷³ E.Loquin, J-CL, *Procédure civile, Convention d'arbitrage, Litiges arbitrables*, Fasc. 1024, p 9

⁷⁴ Level, *L'arbitrabilité*, précité, p 234.

⁷⁵ *L'article 1502 du NCPC français dispose « L'appel de la décision qui accorde la reconnaissance ou l'exécution n'est ouvert que dans les cas suivants :*

- si l'arbitre a statué sans convention d'arbitrage ou sur une convention nulle ou expirée. (...)
- si la reconnaissance ou l'exécution est contraire à l'ordre public international ».

Cette vision correspond à la définition proposée par M. Mayer⁷⁶, selon laquelle : « l'arbitrabilité s'entend d'un litige ou d'une question de droit impliquée dans un litige en raison de sa nature. La non arbitrabilité devrait être l'impossibilité d'examiner une question indépendamment de la réponse qu'elle comporte ».

Ainsi demeure soustrait à l'arbitrage, le noyau dur, constitué par l'arbitrabilité *per-se*.

En adoptant cette méthode, l'arbitrabilité des litiges peut être ainsi définie par la seule référence en critère de disponibilité de droit, ainsi que l'autorise l'article 2059 C.civ français et de l'article 1006 CPCA algérien.

Le contrôle de l'ordre public sera simplement effectué au niveau de la sentence. La solution aurait le mérite de la clarté et de la simplicité sans pour autant céder aux risques de l'inefficacité, estimait M. Cohen⁷⁷.

Toutefois, une prudence s'impose aux praticiens car même dans ce cas il y a une controverse au sein de la doctrine. En effet, selon M. Goldman⁷⁸, cette prétendue appréciation de la non arbitrabilité des matières d'ordre public seulement au niveau de la sentence est une autre question que l'arbitrabilité. C'est une question de régularité, validité de la sentence ce qui est tout autre chose.

Les problèmes liés aux recours à la notion de la libre disposition des droits litigieux et l'ordre public dans la détermination de l'arbitrabilité objective étant nombreux, certains droits nationaux ont opté pour un critère alternatif, plus simple et plus clair⁷⁹ comme celui de « cause patrimoniale », c'est ce critère qui prévaut en Suisse depuis la réforme de 1987. L'article 177 al.1, de la loi sur le droit international privé dispose que « toute cause de nature patrimoniale peut faire l'objet d'un arbitrage ». Un tribunal suisse a précisé la notion en décidant qu'elle recouvre :

*« Toutes les prétentions qui ont une valeur pécuniaire pour les parties, à titre d'actif ou passif, autrement dit les droits qui présentent pour l'une au moins de celles-ci, un intérêt pouvant être apprécié en argent »*⁸⁰

⁷⁶ Mayer, *Le contrat illicite*, précité, p 218.

⁷⁷ D. Cohen, *arbitrage et société*, précité, p 134.

⁷⁸ B. Goldman, *Competition and arbitration law*, C.C.I. 1993., p 334.

⁷⁹ Une partie de la doctrine française en particulier, considérant la notion de droit indisponible comme une notion très "fuyante" note qu'on "gagnerait à dégager un critère plus clair", Fouchard, *Traité de l'arbitrage commercial international*, note 74, p 356 ; Dans la même ligne, M. Gaillard, déclarait à propos de l'utilisation du critère de disponibilité de droit : « ce critère n'est guère plus heureux (que celui de l'article 2060) et devait progressivement faire face au critère plus simple et plus conforme au fondement de la non arbitrabilité qu'est le critère de la cause patrimoniale », précité, p 23.

⁸⁰ 23 juin 1992, *Fincantieri*, ATF 118, II, p.356, bulletin ASA, 1993.

Seules les causes de nature extrapatrimoniale sont donc inarbitrables.

Le même critère a été introduit dans la loi allemande du 22 décembre 1997. Le paragraphe 1030 nouveau Code de procédure civile dispose que :

«Toute cause de nature patrimoniale peut faire l'objet d'une convention d'arbitrage. Une convention d'arbitrage portant sur des causes de nature non patrimoniale entraîne des effets juridiques lorsque les parties sont libres de transiger sur l'objet du litige »

La loi allemande⁸¹ combine donc le critère de la nature patrimoniale et le critère de la libre disponibilité des droits. En d'autres termes, même lorsque la cause est non patrimoniale, le litige pourrait être arbitral si les parties ont la libre disponibilité de leurs droits.

Quelle est en soi la relation entre le critère patrimonial de la cause, celui de la disponibilité des droits et la notion d'ordre public ? D'une part, dans un système comme celui du droit suisse où le caractère patrimonial de la cause est le critère retenu pour définir l'arbitrabilité des litiges, l'ordre public n'intervient plus que dans la limite de la compétence exclusive des juridictions étatiques. D'autre part, patrimonialité et disponibilité se recoupent généralement en ce sens qu'un droit patrimonial est généralement disponible et un droit extra patrimonial est indisponible, sauf quelques exceptions.⁸²

Chapitre II : Application de l'arbitrabilité dans des matières sensibles.

La question de l'arbitrabilité des litiges internes et internationaux n'a pas suscité ni difficulté ni intérêt, dans des matières évidentes telles que le divorce et le droit pénal. En revanche, elle fait l'objet d'un débat doctrinal et de nombreuses décisions judiciaires dans des matières sensibles comme le droit de la concurrence (section 1), la propriété

⁸¹ *La nouvelle Loi allemande d'arbitrage, Rev. Arb.1998, p 441.*

⁸² *B.Fauvarque-Cosson, Libre disponibilité des droits et conflits des lois, LGDJ, 1996, p 153 et s.*

intellectuelle (section 3) et la procédure collective - droit de la faillite et liquidation judiciaire en Algérie-(section3),

Section 1 - L'arbitrabilité des litiges intéressant le droit de la concurrence

Bien que le recours à l'arbitrage comme moyen de règlement des litiges mettant en jeu l'application des règles de la concurrence ait été admise très largement ces dernières années dans la plupart des pays, et qu'aucun droit de l'arbitrage n'exclut l'arbitrabilité des litiges intéressant la concurrence.⁸³

Cette reconnaissance demeure néanmoins relative. En effet, la concurrence est un instrument essentiel de l'économie du marché et du développement harmonieux des échanges. Les règles réglant la matière revêtent incontestablement un caractère impératif qui s'impose aux entreprises. Ces lois contiennent à la fois des dispositions relevant du droit privé, du droit public administratif et/ou droit pénal.

La particularité de la matière pose des difficultés à l'arbitre. En effet, il doit combiner entre les principes généraux de l'arbitrabilité et les dispositions spécifiques en la matière, ce qui est loin d'être facile et la problématique arbitrabilité –disponibilité–ordre public s'est particulièrement illustrée dans ce domaine.

La jurisprudence internationale a déployé de grands efforts pour clarifier la situation, il est important à cet égard d'étudier en premier lieu l'évolution de cette jurisprudence (§1), avant d'examiner l'état actuel de l'arbitrabilité à travers la réglementation algérienne en la matière (§2).

§ 1 : L'évolution de la jurisprudence internationale en matière d'arbitrabilité des problèmes de concurrence.

Les litiges relatifs aux accords restrictifs de concurrence lesquels ne sont pas nécessairement prohibés- sont-ils susceptibles d'un règlement par voie d'arbitrage : litiges relatifs à l'inexécution d'un contrat ou, plus fondamentalement, contestations concernant leur validité vis-à-vis du droit de la concurrence ?

Confronté à l'argument d'une des parties, selon laquelle le contrat est nul pour violation du droit de la concurrence, l'arbitre doit-il statuer sur la question ou suspendre

⁸³ D.Hascher, *Introductory report, arbitration and competition law, CCI, 1993, p 167*

la procédure en attendant que la question soit tranchée par les tribunaux compétents pour en connaître ?

La jurisprudence étatique en la matière, à l'instar des sentences arbitrales, traduit bien l'évolution qui s'est manifestée par une ouverture de plus en plus marquée de l'arbitrabilité.

1 : La jurisprudence des tribunaux étatiques.

Nous abordons l'évolution qui s'est produite en la matière aux Etats-Unis⁸⁴ et en France. En effet, l'examen de la jurisprudence, précitée, est nécessaire à la compréhension de cette évolution. L'étude de cette jurisprudence étrangère s'avère donc primordial, eu égard à son antériorité à la réglementation algérienne en la matière.

A) : La jurisprudence américaine.

Des jurisprudences nationales qui ont eu à se prononcer sur les rapports entre arbitrage et droit de la concurrence, la jurisprudence des tribunaux des Etats-Unis d'Amérique est celle dans laquelle le problème de l'arbitrabilité a été exposé le plus clairement et avec plus de franchise.⁸⁵

L'un des premiers arrêts significatifs en la matière a été rendu en 1968 par une cour d'appel fédérale (*affaire American Safety v-Maguine*) à propos d'un litige relatif à un contrat de licence de marque. L'arrêt invoque plusieurs arguments pour rejeter la compétence des arbitres. En effet, selon l'arrêt, il convient dans un souci de protection de la partie la plus faible d'empêcher l'autre partie, en situation de monopole, d'imposer l'arbitrage pour les questions de la concurrence. La complexité de ce type d'affaires constitue, poursuit l'arrêt, est un argument supplémentaire en faveur de la compétence des tribunaux étatiques sur la procédure arbitrale. En effet, les tribunaux étatiques ont plus de capacité à réunir les preuves des infractions en droit de la concurrence qu'un tribunal arbitral.

Cette jurisprudence qui a été appliquée par d'autres cours d'appel avant l'intervention de la Cour suprême, a été réformée en 1985 par un arrêt⁸⁶ très célèbre considéré par certains comme le véritable détonateur d'un courant jurisprudentiel

⁸⁴ Carbonneau. T.E, *L'arbitrage en droit américain*, Rev.Arb, 1988, p 3-50.

⁸⁵ Goldman, *competition and arbitration law*, CCI, 1993, p156.

⁸⁶ Unites States Supreme Court, 2 juillet 1985,105. S Ct. 3346(1985); *Yearbook Commercial arbitration*, 1986, p 555.

favorable à l'extension de l'arbitrabilité en matière de concurrence. (*Affaire Mitsubishi Motors v Soler Chrysler-Plymouth*).

Les faits soumis à la Cour suprême dans cette affaire sont relativement complexes. En l'espèce, le grand fabricant japonais de voitures automobiles avait accordé à *Soler* la concession exclusive de la vente de ses véhicules à Porto Rico, île qui appartient aux Etats-Unis, avec l'interdiction de les revendre en dehors de ce territoire et notamment sur le territoire des Etats-Unis continentaux. Or, *Soler* n'arrivant pas à écouler toutes les unités qu'il s'était engagé à commander, voulait passer outre cette interdiction. *Mitsubishi* prend alors l'initiative de recourir à l'arbitrage, qui doit se dérouler, conformément à la clause compromissoire, devant trois arbitres japonais siégeant à Tokyo selon les règles de l'association Japonaise de l'arbitrage international.

Soler soutient pour sa défense que la clause compromissoire de revente constitue une violation du *Sherman act*, et demande aux tribunaux fédéraux Américains de dire que le litige n'est pas arbitral, et que seuls les tribunaux fédéraux pouvant connaître des litiges relatifs aux droits anti-trust.

Pour la cour d'appel fédérale du premier circuit, l'arbitrage ne doit pas avoir lieu. Des arbitres, normalement issus de la communauté des affaires, ne devraient pas être autorisés à trancher des litiges qui impliquent entre autre des intérêts publics, surtout des intérêts vitaux comme ceux qui s'attachent au respect de la législation anti-trust. De plus, on ne peut que s'attendre, surtout de la part d'arbitres internationaux étrangers, à une réticence à appliquer des lois américaines anti-trust, d'autant que le contrat est soumis au droit suisse.

La Cour suprême renverse cette position par cinq voix contre trois (l'un des juges n'ayant pas participé à la décision). Tout d'abord, elle se déclare convaincue que les parties et surtout l'organisme d'arbitrage ont choisis des organismes compétents, consciencieux et impartiaux. D'autre part, puisque la question de la violation du *Sherman act*, est posée devant ces arbitres, ils devront bien la résoudre; même s'ils n'ont, la cour le relève, aucune allégeance envers les normes juridiques d'un Etat quelconque. Ils doivent au moins remplir la mission que les parties leur ont confiée. Le litige est donc renvoyé à l'arbitrage.

Il convient de signaler que cette jurisprudence a été transposée en matière d'arbitrage interne par une décision rendue par le District Court fédéral, district de Porto Rico le 17/11/1989.⁸⁷

⁸⁷ *International Arbitration Report, Vol 4,8(1989) ; Yearbook, 1989, p 637, voir aussi Racine, l'ordre public..., précité, p103*

Cet arrêt a servi, en reconnaissant en des termes généraux l'arbitrabilité des litiges en matière de concurrence, de détonateur et de modèle, tant pour les autres pays de la *Common Law* qu'en Europe occidentale, fait observer M.Honatiou⁸⁸.

B) : La jurisprudence française.

Les relations entre arbitrage et droit de la concurrence ont été évoqués pour la première fois en 1980 par la cour d'appel de Paris et la cour de Cassation à propos d'un contrat de droit interne. Ces deux hautes juridictions ont conclu à la nullité du compromis et par voie de conséquences, de la sentence qui en découlait, car l'objet du litige supposait l'application par les arbitres d'une clause de répartition des marchés constitutive d'une entente⁸⁹.

La cour d'appel de Paris a eu l'occasion, quelques années plus tard, de faire le point sur la question de l'arbitrabilité des litiges impliquant le droit de la concurrence.

C'est d'abord l'arrêt du 28/4/1988⁹⁰, qui déclare, à propos d'un contrat répartissant des activités industrielles entre les deux parties : « *qu'à supposer que l'interprétation donnée par l'arbitre du contrat soit contraire à l'ordre public, la nullité de la sentence ne pourrait être prononcée que dans la mesure où la solution adoptée sur le fond par l'arbitre heurterait elle-même l'ordre public* ».

C'est ensuite l'affaire *SPD v DPF* (arrêt du 20/6/1989⁹¹), qui a permis à la cour d'appel de Paris de clarifier sa position sur l'arbitrabilité en droit français. L'espèce concernait une sentence rendue en matière d'arbitrage interne dont l'annulation était recherchée au motif que les arbitres avaient admis le caractère arbitral d'un litige en dépit du caractère d'ordre public des règles du droit de la concurrence. A cela, la cour répond sans ambiguïté que l'arbitre ne doit pas s'effacer au prétexte que les règles de l'ordre public sont mises en cause :

« Considérant que les règles relatives à la concurrence relevant de l'ordre public en ce qu'elles ont un caractère impératif ...ainsi, tant l'ordonnance du 1/12/1986 que celle du 30/6/1945 organisent des procédures auxquelles il n'est pas

⁸⁸ Honatiou, *L'arbitrabilité, ..., précité*, p 143.

⁸⁹ *CA.Paris, Decaux v.Avenir publicité et Dauphin 22/05/1980, C. Co., 21/10/1981, Rev Arb 19 82, p 264, note Blaise*

⁹⁰ *Arrêt CA.Paris, 24/04/88, Rev Arb 89, 280, 1^e esp, note L. Idot.*

⁹¹ *Arrêt CA.Paris, 20/06/1989, Rev. Arb 19 89, 280, 2^e esp, note L.Idot*

⁹² *Goldman, competition and arbitration law, CCI, 1993, p 162.*

possible de déroger...que ce caractère d'ordre public n'est pas de nature à interdire a priori à la juridiction arbitrale de connaître d'un litige de nature contractuelle ou quasi délictuelle... ».

La cour s'arrête encore sur l'objet du litige en tant que test de l'arbitrabilité, d'après Goldman⁹², en énonçant que l'intervention de l'ordre public est liée à l'objet de la contestation. Elle en déduit que l'arbitre à compétence pour appliquer le droit de la concurrence mais n'a pas le pouvoir d'annuler le contrat si une violation apparaît. En effet, poursuit la cour, l'arbitre qui est juge privé ne possède pas *l'imperium* et ne peut donc sanctionner une violation de l'ordre public :

« Considérant que le caractère contractuel et privé de l'arbitrage interdit à la juridiction arbitrale... dans les autres matières régies par des dispositions impératives, de sanctionner une violation de l'ordre public, une telle prérogative appartenant aux seuls tribunaux de l'Etat ».

A première vue, on pourrait déceler une contradiction entre ces deux décisions. La première paraît en effet admettre sans limite l'arbitrabilité des litiges relatifs à la concurrence, puisqu'elle subordonne l'annulation de la sentence à la violation de l'ordre public dans cette décision elle-même, la seconde, en revanche, admet certes que l'arbitre puisse (et doive) examiner la comptabilité du contrat avec les règles de concurrence, mais non qu'il puisse lui-même sanctionner la violation d'une telle règle, s'il la constate. Mais en réalité dans la première affaire, la cour était saisie seulement de la nullité de la sentence, non de l'arbitrabilité, qui était en revanche contestée dans la seconde.

La cour n'en trace pas moins une limite aux pouvoirs des arbitres : ils peuvent constater la violation, par le contrat, du droit de la concurrence, mais non sanctionner cette violation, en prononçant la nullité.

La cour d'appel de Paris⁹³ par un arrêt très important consacre cette évolution, elle a permis de lever les dernières incertitudes en la matière.

Dans cette affaire, deux sociétés *Mors et Westland* avaient passé un accord de coentreprise pour répondre à un appel d'offres et concurrencer une troisième société, *Labinal*, particulièrement bien placée pour devenir adjudicataire. A la suite de différentes péripéties, *Mors* a assigné *Westland* et *Labinal* devant le Tribunal de commerce de Paris,

⁹²

⁹³ *Arrêt Labinal, JDI, 1993, p 957, note Idot.*

lequel a condamné ces deux sociétés pour entente illicite incompatible avec le marché commun. En appel, *westland* soutenait que le tribunal aurait dû se déclarer incompétent à son égard sur le fondement de la clause compromissoire figurant dans l'accord de coentreprise. *Mors* répliquait notamment que l'entente illicite relève de la compétence exclusive des juridictions étatiques.

La cour de Paris a réformé partiellement le jugement du tribunal de commerce en donnant raison à *Westland*.

Elle a notamment dit pour droit :

« .. Que l'arbitrabilité d'un litige n'est pas exclue du seul fait qu'une réglementation d'ordre public est applicable au rapport de droit litigieux;

Qu'en matière internationale, l'arbitre apprécie sa propre compétence quant à l'arbitrabilité du litige au regard de l'ordre public international et dispose du pouvoir d'appliquer les principes et les règles qui en relèvent ainsi que d'en sanctionner la méconnaissance éventuelle, sous le contrôle du juge de l'annulation;

... 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 de règles d'ordre public pouvant être directement appliquées aux relations des parties en cause, même si celles-ci ne sont pas toutes ensemble traitées à la procédure arbitrale ».

Le professeur Jarosson⁹⁴ n'a pas manqué de souligner que : " la solution du premier considérant doit être étendue à l'ordre public en général " et il ajoute, à propos des autres considérants : « la situation est désormais - et enfin – claire. L'arbitre procède en deux temps : il apprécie tout d'abord sa compétence en vérifiant si le litige est arbitral selon les règles d'ordre public applicables. Dans l'affirmative, il applique ces règles d'ordre public et peut-être ainsi conduit à prononcer toutes les sanctions qui ne sont pas incompatibles avec la nature de ses pouvoirs. Dans tous les cas, sa décision reste susceptible du contrôle du juge de l'annulation ».

2 : La jurisprudence des tribunaux arbitraux.

⁹⁴ Ch.Jarosson, *Rev.Arb.*1993. p 645.

Plusieurs sentences se sont prononcées en faveur de l'arbitrabilité en matière de concurrence, mais on n'en citera ici que deux sentences.

Ainsi, dans l'affaire CCI n° 1397 de 1966⁹⁵, l'arbitre siégeant en Belgique était saisi d'un litige qui opposait une partie française (demanderesse) à une partie italienne (défenderesse) à propos d'un contrat de licence exclusive de savoir-faire. En raison de non respect de la convention, la partie défenderesse invoquait la nullité de la clause compromissoire au regard des dispositions de l'article 85/1 du Traité de Rome.

L'arbitre a rendu une sentence rejetant cet argument : « *attendu qu'a l'appui de sa demande de surséance, la défenderesse [c'est la société italienne] allègue que les dispositions de l'article 85 du traité de Rome appartenant à l'ordre public communautaire, l'arbitre n'a pas qualité pour statuer sur leur application;...*

... la clause compromissoire ne serait nulle si elle tendait à déférer à un juge privé une matière qui relève d'autorités et de juridictions publiques, nationales ou communautaires; que l'arbitre est donc tenue d'attendre la décision de la commission...

Attendu certes qu'un litige portant essentiellement sur la validité ou sur la nullité d'un contrat au regard de l'article 85 du Traité de Rome serait en dehors de la compétence d'un arbitre et qu'aucune clause compromissoire ne pourrait avoir pour effet de substituer un juge privé à un juge public pour trancher un litige intéressant in se et per se l'ordre public

Attendu en revanche que, dans un litige de droit privé, si une partie invoque comme moyen de défense que la convention dont se réclame l'autre partie est nulle pour un motif d'ordre public et singulièrement pour violation de l'article 85 du traité de Rome, l'arbitre a le devoir d'examiner si se rencontrent dans la convention les conditions matérielles et juridiques dont la réunion entraînerait l'application de [l'article 85 du Traité de Rome ...]. ». Après avoir examiné le fond de litige, l'arbitre décidera qu'il n'y avait pas de contrariété avec l'article 85/1 du Traité de Rome et s'est prononcé sur les clauses exclusives du contrat de licence.

Dans une autre sentence rendue dans l'affaire CCI n° 4604 en 1984⁹⁶, un tribunal arbitral siégeant à Genève a statué sur un litige opposant une société italienne (demanderesse) à une société américaine (défenderesse) à propos d'un contrat de licence de marque soumis au droit italien, la défenderesse soulevant l'inarbitrabilité du litige en

⁹⁵ Clunet, 1974, p 880 et s, obs. Derains.

⁹⁶ Clunet, 1985, p 979, obs.Y. Derains, voir aussi Fouchard, Gaillard, Goldman, Traité de l'arbitrage..., précité, p 363 et s.

vertu des articles 85/1 et 2 du Traité de Rome et des articles 0379-2596 du Code civil italien. En premier lieu, le tribunal arbitral a tenu à montrer que *« tant que les dispositions d'ordre public ne colorent pas un litiges au point de le rendre non arbitral, l'arbitre, régulièrement saisi, est tenu de les appliquer au nom même de l'ordre public .Ainsi, si l'objet du litige ne porte pas directement sur le droit de la concurrence, son arbitrabilité ne devait pas être mise en doute. Bien plus, si ce même droit est invoqué pour s'opposer à l'exécution de certaines dispositions contractuelles qui n'intéressent pas directement le droit de la concurrence, l'arbitre est tenu d'appliquer ce droit pour vérifier qu'en donnant effet aux obligations, objet du litige, il ne doit pas effectuer une violation de l'ordre public »*.

En deuxième lieu, le tribunal arbitral s'est posé la question : pourquoi devrait-il se déclarer incompétent ? Il répondit que :*«si cette méfiance d'une certaine doctrine à l'égard de l'arbitre appelé à se prononcer sur des questions relevant du droit de la concurrence est motivée par le souci d'avoir une jurisprudence cohérente sur tous le territoire du Marché commun, la solution doit être recherchée non pas dans une réduction de compétences des arbitres, mais dans le changement de la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés qui dans l'arrêt Nordsee du 23 mars 1982, a conclu à la l'irrecevabilité des questions préjudicielles, au sens de l'article 177 du Traité de Rome, posées par les tribunaux arbitraux »*. En conséquence, le tribunal arbitral décide, en se fondant sur l'article 5 du concordat intercontinental sur l'arbitrage (en tant que loi du siège) mais également par référence à des ordres juridiques internes étrangers, que le présent litige est arbitral. Désormais, l'arbitrabilité des litiges relatifs à l'application du droit communautaire de la concurrence fait l'objet d'une jurisprudence arbitrale constante, concluait Fouchard.⁹⁷

§ 2 : L'arbitrabilité en matière de la concurrence en Algérie

La réglementation nationale donne à une autorité spécialisée, appelée Conseil de la concurrence, organisme rattaché auprès du chef de gouvernement, une compétence exclusive en matière de concurrence. Cette autorité⁹⁸ spécialisée a pour tâche de constater et de réprimer les infractions aux règles de la concurrence au moyen d'une action publique. L'arbitre juge privé dépourvu de répression ne peut prononcer de telles décisions.

⁹⁷ Fouchard, Gaillard, Goldman, *Traité de l'arbitrage...*, précité, p 364.

⁹⁸ Article 8 de l'ordonnance n°03-03 du 19 juillet 2003

Cependant, cet obstacle n'est pas total, il a été admis par la doctrine ainsi que par la jurisprudence que l'arbitre peut statuer sur des litiges impliquant le droit de la concurrence dans les domaines non réservés à cette autorité.

Pour saisir la place exacte de l'arbitrage dans ce domaine en Algérie, il convient de se référer à la réglementation en vigueur relative au droit de la concurrence.

Les règles du droit de la concurrence figurent actuellement aux articles de l'ordonnance n°03-03 du 19 juillet 2003.

Ces textes prohibent les pratiques restrictives de concurrence ainsi que les abus de position dominante.

Aux termes de l'article 06 de l'ordonnance du 19 juillet 2003 : « sont prohibées, lorsqu'elles ont pour objet ou peuvent avoir pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la libre concurrence dans un même marché ou, dans une partie substantielle de celui-ci, les pratiques et actions concertées, conventions et ententes expresses ou tacites... ».

Aux termes de l'article 07 : « est prohibé tous abus d'une position dominante ou monopolistique sur un marché ou un segment du marché... »

Les infractions à ces dispositions par les entreprises peuvent donner lieu à des sanctions pécuniaires (art 56-62).

L'ordonnance de 2003 crée un conseil de la concurrence, jouissant de la personnalité juridique (article 23). Ce conseil a compétence de décision, de proposition et d'avis qu'il exerce de son initiative ou à la demande, sur toute question ou toute action ou mesure de nature à assurer le bon fonctionnement de la concurrence.(article 34), il peut effectuer des enquêtes sur les conditions d'application de textes législatifs et réglementaires ayant un lien avec la concurrence(article 37), il peut être saisi par les juridictions traitant les affaires liées aux pratiques restrictives, telles que définies par l'ordonnance(article 38). Dans le cadre de ses attributions, le conseil ayant constaté après enquête des infractions au sens des textes et des injonctions motivées visant à mettre fin aux pratiques restrictives de concurrence, peut prononcer des sanctions pécuniaires (article 45, 56 et suivant).

Les décisions du conseil de la concurrence peuvent faire l'objet d'un recours auprès de la cour d'Alger, statuant en matière commerciale (article 63), ce recours est formulé, par les parties à l'instance, conformément aux dispositions du Code de procédure civile.

A la lecture de articles de l'ordonnance, on constate que celle –ci, instaure un système de compétence concurrentiel entre les différentes institutions nationales chargées de sanctionner les infractions à la dite ordonnance.

La question est de savoir si l'arbitrage peut-être inclus dans un tel système de compétence. La réponse à la question, dépendra de l'interprétation donnée aux notions de juridictions (article38)

Aux termes de l'art 38 ord 93 : «Pour le traitement des affaires liées aux pratiques restrictives, telles que définies par la présente ordonnance, les juridictions peuvent saisir le conseil de la concurrence pour avis.

L'avis n'est donné qu'après une procédure contradictoire, sauf si le Conseil a déjà examiné l'affaire concernée. Les juridictions communiquent au conseil de la concurrence, sur la demande, les procès verbaux ou les rapports d'enquête ayant un lien direct avec des faits dont le conseil est saisi ».

Pour M. Moitry⁹⁹qui commentait l'ordonnance française de la concurrence de 1986 et dont (l'article 38 de l'ordonnance algérienne de la concurrence est rédigé dans une formule similaire), l'article 26 al-1 de l'ordonnance 1986 vise à titre exclusif la juridiction pénale. Celles-ci ont une obligation d'information à l'égard du conseil de la concurrence, l'arbitre semble de ce fait exclu. Par contre l'al-2 semble inclure les arbitres. En effet, le terme juridiction semble plus large et la nature juridictionnelle de l'arbitre ne semble plus contestée aujourd'hui, poursuit l'auteur. L'article permet donc à l'arbitre de consulter le conseil de la concurrence afin d'obtenir tous les renseignements nécessaires à son travail de qualification des actes litigieux.

Il faut rappeler ici, à l'inverse de l'article 10 de l'ordonnance française de 1986 qui dispose que l'arbitre peut-être saisi par des entreprises pour apprécier une entente et ses positions dominantes ou une situation de dépendance économique. A l'issue de son appréciation de ces actes, l'arbitre peut déclarer soit que les comportements sont licites aux motifs, qu'ils assurent un progrès économique, soit au contraire elles sont nulles. Ainsi, il peut fixer des dommages et intérêts découlant d'une pratique restrictive et anticoncurrentielle. L'article 09 de l'ordonnance algérienne de la concurrence réserve ce droit au seul conseil de la concurrence, ceci montre la limite de la place accordée à l'arbitrage en matière de concurrence en Algérie

⁹⁹ Moitry, *L'arbitrage commercial ...*, précité, p 15.

Enfin, Comme il a été souligné précédemment, l'arbitrabilité des litiges impliquant le droit de la concurrence doit respecter, les limites fixées pour le droit commun de l'arbitrage et les limites résultant des textes spécifiques en la matière.

Section 2- L'arbitrabilité des litiges intéressant la propriété intellectuelle.

§ 1: Principes généraux de l'arbitrabilité.

La Convention¹⁰⁰ instituant l'Organisation Mondiale de la Propriété Intellectuelle (OMPI)¹⁰¹, définit en son article 2 la propriété intellectuelle comme étant :

« Les droits relatifs :

- aux œuvres littéraires, artistiques et scientifiques,

¹⁰⁰ Signée à Stockholm le 14 juillet 1967 et modifiée le 28 septembre 1979

¹⁰¹ Installé à Genève (Suisse), un Centre d'arbitrage et de médiation de l'OMPI a été créé en 1994. Son but est de proposer des services de règlement extrajudiciaire de litiges, parmi lesquels des services d'arbitrage et de médiation pour le règlement de litiges commerciaux internationaux entre particuliers ou entreprises privées. Les procédures proposées par le Centre sont largement reconnues comme étant particulièrement adaptées aux litiges concernant les hautes technologies, les arts du spectacle et d'autres aspects de la propriété intellectuelle.

- aux interprétations des artistes interprètes et aux exécutions des artistes exécutants, aux phonogrammes et aux émissions de radiodiffusion, aux inventions dans tous les domaines de l'activité humaines.
- aux découvertes scientifiques
- aux dessins et modèles industriels
- aux marques de fabrique, de commerce et de service, ainsi qu'aux noms commerciaux et aux dénominations commerciales
- à la protection contre la concurrence déloyale
- et tous les autres droits afférents à l'activité intellectuelle dans les domaines industriel, scientifique, littéraire et artistique ».

La propriété intellectuelle a pris une place considérable dans le commerce international. Depuis vingt ans, la technologie informatique a connu un développement sans précédent et l'évolution des systèmes de télécommunication a été fulgurante. Il en est résulté une multiplication des contrats en la matière et, avec eux, une multiplication des litiges.

Les litiges en matière de propriété intellectuelle peuvent concerner la matière des brevets, des dessins et modèles, les droits d'auteur, le droit des marques, les secrets industriels et le savoir faire (« *know-who* ») ou encore le domaine de la concurrence déloyale. Les litiges trouvent leur source dans différents types de contrats : contrat de licence de propriété intellectuelle, contrat de transfert de propriété intellectuelle (généralement dans le contexte d'un rachat d'entreprise), contrats relatifs au développement de la propriété intellectuelle (contrat de recherche ou contrat d'emploi).

La plupart des litiges trouvent leur source dans des contrats de licence, aux termes desquels le licencié se voit conférer pour une durée et un territoire déterminés, l'exploitation des droits de propriété intellectuelle. Les litiges concernant le règlement des redevances, la détermination de leur montant, l'étendue des droits concédés, les motifs justifiant la rupture du contrat, les indemnités à verser en cas de violation des obligations contractuelles, l'impact d'une infraction aux dispositions légales impératives, notamment en matière de droit de la concurrence

D'autre part, lors des transferts d'entreprise, il est courant que le vendeur donne à l'acheteur des garanties sur l'étendue et la validité des droits de propriété

intellectuelle, l'existence et la portée des licences détenues par la société ou accordées par celle-ci et l'état des enregistrements ou demandes d'enregistrement des droits de propriété intellectuelle concernés. Une procédure d'indemnisation est prévue au cas où les garanties s'avérait totalement ou partiellement inexacts. Les arbitres seront alors chargés de déterminer les cas échéant l'existence des droits, qui en est propriétaire, l'étendue des droits, sous réserve des questions d'arbitrabilité que nous examinerons ultérieurement, ainsi que les conséquences de leurs décisions sur les garanties et l'obligation éventuelle d'indemniser.

Enfin, les contrats de recherche et de développement génèrent également un contentieux spécifique, généralement lié à un manque de précision des dispositions contractuelles définissant les droits de l'employé, du chercheur ou de la société qui finance et en tout cas bénéficie des travaux de développement.

Il existe beaucoup d'autres situations dans lesquelles les parties peuvent recourir à l'arbitrage pour déterminer leurs droits respectifs en matière de propriété intellectuelle, notamment en cas de concurrence déloyale dans le contexte d'un contrat de distribution.

Les litiges en matière de propriété intellectuelle ont suscité traditionnellement un problème d'arbitrabilité à différents niveaux:

- D'une manière générale, la législation applicable admet-elle l'arbitrabilité des litiges en matière de propriété intellectuelle ? Dans toutes les matières ou dans certaines d'entre elles uniquement ?

- si l'arbitrabilité est généralement reconnue, quelles en sont les limites ? En particulier, les arbitres ont-ils le pouvoir de trancher les litiges relatifs à la validité des titres de propriété intellectuelle ? Dans l'affirmatif, cette compétence est-elle limitée à une décision à titre incident au préalable ? Où le tribunal arbitral peut-il également trancher la question à titre principal ? Et, dans l'affirmatif, sa décision est-elle limitée aux parties à l'arbitrage ou a-t-elle également un effet *erga omnes*¹⁰² ?

Les raisons qui justifient l'attitude totalement ou partiellement restrictive de certains Etats relativement à l'arbitrabilité des litiges en matière de propriété intellectuelle relèvent juridiquement de l'ordre public et ont une double origine :

¹⁰² *Erga omnes* est une locution latine signifiant : à l'égard de tous. On dit ainsi qu'une décision pénale a autorité de chose jugée *erga omnes*, quant à l'existence ou à l'absence d'un acte délictueux, et quant à l'imputabilité ou la non-imputabilité de cet acte à celui qui a été jugé.

D'une part, les titres, brevet ou marque, sont délivrés par une autorité publique et l'arbitre n'aurait pas le pouvoir de déclarer nul ou inexistant un acte de puissance publique ; d'autre part, ils ont pour objet de conférer à leur titulaire un monopole et donc restreindre la liberté du commerce et de l'industrie.

A cet égard M.Gurry¹⁰³ démontre que les différentes raisons invoquées ne résistent pas à l'analyse, qu'il s'agisse du fait que les droits de propriété intellectuelle sont des monopoles ou que certains droits sont consignés dans des registres destinés à informer le public de l'existence de droits exclusifs relativement à l'objet du titre ou du fait que les litiges les concernant doivent relever de la compétence exclusive des tribunaux étatiques en raison du caractère *erga omnes* des décisions rendues. Et l'auteur de conclure que, une fois reconnu le droit du propriétaire du titre de propriété intellectuelle d'en disposer librement, il est difficile d'identifier des motifs d'ordre public qui exigeraient que la question d'opposabilité du titre entre parties soit soustraite à la matière arbitrale.

En ce qui concerne l'argument selon lequel seule une décision d'un tribunal étatique peut affecter la validité *erga omnes* du titre qui a été accordé par l'autorité étatique et enregistré dans le registre public, l'on fait valoir qu'un arbitrage est une procédure initiée par contrat entre les parties, et qui va donner lieu à une décision liant ces parties uniquement. Lorsque la validité du titre est en cause, la question n'est donc pas sa validité *erga omnes* mais plutôt l'opposabilité du titre entre parties. Comme l'ont très bien fait remarquer MM. Bonet¹⁰⁴ et Jarosson en France, il ne faut en effet pas confondre validité et opposabilité du titre. La validité est un état de l'acte apprécié au moment de sa formation. Si l'arbitre devait statuer sur la validité d'un titre de propriété industrielle, sa décision ne pourrait alors avoir qu'un effet *erga omnes* car « dire qu'un acte n'est pas valable entre parties, mais valable en dehors d'elles, n'a en effet juridiquement aucun sens », d'après M. Racine¹⁰⁵. En revanche, un arbitre peut déclarer opposable ou inopposable entre les parties un titre de propriété industrielle. C'est donc « d'efficacité du titre entre les parties (notion qui renvoie à la force obligatoire du contrat portant sur le titre) qu'il faut parler ». D'où la conclusion de la doctrine que rien n'empêcherait que tous les litiges de propriété intellectuelle soient arbitrables, mais uniquement *inter partes*. Les sentences tranchant, par exemple, la question de la validité du droit, ne lieraient évidemment pas les autorités publiques qui les auraient accordées, ni les tiers. Les arbitres pourraient par ailleurs toujours, s'ils l'estimaient judicieux, suspendre la procédure d'arbitrage jusqu'à ce que les autorités ou les tribunaux

¹⁰³ F.Gurry, *Objective arbitrability*, CCI, bulletin, 1998, p 78.

¹⁰⁴ MM.Bonet, Jarosson, *L'arbitrabilité des litiges de propriété industrielle en droit français, colloque l'IRPI*, 1994, p 61.

¹⁰⁵ M.Racine, *L'arbitrage commercial...*, précité p 86.

compétents aient statué sur la validité du droit. Par ailleurs, selon M.Böckstiegel¹⁰⁶, même lorsque les Etats se réservent une compétence exclusive en la matière, l'arbitrabilité n'est pas pour autant exclue, l'intérêt public n'étant pas suffisant pour considérer la règle comme étant d'ordre public. Elle est simplement impérative.

L'on peut citer à titre d'exemple une sentence CCI n°6097 de 1989¹⁰⁷ qui a admis en application du droit allemand la possibilité de se prononcer sur la validité *inter partes* d'un brevet. Le litige opposait un demandeur japonais à un défendeur allemand et concernait l'exécution d'un contrat de licence d'exploitation dudit brevet, déposé en Allemagne fédérale. Le défendeur soulevait la nullité du brevet. Le tribunal arbitral siégeant à Zurich s'est déclaré compétent pour statuer sur la validité du brevet *inter partes*. Il fit notamment valoir que :

« Ce pouvoir de décision n'affecte pas la valeur formelle de brevet accordé en Allemagne fédérale par acte de souveraineté de l'Etat, et il ne produit pas d'effet à l'égard des tiers. Par ce transfert de compétence, les parties ont voulu donner aux tribunal arbitral, conformément au sens et au but de la procédure d'arbitrage, la possibilité de régler ce litige inter partes de façon simple, rapide et définitive ».

Et les arbitres d'ajouter :

« D'après l'opinion générale, il n'est pas possible en droit positif allemand ...de donner compétence à un tribunal arbitral pour déclarer nul un brevet, mais les juristes sont de plus en plus nombreux à considérer dans la doctrine que cette conception stricte n'est pas défendable, et que l'on peut admettre qu'un tribunal arbitral statue, avec effet entre parties, sur la validité d'un brevet invoqué par le demandeur ».

§ 2: L'arbitrabilité des litiges relatifs à la propriété intellectuelle dans les droits nationaux :

Dans son rapport final sur les litiges de propriété intellectuelle et l'arbitrage pour la commission de l'arbitrage international de la CCE, le professeur M.Lew¹⁰⁸ range les pays en quatre catégories :

- ceux qui refusent totalement l'arbitrabilité des litiges de propriété intellectuelle ;

¹⁰⁶ K.H. Bockstiegel, *Arbitrability and public policy, ICCA congress series; 1987, n°3, p198.*

¹⁰⁷ Perret, *L'arbitrabilité des litiges en matière de propriété industrielle en droit comparé, colloque l'IRPI, 1994, p 143.*

¹⁰⁸ J.Lew, *Propriété intellectuelle et arbitrage, bulletin CCI, 1998, p 38.*

- ceux qui l'acceptent sous des réserves justifiées par l'ordre public ;
- ceux qui reconnaissent la totale arbitrabilité des litiges en la matière,
- Et ceux où la question reste incertaine dès lors qu'elle n'a été traitée ni par la législation ni par la jurisprudence

Le professeur Lew¹⁰⁹ indique que l'approche restrictive qui tend à refuser la soumission à l'arbitrage des litiges de propriété intellectuelle n'est plus que le fait d'une minorité de pays tels certains pays d'Amérique latine et l'Afrique du sud. Dans les autres systèmes juridiques l'arbitrabilité est reconnue plus ou moins largement, les pays les plus libéraux étant d'une part les Etats-Unis mais, plus encore la Suisse et la France.

En droit algérien, l'ordonnance n° 03- 05 du 19 juillet 2003 relative à la protection des droits d'auteur et droits voisins a consacré 164 articles à l'organisation de la matière, sans mentionner explicitement l'arbitrage, toutefois, à la lecture des articles de l'ordonnance et en combinaison avec l'article 1006 du code de procédure civile et administrative, il ressort que le recours à l'arbitrage demeure valable dans les mêmes situations que le droit français.

En effet, le principe de l'inarbitrabilité des litiges portant sur la validité du titre de propriété intellectuelle reste admise, la compétence des tribunaux étatiques demeure exclusive dans ce domaine, de même que les droit moraux (article 21) Alors que, le contentieux suscité par le contrat d'exploitation sont pleinement arbitrables (article 143 de l'ordonnance). En effet, ce sont des droits patrimoniaux au sens de l'ordonnance et à cet égard, le titulaire peut ainsi compromettre en application de l'article 1006 CPCAA

En matière de contrefaçon, il faut distinguer ici la voie pénale de la voie civile. Les peines pénales prévues par le législateur ne peuvent évidemment pas être prononcées par un arbitre (article 151 de l'ordonnance). S'agissant de l'action civile, elle ne devrait pas être exclue a priori de l'arbitrage¹¹⁰. En effet, dès lors que l'action ne retentit pas sur les droits des tiers, elle ne doit pas être exclue du domaine d'arbitrage,

Si l'on admet l'arbitrabilité de l'action civile en contrefaçon, deux remarques pratiques s'imposent. En premier lieu, on peut douter de la possibilité de signer un compromis d'arbitrage avec un tiers présumé contrefacteur. Celui-ci préférera sûrement la lenteur de la justice étatique à la célérité de la procédure arbitrale. La garantie d'une

¹⁰⁹ Lew, *ibid.*, p 44.

¹¹⁰ G.Bonet et Ch.Jarosson, *L'arbitrabilité des litiges de propriété industrielle en droit français, Arbitrage et propriété intellectuelle, Pub.IRPI, 1994, p 67.*

confidentialité peut toutefois constituer un argument convaincant : cette confidentialité peut présenter un enjeu économique certain pour le contrefacteur¹¹¹.

En second lieu, le moyen de défense quasi systématique du présumé contrefacteur sera de soulever la nullité du titre de propriété intellectuelle, or la question de l'arbitrabilité des litiges portant sur la validité du titre est de la compétence exclusive des juridictions étatiques.

Aux Etats-Unis, tous les litiges en matière de propriété intellectuelle sont arbitrables. Le parlement a expressément prévu dans l'article 35 USC, Par294¹¹², l'arbitrage des litiges en matière de validité, d'opposabilité et de contre façon des brevets. Il est toutefois prévu dans la loi que la sentence relativement à la validité d'un brevet n'a qu'un effet relatif entre parties.

Le droit Suisse reconnaît totalement l'arbitrabilité des litiges de propriété intellectuelle. L'article 177 de la loi Suisse sur le droit international privé admet, en effet, l'arbitrabilité de tous litiges ayant un caractère patrimonial, entendant par là « toutes les prétentions qui ont une valeur pécuniaire pour les parties, à titre d'actif ou de passif », ainsi, tous les aspects de la propriété intellectuelle, ceux compris des droits moraux ou la validité d'un titre de propriété industrielle, peuvent faire l'objet d'un arbitrage.

En France, les litiges en matière de brevets sont arbitrables, dans les conditions prévues aux articles 2059 et 2060 du Code civil, ainsi que le prévoit le texte de l'article 68 de la loi du 2 janvier 1968 relative aux brevets d'invention, telle qu'elle a été modifiée par la loi du 13 juillet 1978. Toutes les questions relatives aux brevets (portées, copropriété, contrefaçon et droits contractuels) peuvent donc être soumises à la décision d'un tribunal arbitral, à l'exclusion du pur statut des brevets, c'est-à-dire la question de leur validité. La même solution doit être appliquée aux contentieux d'exploitation des marques et ceux de la contrefaçon, il faut toutefois préciser, en ce qui concerne la contrefaçon, que la compétence de l'arbitre est limitée à l'action civile, en ce comptent les intérêts civils consécutifs à l'infraction de contrefaçon. Elle ne s'étend pas en revanche à l'action publique, la matière pénale échappant à l'arbitrabilité. Par contre, dans le domaine du droit d'auteur, l'arbitrabilité est exclue en ce qui concerne le droit moral de l'auteur, droit extra patrimonial et non disponible, dans un souci de protection de l'inventeur et de l'œuvre.

¹¹¹ *A-C Chiainy-Daudet, Le règlement judiciaire et arbitral des contentieux internationaux sur les brevets d'invention, Litec 2006, n°644, p 239.*

¹¹² *Cité par Honatiau, La loi applicable à l'arbitrabilité des litiges, RDAI, 1998, n°7.*

L'on peut dire en conclusion que les litiges en matière de propriété intellectuelle sont arbitrables dans une très large mesure. D'une part, les droits patrimoniaux découlant des droits de propriété intellectuelle sont disponibles. Un arbitre peut donc en principe connaître d'un litige relatif à la mauvaise exécution, à l'inexécution ou à la résiliation d'un contrat portant sur des droits de propriété industrielle, par exemple un contrat de licence. Il peut aussi généralement déterminer qu'il y a eu violation des droits du titulaire du brevet et condamner en conséquence à des dommages intérêts. D'une manière générale, un nombre croissant de systèmes juridiques autorise l'arbitrabilité de la plupart des litiges en matière de propriété intellectuelle.

En d'autres termes, le domaine réservé de l'inarbitrabilité ne cesse de se réduire, au point de ne laisser subsister, au titre de « noyau dur », que l'arbitrabilité *erga omnes* de la validité du titre, fait observer M.Honatiou.¹¹³

Section 3 : Arbitrage et procédure collective (faillite et règlement judiciaire).

Bien qu' on s'accorde aujourd'hui à considérer que la survenance d'une procédure collective ne constitue pas en soi un obstacle irrémédiable à la mise en œuvre d'une procédure d'arbitrage. Il reste néanmoins difficile de déterminer la place exacte de ce mode de règlement dans une matière très réglementée par le législateur en Algérie comme partout ailleurs.

En effet, les différentes dispositions qui ont réglementé la matière attribuent une compétence exclusive au tribunal ayant ouvert la procédure pour connaître les litiges liés à cette procédure. Ainsi en France, l'article L.615 de la loi du 20 juillet 2005 de sauvegarde des entreprises attribue compétence exclusive au tribunal (tribunal de commerce ou de tribunal de grande Instance) saisi d'une procédure de redressement judiciaire pour «tout ce qui concerne le redressement et la liquidation judiciaires... ». De même, en Algérie, c'est le tribunal ayant ouvert la procédure qui a compétence exclusive pour connaître tous litiges liés à la procédure. (Tribunal du lieu du siège de l'entreprise).

¹¹³ Honatiou, *L'arbitrabilité...*, précité, p 212.

Cette compétence exclusive est justifiée par les soucis du législateur de centraliser les questions concernant la procédure devant un seul tribunal afin de permettre son bon déroulement. Ainsi, le juge compétent disposera de l'ensemble des éléments relatifs à la procédure (contrat...) qui lui permettent de prendre les décisions appropriées dans les meilleures conditions; les parties concernées (débitteur, créanciers...) n'auront de leur côté à connaître qu'une seule juridiction pour manifester leurs droits. L'on¹¹⁴ a écrit également que la mise en œuvre de ces procédures collectives à l'égard de l'ensemble des créanciers nécessite l'intervention des services spécialement organisés du greffe de la juridiction consulaire.

Cette règle ne fait pas seulement obstacle à la possibilité de recourir à une juridiction privée mais aussi aux autres juridictions étatiques. Cette attitude est critiquable, ainsi selon Ancel¹¹⁵ : « le caractère non étatique de la procédure d'arbitrage ne semble pas en soit contraire à l'esprit de procédure collective, ni aux garanties qu'elle doit assurer aux créanciers, dès lors que la sentence est rendue sous le contrôle des juridictions étatiques ».

Bien entendu, la matière est soumise aux dispositions générales de l'arbitrage concernant l'arbitrabilité de l'article 1006 en Algérie CPCA (art 2059-2060 C.civ en France).

Pour déterminer l'arbitrabilité des questions relatives à la procédure collective, il est préférable de distinguer selon que la convention d'arbitrage a été conclue avant ou après l'ouverture de la procédure.

§1: L'opposabilité des conventions d'arbitrage antérieures à l'ouverture de la procédure collective.

Les conventions d'arbitrage conclues avant l'ouverture de la procédure sont généralement considérées comme opposables à la masse des créanciers.

En effet, il est hors de doute que celles-ci doivent être exécutées dès l'instant qu'il ne s'agit pas pour l'administrateur ou le liquidateur que de suivre une procédure déjà ouverte avant son intervention, ou bien que ses litiges soient nés d'un contrat dont il aurait accepté ou réclamé l'exécution. La jurisprudence française était déjà fermement dans ce sens¹¹⁶. S'agissant des clauses compromissoires souscrites par le débiteur, la solution est commandée par le fait qu'elles apparaissent comme inséparables du contrat

¹¹⁴ Ancel, *Arbitrage et procédure collective après la loi de 25.11985*, Rev.Arb. 1987. n°4, p 129.

¹¹⁵ Ancel, *J-CL procédure civile, Convention d'arbitrage, Fasc., 1024. p 18.*

dans lequel elles sont insérées, et que dès lors, on ne peut exécuter l'une et négliger l'autre. La seule limite réside dans les litiges trouvant leur source non dans le contrat, mais dans les règles propres à la procédure, puisque comme nous l'avons vu, ces litiges ne sont pas arbitrables.

En revanche, en Italie, les litiges mettant en cause une partie failli cessent d'être arbitrables si la déclaration de faillite est intervenue avant le début de la procédure d'arbitrage. Cela est présenté comme une conséquence de la compétence exclusive réservée aux tribunaux de faillite par l'article 24 de la loi sur la faillite du 26 mars 2006. Mais, d'autre part, le curateur peut être autorisé par le tribunal de faillite, avec le consentement du comité des créanciers, à mettre en œuvre une clause d'arbitrage conclue par le failli avant la déclaration de faillite, dans la mesure où le litige en cause est né au cours de la procédure de faillite.

Les arbitres ont toujours considéré que l'ouverture d'une procédure de faillite pendant le cours de l'instance arbitrale¹¹⁷ n'était pas une cause d'incompétence du tribunal arbitral. Comme l'a rappelé le tribunal arbitral dans l'affaire CCI n°6697 de 1990¹¹⁸ :

« Le fait que l'une des parties soit soumise à une procédure collective ne suffit pas à rendre un litige inarbitrable en soi...ne sont exclus que les litiges qui ont un lien direct avec la procédure collective, c'est-à-dire ceux qui trouvent leur source dans l'application des règles propres à cette procédure » : C'est-à-dire si le litige est né de la faillite ou si l'état de faillite exerce sur lui une influence juridique.

Cependant, même si elles sont opposables aux créanciers et aux organes de la procédure, les conventions d'arbitrage antérieures pourront parfois, voir leur exécution affectée par l'ouverture d'une procédure collective. Le déroulement de l'instance arbitrale pourra en d'autres termes être perturbé par la règle de l'arrêt des poursuites individuelles¹¹⁹. Par exemple, en Algérie, il en ira ainsi chaque fois que la demande soumise aux arbitres tendra au paiement d'une somme d'argent par le débiteur (Article 247-3) ou, à la résolution d'un contrat pour défaut de paiement par le débiteur.

Il faut désormais, distinguer deux hypothèses. La première est celle où l'instance formée contre le débiteur a été commencée avant l'ouverture de la procédure. Dans ce

¹¹⁶ Com.10 jan.1984. Rev. Arb.1984.492, note Ancel; CA Besançon, 4 juin 2002. Rev.Arb 2003.134. Note, Fouchard.

¹¹⁷ Sentence CCI, n° 1350 de 1968, JDI, 1975, p 931.

¹¹⁸ Rev.arb.1992, p 135, note Ancel.

¹¹⁹ Voir sentence arbitrale CCI dans l'affaire n° 7205 de 1993, JDI, 1995, p 1031.

cas, l'instance arbitrale doit être suspendue, jusqu'à ce que le créancier poursuivant ait procédé à la déclaration de créance. L'instance pourra ensuite reprendre immédiatement, à l'initiative du créancier demandeur. Cependant, le représentant des créanciers et, le cas échéant, l'administrateur devront être mis en cause. Par ailleurs, le tribunal arbitral ne pourra statuer que sur le principe et sur le montant de la créance, sans pouvoir condamner le débiteur à exécuter. La seconde hypothèse est celle où le compromis, ou la clause compromissoire, n'avait pas reçu de commencement d'exécution avant l'ouverture de la procédure. Dans ce cas, il faut appliquer l'article 245 selon lequel « le jugement qui prononce le règlement judiciaire ou faillite emporte suspension de toute poursuite individuelle des créanciers faisant partie de la masse ... ». Le créancier ne peut donc pas saisir l'arbitre. Il doit déclarer sa créance et attendre la vérification de celle-ci. Ce n'est qu'à l'issue de la procédure de vérification que le juge-commissaire décidera éventuellement que la contestation ne relève pas de sa compétence. Le demandeur aura alors un (01) mois pour saisir le tribunal arbitral, à peine de forclusion. (Article 281).

En Suisse, où l'article 207 LP ordonne impérativement une suspension des procès civils jusqu'après les dix jours qui suivent la seconde assemblée des créanciers, l'on considère que la règle n'est pas d'ordre public international. Son but est, en effet, de donner à l'administration de la faillite le temps nécessaire pour étudier les dossiers et examiner s'il y a lieu de continuer une procédure ou de s'en dessaisir.

§ 2 : L'introduction d'une procédure d'arbitrage après l'ouverture de la procédure collective.

Après le jugement d'ouverture de la faillite ou règlement judiciaire, le débiteur(le failli) se trouve dessaisi de l'administration de son patrimoine de manière plus ou moins complète, pour être assisté ou représenté par un syndic, ainsi dispose l'article 244 du Code de commerce Algérien, qui dispose : «Le jugement qui prononce la faillite, emporte de plein droit, à partir de sa date, dessaisissement pour le failli de l'administration et la disposition de ses biens (...), le jugement qui prononce le règlement judiciaire emporte, à partir de sa date, assistance obligatoire du débiteur par le syndic.... ».

Toutefois, le Code de commerce a retenu, une conception souple, en admettant la possibilité pour le débiteur de compromettre sous réserve d'autorisation. Aux termes de l'article 275 « le débiteur peut, après l'assistance du syndic et l'autorisation du juge-commissaire, accomplir tous les actes de désistement, de renonciation ou

d'acquiescement. Il peut, sous les mêmes conditions, compromettre et transiger sur tout litige qui n'excède pas la compétence en dernier ressort du tribunal saisi ».

En France, Dans le cadre du redressement judiciaire, le débiteur peut compromettre mais devra, selon les cas, obtenir soit l'autorisation de l'administrateur, soit celle du juge-commissaire (article L. 122-1), En cas de liquidation judiciaire, le débiteur est totalement dessaisi (article L. 641-9 de la loi de 2005), Mais l'article 158 de la loi de 1985¹²⁰ prévoyait, que le liquidateur peut, l'autorisation du juge-commissaire et le débiteur entendu ou dûment appelé, compromettre (et à transiger) sur toutes les contestations qui intéressent collectivement les créanciers, avec et sous réserve de l'homologation du tribunal si l'objet du compromis ou de la transaction est d'une valeur indéterminée ou excède la compétence en dernier ressort du tribunal.

Cependant, l'arbitrabilité des litiges trouve certaines limites. En effet, un litige serait inarbitrable s'il concerne une matière réservée au juge étatique, par exemple l'ouverture d'une procédure collective, statué sur le dessaisissement du débiteur¹²¹ ou l'application des règles spécifiques de redressement ou de liquidation judiciaire¹²².

Par ailleurs, la mise en œuvre de la procédure arbitrale peut être perturbée par la règle fondamentale de l'arrêt de poursuites individuelles, quand la demande a pour objet le paiement d'une somme d'argent par le débiteur ou la résolution du contrat pour défaut de paiement.

Les conséquences de cette règle ont été déjà vues en première sous section.

¹²⁰ La règle a été maintenue par la loi n° 2005- 845 du 26 juillet 2005 à l'article L. 642.24 du Code de commerce français.

¹²¹ Trib.Commerce, Paris, Rev Arb, p.590, 1992, note Ancel.

¹²² Cass.comm, 19 mai 1987, Rev.Arb, 1988.p 14, note Ancel.

Chapitre III : Le contrôle de l'arbitrabilité objective.

La pratique de l'arbitrage international démontre, que la question du droit applicable à l'arbitrabilité objective est une question complexe et que la réponse qu'on lui donne peut dépendre du tribunal qui en est saisi. En d'autres termes, elle peut varier, suivant qu'elle est tranchée par un tribunal arbitral, ou par un tribunal étatique concurremment saisi par une partie dans un contexte d'action en annulation ou en exequatur.

Nous examinerons, comment la question est tranchée par les arbitres (section 1) et ensuite par les tribunaux nationaux (section 2) auxquels le litige est soumis par une partie qui considère qu'il n'est pas arbitral. Nous analyserons ensuite, le traitement de la question par le juge d'annulation ou le juge d'exequatur (section 3).

Section 1 : Vérification de l'arbitrabilité par le tribunal arbitral

La décision sur l'arbitrabilité peut-être prise en premier lieu, par les arbitres eux-mêmes. L'étude des sentences arbitrales, montre que les arbitres dans un certain nombre de cas, réfléchissent d'abord à l'arbitrabilité du litige¹²³ qui leur est soumise. La règle générale est que l'arbitre a compétence de statuer sur sa propre compétence. Lorsqu'ils statuent sur leurs propres compétences, les arbitres sont souvent amenés à répondre à cette question. Le litige est-il arbitral ?

Si la matière n'est pas arbitrale, il ne servira à rien de continuer l'instance arbitrale et de déboucher sur la sentence arbitrale, puisque celle-ci un jour ou l'autre se heurtera à la justice d'Etat et elle ne sera pas déclarée exécutoire. Par conséquent, l'arbitre est bien inspiré, s'il fait bien son métier, (indépendamment de son intérêt financier immédiat), de réfléchir d'abord sur l'arbitrabilité du litige qui lui est soumise, si sa conclusion est négative, l'arbitre décidera de ne pas continuer, parce qu'il considère le litige comme non arbitral.

L'idée est donc pour l'arbitre qu'il fasse attention à la possibilité d'exécution de sa sentence.

¹²³ Voir en sens, Racine, *L'arbitrage commercial...*, précité, p 152.

Cependant, dans la mesure où les Etats n'adoptent pas tous la même position quand à l'arbitrabilité des litiges, dès que l'arbitrage est international, l'arbitre va se trouver confronté à la question de la détermination de la loi applicable à l'arbitrabilité.

Ce que l'on recherche ici, ce n'est pas la loi applicable en fond de litige par l'arbitre, mais celle selon laquelle doit être appréciée l'arbitrabilité du litige.

En pratique, le choix lui paraît offert entre :

- loi de la convention d'arbitrage ;
- loi du siège d'arbitrage ;
- loi du lieu d'exécution de la sentence.

§1 : Application de la loi régissant la convention d'arbitrage

Pour apprécier l'arbitrabilité d'un litige, l'arbitre se réfère plus souvent à la loi régissant la convention d'arbitrage considérée comme la loi d'autonomie. Le choix de cette loi pour déterminer l'arbitrabilité d'un litige, est justifié par le fait, que c'est la convention d'arbitrage qui investit l'arbitre de pouvoir pour juger.

L'article 1040-3 du nouveau code de procédure civile et administrative algérien consacre ce principe en disposant : « Quand au fond, elle (la convention d'arbitrage) est valable si elle répond aux conditions que posent, soit le droit choisi par les parties, soit le droit régissant l'objet du litige, soit par le droit que l'arbitre estime approprié »

Les conventions internationales se sont intéressées aussi à cette question, ainsi, La convention de Genève du 21 avril 1961 dans son article VI.2 dispose que les parties sont libres de déterminer le droit que les arbitres devront appliquer.

La même solution a été retenue d'ailleurs par la convention de New York du 10 juin 1958 dans son article II.I, même si elle ne la désigne pas expressément.

Art. 2-1 « chacun des Etats contractants reconnaît la convention écrite par laquelle les parties s'obligent à soumettre à un arbitrage tous les différends, ou certains des différends qui se sont élevés ou pourraient s'élever entre elles au sujet d'un rapport de droit déterminé, contractuel ou non contractuel, portant sur une question susceptible d'être régie par la voie d'arbitrage. »

Pour sa part, la Cour de cassation française s'est, le 2 mai 1996, prononcée en ce sens : « *la clause compromissoire souscrite dans ces conditions par l'Etat français (les conditions des anciennes articles 83 et 1004 du CPC) est valable et doit être considérée comme surabondant le motif, critiqué par le pourvoi, selon le quel cette validité dériverait de la loi régissant le contrat* »¹²⁴.

Cependant, il faut remarquer ici, que même si la convention d'arbitrage a une existence propre et autonome par rapport au contrat principal, en pratique, la loi d'autonomie et la loi du contact principal se recouvrent plus souvent.

Cela peut résulter d'une volonté explicite des parties à soumettre les deux contrats (convention d'arbitrage et contrat principal) en même loi, à défaut d'indication, on s'accorde généralement à appliquer la loi du contrat principal à la convention d'arbitrage si les indices de localisation sont identiques dans les deux cas.

Une solution différente pourra néanmoins prévaloir dans des cas particuliers. Ainsi, les arbitres ont parfois considéré que la convention d'arbitrage était régie non pas par un droit national, mais par les « usages conformes aux besoins du commerce international ». Ce fut le cas, par exemple, dans la sentence CCI n°4131 de 1982¹²⁵, où les arbitres ont justifié par rapport à ces usages l'extension de la clause compromissoire aux sociétés appartenant à un même groupe. Il semble toutefois que, d'après M. Honatiau¹²⁶ en matière d'arbitrabilité, c'est plutôt une attitude de prudence qui prévaut. Ainsi dans la sentence CCI, n°6719 de 1994,¹²⁷ le tribunal arbitral a déclaré que :

«La question de savoir s'il doit se référer à un droit international spécifique ou considérer comme dans l'affaire 1512 CCI que la question relève de l'usage commercial international demeure ouverte »

M.Racine¹²⁸ souligne néanmoins que les arbitres pourraient ériger certains critères d'arbitrabilité en principes généraux de l'arbitrage international. Ainsi, le principe selon lequel le caractère d'ordre public des règles applicables par l'arbitre ne fait pas *ipso facto* obstacle à l'arbitrage ; ou celui selon lequel la compétence exclusive d'une autorité étatique empêcherait le recours à l'arbitrage chaque fois que le juge étatique de droit commun est également incompetent pour connaître du litige ; ou le principe selon lequel l'arbitrage est autorisé chaque fois que les parties ont la libre disposition de leurs droits ;

¹²⁴ *Rev. Crit.DIP*, 1967, p 853, note Goldman.

¹²⁵ *JDI*, 1983, p 899.

¹²⁶ Honatiau, *L'arbitrabilité*, précité, p 147.

¹²⁷ *JDI*, 1994, p. 1071. *Obs.J-J Arnaldez*.

¹²⁸ Racine, *L'arbitrage commercial international et l'ordre public*, LGDJ, 1999, p 154.

ou celui de l'arbitrabilité de principe des litiges de concurrence sous réserve de la compétence exclusive des autorités spécialisées.

Après avoir déterminé la loi applicable à la convention d'arbitrage, l'arbitre tire les conclusions selon le contenu de ladite loi, sur l'arbitrabilité ou non du litige, sans faire une distinction selon que la loi a été choisie par les parties ou déterminée par les arbitres eux-mêmes, en suivant la méthode de localisation objective, car cette méthode selon M.Derains¹²⁹ n'est qu'une autre manière de rechercher la volonté des parties, quant au droit applicable.

Toutefois, s'il y avait une incompatibilité entre la loi choisie par les arbitres (qui concluent à l'arbitrabilité) et la clause du contrat, cette incompatibilité est perçue comme un indice négatif, d'où l'on présume que les parties ne voulaient pas situer leurs relations contractuelles dans un système juridique, qui n'est pas prêt, à les accueillir telles qu'elles les ont conçues.

Dans cette hypothèse, et en l'absence des choix des parties, les arbitres doivent choisir une loi qui valide le contrat (car si les parties ont sollicité le concours des juridictions arbitrales pour résoudre un litige, c'est pour le soustraire à la juridiction étatique d'ordre public),

On voit, en effet, de plus en plus la *favor arbitrandum* dominer la détermination de l'arbitrabilité des litiges¹³⁰

Supposant néanmoins que la loi applicable à la convention déclare un litige inarbitrable. Les arbitres doivent-ils pour autant se déclarer incompétents ? A priori, la réponse est affirmative. Les arbitres doivent respecter le choix des parties dans toutes les conséquences. Encore devront-ils déterminer si la prohibition de l'arbitrage s'étend également aux litiges internationaux et n'est pas limitée aux litiges internes.

Enfin, d'aucuns n'excluant pas, par ailleurs, que l'arbitre puisse outrepasser les stipulations d'inarbitrabilité édictée par la loi de la convention, par application d'un principe général de l'arbitrage international, qui imposerait l'arbitrabilité à l'encontre de la loi normalement applicable.

Ce sera le cas, si une loi étrangère applicable va à l'encontre d'un principe fondamental de l'arbitrage transnational. Ainsi, l'on peut aisément admettre que les arbitres siègent à Paris, saisis d'un litige portant sur les suites de l'inexécution d'une convention nulle pour violation de l'ordre public, rejettent l'argument du défendeur selon

¹²⁹ Y. Derains, *détermination de lex contractus*, in C.C.I., *L'apport de la jurisprudence arbitrale*, p 28.

¹³⁰ Hontatiau, *L'arbitrabilité et la favor arbitradum*, précité, p 145.

lequel en vertu de la loi applicable à la convention, la nullité de celle –ci entraînerait celle de la clause compromissoire et le litige ne serait, par conséquent, pas susceptible d’être tranché par voie d’arbitrage ; l’autonomie de la clause compromissoire peut être, en effet, considérée comme un principe transnational de l’arbitrage commercial international

L’on précisa, enfin, que l’inarbitrabilité ne concerne que certaines demandes, la convention d’arbitrage sera, en principe, jugée partiellement valable, à tout le moins si les questions non susceptibles d’arbitrage peuvent faire l’objet d’une adjudication distincte¹³¹.

§ 2 : L’incident de la loi du siège de l’arbitrage

Un deuxième choix pourrait être celui du siège arbitral. Rien cependant ne la recommande à l’arbitre international pour qui le siège d’arbitrage est une simple localisation géographique, non un *for* juridique.

De même, le choix d’un siège arbitral par les parties est souvent influencé par des critères objectifs, sans relation avec la loi du siège.

Généralement, les parties sollicitent le concours d’un tribunal arbitral dans un pays neutre et sans relation avec l’opération économique du litige et dont la compétence est appréciée et reconnue. D’après Fouchard¹³² « il est aujourd’hui très généralement admis que le siège de l’arbitrage, souvent choisi pour des raisons de pure commodité ou pour la neutralité politique de l’Etat concerné, ne peut avoir par conséquence nécessaire l’application à la procédure de la loi de cette Etat ».

Il serait, donc regrettable, de lier ainsi l’arbitrabilité d’un litige à une loi devenue applicable par le fait du hasard. Ainsi, Racine¹³³ déclarait à ce sujet : « en raison de l’autonomie de l’arbitrage international, le lieu du siège n’exerce normalement aucune influence sur l’arbitrage. En matière d’arbitrabilité, le droit du lieu de l’arbitrage ne devrait donc pas servir à déterminer l’arbitrabilité ». De même, à l’instar du décret français de 1981, le nouveau droit algérien de l’arbitrage ne fait nullement référence au droit du siège à propos de la détermination de la loi applicable à la procédure.

¹³¹ Honatiau, *Le droit applicable à l’arbitrabilité du litige*, RDAI, 1998, n°7, p 755.

¹³² Fouchard, *Traité de l’arbitrage...*, précité, p 651 et s.

¹³³ Racine, *L’arbitrage commercial...*, précité, p 154.

Toutefois, malgré les critiques qui peuvent être adressées à l'encontre de cette théorie, certaines lois nationales récentes ont adopté les dispositions la consacrant¹³⁴.

Ainsi, l'article 1^o de la loi égyptienne n°27 sur l'arbitrage, du 21 avril 1994 précise que « ...les dispositions de la présente loi sont applicable à tout arbitrage entre parties..., si l'arbitrage a lieu en Egypte ».

De même, l'article 176 de la loi fédérale suisse énonce que « les dispositions du présent chapitre (chapitre 12 : Arbitrage international) s'appliquent à tout arbitrage si le siège du tribunal arbitral se trouve en suisse et si au moins l'une des parties n'avait, ni son domicile, si sa résidence habituelle en suisse ».

Plusieurs sentences ont appliqué les critères d'arbitrabilité du lieu de siège. En effet, dans l'affaire CCI n° 6106 de 1988¹³⁵, le tribunal arbitral siégeant à Paris a tenu à vérifier l'arbitrabilité du litige au regard du droit français car « *les arbitres doivent aussi étudier l'arbitrabilité à la lumière du droit du lieu de l'arbitrage où pourrait être formé un recours en annulation de la sentence* ».

C'est l'approche qu'a suivi le tribunal arbitral siégeant à Genève¹³⁶ dans une affaire qui opposait un consultant français à une autorité locale égyptienne. Le contrat des parties prévoyait une clause d'arbitrage CCI ainsi que l'application au fond du droit égyptien. Un litige étant né entre les parties concernant les paiements à effectuer en vertu de la convention, le demandeur introduit une procédure d'arbitrage. La défenderesse estimait que la clause d'arbitrage était frappée de nullité, le litige n'étant pas arbitral en vertu du droit égyptien. Elle se fondait sur la loi n° 47 de 1972 qui confère aux tribunaux égyptiens compétence exclusive pour trancher les litiges relatifs à des contrats administratifs. Sans trancher la question du caractère administratif du contrat qui était contesté par le demandeur, le tribunal arbitral estima qu'il y a lieu de faire application du droit suisse- et non du droit égyptien- pour trancher la question d'arbitrabilité. L'arbitre ne se borne d'ailleurs pas à faire application des dispositions du Concordat, mais se réfère également à l'article 177 de la nouvelle loi du droit international privé (LDIP). Laquelle était entrée en vigueur en cours de procédure et rendait arbitral tout litige de nature patrimoniale.

Le tribunal arbitral confirma que l'interprétation de l'article 5 du Concordat devait se faire selon les critères suisses. Il jugea néanmoins utile de préciser que, même en droit égyptien, les parties avaient la libre disposition des droits qui, en l'espèce,

¹³⁴ *Les tribunaux suisses considèrent la convention d'arbitrage comme faisant partie de la procédure civile, et sa validité devrait être régie par la loi de procédure du siège arbitral.*

¹³⁵ *Bulletin de la Cour international d'arbitrage de la CCI, nov. 1994, p 44 et s.*

¹³⁶ *Affaire CCI n° 6162 de 1990, Yearbook, 1992, p 153.*

étaient litigieux. Quant à la question de savoir si le litige tombait sous la compétence exclusive d'une autorité étatique, le tribunal fit valoir qu'en vertu du droit suisse applicable, la partie égyptienne ne pouvait se prévaloir de la loi n° 47 de 1972 donnant compétence exclusive aux tribunaux étatiques. Selon l'arbitre, « *le principe contenu dans l'article 177 alinéa 2, de la loi suisse sur le droit international privé, selon lequel si une partie est un Etat, une entreprise, ou une organisation contrôlée par l'Etat, elle ne peut pas se fonder sur son propre droit pour contester sa capacité à être partie à un arbitrage, où l'arbitrabilité d'un litige couvert par la convention d'arbitrage, était de droit positif en Suisse dès avant l'entrée de la nouvelle loi.*

Ce principe a été confirmé par plusieurs tribunaux internationaux, ainsi que par les juridictions et la doctrine helvétiques qui considèrent ce principe comme une obligation internationale. Il était, d'ailleurs déjà contenu dans l'article II, paragraphe 1, de la convention européenne sur l'arbitrage commercial de 1961 ».

L'arbitre en conclut « *qu'en vertu des règles suisses régissant l'arbitrage international, le défendeur ne pouvait pas se fonder sur le droit égyptien pour contester l'arbitrabilité du litige ».*

C'est la même conception qui a prévalu dans les sentences ultérieures. Ainsi, dans l'affaire CCI n° 7673 de 1993¹³⁷, un tribunal arbitral siégeant en suisse, le droit suisse étant applicable au fond du litige, devait trancher un différent opposant un demandeur français à un défendeur finlandais. Celui-ci invoquait l'inarbitrabilité du litige, prétendant que l'article 86 du Traité de Rome ne pouvait faire l'objet d'un arbitrage. Le tribunal arbitral a déclaré le litige arbitral, en se référant au droit suisse.

Selon M.Honatiau¹³⁸, le lieu du siège de l'arbitrage pourra, donc, avoir une incidence sur l'arbitrabilité du litige dans deux cas :

- a) soit que la loi applicable à la convention d'arbitrage déclare le litige inarbitrable à l'encontre de la loi du siège :

 - lorsque celle-ci contient une règle matérielle conduisant à déclarer arbitral le litige en cause, qu'elle soit contenue dans une disposition législative ou soit d'origine jurisprudentielle ;
 - ou bien lorsque la règle étrangère applicable va à l'ensemble d'un principe transnational de l'arbitrage commercial international.

¹³⁷ *Bulletin CCI, Mai 1995.*

¹³⁸ *Honatiau, La loi applicable à l'arbitrabilité des litiges, précité, p 765.*

- b) soit la loi applicable à la convention d'arbitrage déclare le litige arbitral à l'encontre d'un principe véritablement international-ce qui va de soi- ou d'un principe d'ordre public international du siège de l'arbitrage dans la mesure où toute sentence rendue en violation d'un tel principe serait susceptible d'annulation. C'est une hypothèse vraisemblablement peu courante.¹³⁹

L'intensité de la relation de la situation litigieuse avec le système juridique du siège aura, bien entendu un rôle déterminant. Ainsi, si la loi personnelle des parties en litiges ne s'oppose pas à ce qu'elles soumettent à l'arbitrage en litige relatif au statut personnel, c'est le cas du droit anglais qui autorise, l'arbitrabilité de certains litiges relatifs au droit de la famille – l'ordre public international du siège ne devrait pas s'opposer à la validité de la convention et de la sentence.¹⁴⁰ De même, si la loi du domicile des parties permet de soumettre à l'arbitrage certains litiges en matière de divorce ou de séparation de corps, et ce même si la loi du siège réserve ces litiges exclusivement aux tribunaux étatiques. Ou encore si la loi étrangère choisie par les parties permet l'arbitrabilité des litiges entre locataires et propriétaires, à l'encontre du droit du siège, aussi longtemps que l'immeuble est situé à l'étranger.

§ 3 : Les lois du pays d'exécution de la sentence.

Un arbitre doit-il tenir compte des lois de police du pays d'exécution de la sentence dans l'appréciation de l'arbitrabilité du litige?

Dans la doctrine, s'opposent un courant hostile et un courant favorable à l'application des lois de police.

Le courant hostile défend toute dérogation à la loi d'autonomie. La première objection selon cette tendance, est que l'arbitre doit respecter la volonté des parties -celles-ci ont choisi un ordre juridique- elles ont même pu exclure expressément dans leur contrat, l'application d'une certaine loi de partie ; l'arbitre est lié.

En deuxième objection, l'arbitre n'a pas pour mission de défendre des intérêts généraux, il est entièrement au service des intérêts des litigants.

¹³⁹ Honatiau, *La loi applicable à l'arbitrabilité*, précité, p 759.

¹⁴⁰ De Boissésou, *Le droit français de l'arbitrage interne et international*, Joly GLN, 1990, p 504.

Ces auteurs font observer en outre, que l'on ne peut pas toujours prévoir le pays d'exécution de la sentence, la solution rencontre de fortes objections, parce que l'exequatur d'une sentence internationale pourrait fort bien être sollicité dans plusieurs pays, et aussi parce que l'arbitre international devrait pouvoir se situer au niveau de la collectivité internationale, sans avoir à donner une préférence à un ordre juridique national plutôt qu'à un autre.

Dans le même sens, M.Derrains, fait observer que, « le tribunal n'a pas à priori à appliquer les règles étrangères d'ordre public du pays où la sentence pourrait être exécutée.

L'arbitre doit chercher, avant tout, à ce que sa sentence ne puisse être remise en cause dans le pays du siège et surtout selon le droit en vertu duquel elle est rendue, c'est-à-dire, le droit de la conclusion d'arbitrage. Pourquoi imposerait-on à l'arbitre d'avantage que ce qui est requis du juge étatique ?

En effet, il y aurait une contradiction encore plus prononcée, si les arbitres décidaient en fonction des règles d'arbitrabilité du lieu d'exécution de la sentence, car c'est précisément, le résultat de leur analyse des questions litigieuses qui leurs sont soumises, qui permettra de savoir quelle est la partie condamnée ». ¹⁴¹

De plus, la dispersion internationale des objectifs fait que le lieu d'exécution de la sentence est souvent imprévisible.

Cette opinion est partagée aussi, par des auteurs suisses ¹⁴² qui estiment, dès lors que l'arbitre est tenu d'appliquer les dispositions d'ordre public de la loi du siège de l'arbitrage, il n'a pas à appliquer, en plus, les règles de même nature de pays où la sentence pourrait être exécutée. La question de la force exécutoire de la sentence ne relève pas de la compétence du tribunal arbitral qui, de ce fait, ne peut en connaître.

Dans le même sens, le tribunal arbitral de la CCI déclare : « *la question de la force exécutoire de la sentence ne relève pas de la compétence du tribunal arbitral qui de ce fait ne peut en connaître* ». ¹⁴³

Cela dit, même si l'arbitre n'est pas tenu légalement de tenir compte de la loi du pays d'exécution d'après un courant favorable, en pratique, en raison d'obligations éthiques générales (article 26 du règlement CCI), les arbitres doivent déployer tous leurs

¹⁴¹ Derrains, *Competition and arbitration Law, CCI, 1993, p 254.*

¹⁴² Citée par Racine, *L'arbitrage commercial..., précité, p 159.*

¹⁴³ *Sentence n°2476, chunet, 1977, p 936*

efforts pour que la sentence soit susceptible d'être légale et ils doivent attirer l'attention des parties sur une éventualité d'inexécution de la sentence.

L'arbitre doit penser, donc au sort de la sentence, il doit savoir que s'il n'applique pas la loi de police, sa sentence ne sera pas reconnue. Il doit être animé par le souci de l'efficacité de la sentence, d'après le Professeur Fouchard¹⁴⁴, qui estime par ailleurs que : « la compétence de la loi du lieu d'exécution est édictée à titre de règle, et n'est pas le résultat du jeu de l'exception de l'ordre public, qui aurait évincé la loi normalement applicable...c'est la loi du juge d'exequatur qui est directement applicable à l'arbitrabilité, et qui l'est, en principe, dans ses dispositions internes comme s'il s'agissait d'un arbitrage national »¹⁴⁵.

M.Racine¹⁴⁶ qui défend la même position, ajoute à cet égard, «la recherche de l'efficacité de la sentence doit être une préoccupation constante de l'arbitre(...), lequel doit dès lors prendre en considération les dispositions d'ordre public du lieu d'exécution probable, y compris en matière d'arbitrabilité. En effet, si celle-ci est niée par le droit du lieu d'exécution, l'arbitre encourt le risque de rendre une sentence inexécutable ».

La pratique arbitrale s'est ralliée à ce courant. Ainsi, une sentence¹⁴⁷ rendue par l'association du commerce de grains d'Amsterdam, dispose :

« Les arbitres pourraient donner un effort aux dispositions impératives de la loi d'un autre pays (que celui dont la loi régissant le contrat), si un lien existait entre la situation et ce pays, et en tenant compte de leur nature et de leur objet, ainsi que des conséquences qui découleraient de leur application ou de leur non application. »

En l'espèce, ils ont estimés que le lien n'existait pas, de sorte que la loi de police qui était une loi autrichienne sur le contrôle de change, n'a pas été appliquée.

¹⁴⁴ Fouchard, *Les conflits de lois en matière d'arbitrabilité des litiges de propriété industrielle*, Rev. Arb, 1997, p 66.

¹⁴⁵ Fouchard, *Les conflits de lois en matière d'arbitrabilité des litiges de propriété industrielle*, Rev. Arb, 1977, p 67.

¹⁴⁶ Racine, *L'arbitrage commercial...*, précité, p159.

¹⁴⁷ Citée par Honatiau, *L'arbitrabilité...*, précité, p 178.

Section 2 : Le contrôle par le juge étatique.

La question de l'arbitrabilité du litige peut également se poser devant un tribunal étatique, auquel une des parties au litige- notamment la partie défenderesse à la procédure d'arbitrage, par ailleurs, introduite ou sur le point de l'être- va soumettre la contestation en arguant de son inarbitrabilité.

Quel est ce tribunal étatique ? Ce sera tantôt le tribunal du lieu ou d'un des lieux d'exécution de la convention, tantôt celui de l'Etat dont la partie défenderesse –individu ou société- a la nationalité.

Pour trancher la question de l'arbitrabilité, le tribunal étatique, à la différence de l'arbitre, a souvent tendance à appliquer son propre droit national. Cette attitude n'est toutefois pas universelle : certaines juridictions préfèrent appliquer la loi régissant la convention d'arbitrage.

§1 : Le contrôle par le juge d'annulation.

Lors d'une instance en annulation de la sentence, le juge étatique ne confère pas de force exécutoire à la sentence. Il apprécie seulement la validité de celle-ci. Toutefois, les critères de la validité sont ceux du *for*. Cette solution¹⁴⁸ est consacrée par l'article 34 2)b) b) i) de la loi-type de la CNUDCI qui prévoit à cet égard que la sentence est annulée « si le tribunal constate que : l'objet du différent n'es pas susceptible d'être réglé par arbitrage conformément à la loi du présent Etat »

Le droit Algérien et le droit français ont tous deux adopté des règles matérielles de droit international privé pour définir l'arbitrabilité des litiges.

En droit algérien, les sentences arbitrales rendues en Algérie sont susceptibles d'un recours en annulation en application de l'article 1058 CPCA qui dispose : « la sentence arbitrale rendue en Algérie en matière d'arbitrage international peut faire l'objet d'un recours en annulation.. »

Ce recours est porté devant la cour dans le ressort de laquelle la sentence a été rendue. Il est recevable dès le prononcé de la sentence et cesse s'il n'a pas été exercé dans le mois de signification de la sentence déclarée exécutoire (article 1059)

¹⁴⁸ *Racine, l'arbitrage commercial..., précité, p 172.*

La question qui se pose est celle de savoir, sur quel fondement le juge étatique conteste l'arbitrabilité, et quelles sont les conséquences de cette contestation d'arbitrabilité.

Le droit algérien (article 1056 CACA) connaît six causes¹⁴⁹ d'annulation des sentences arbitrales. Leur liste est limitative, en ce sens qu'il est généralement admis que les parties ne peuvent concevoir des causes d'annulation non prévues par la loi.

Une sentence peut être annulée :

- 1) Si le tribunal a statué sans convention d'arbitrage ou sur une convention nulle ou expirée ;
- 2) Si le tribunal arbitral a été irrégulièrement composé ou l'arbitre unique irrégulièrement désigné ;
- 3) Si le tribunal arbitral a statué sans se conformer à la mission qui lui avait été conférée ;
- 4) Lorsque le principe du contradictoire n'a pas été respecté ;
- 5) Lorsqu'il y a contrariété des motifs ;
- 6) Si la reconnaissance ou l'exécution est contraire à l'ordre public international.

Seuls les causes (1)¹⁵⁰ et (6) ci-dessus intéressent directement notre propos. En effet, après controverse, il a été admis, que les autres motifs visent des hypothèses non liées à l'arbitrabilité, ainsi la cause (3), concerne surtout le cas où les arbitres s'écartent de la mission telle qu'elle a été définie par les parties.

Le premier grief est suffisant, mais dans des rares décisions connues, l'on constate que la partie qui conteste la sentence les invoque tous les deux. L'arrêt de la CA Paris¹⁵¹, du 20 janvier 1989, est à cet égard significatif. En effet, L'une des parties avait soulevé devant le tribunal arbitral une exception d'incompétence aux motifs qu'il y avait violation de l'ordonnance de 1/12/1986. Celle-ci fut rejetée et lors du recours en annulation, la société invoqua sur la base de l'article 1502 du CPC français, à la fois

¹⁴⁹ Deux motifs de recours en annulation ont été écartés dans le nouveau texte (1-si le tribunal s'est à tort compétent ou incompétent, 2-si le tribunal arbitral a statué ultra-petita ou n'a pas statué sur un chef de demande), Voir, Trari Tani, ASA bulletin, 1/2009(mars). p 87.

¹⁵⁰ Voir en ce sens, Fouchard, Gaillard, Goldman, Traité de l'arbitrage..., précité, p 944 et s.

¹⁵¹ CA Paris 20 juin 1989, Rev.Arb, 1989 p 280, note Idot.

l'absence de la convention d'arbitrage valable et la violation de l'ordre public, la cour répondue de manière globale aux deux moyens.

Le second grief fondé sur la violation de l'ordre public est d'une efficacité limitée en matière d'arbitrage international, si seul l'ordre public international est pris en considération, d'après Mme Idot¹⁵². Le juge saisi devait, d'une manière générale et à l'instar du juge d'exequatur, veiller à limiter les cas d'annulation pour cause d'inarbitrabilité aux hypothèses où la sentence viole les notions les plus fondamentales de moralité et de justice en cours dans l'Etat du for, estime M.Honatiou¹⁵³.

§2 : Le contrôle par le juge d'exécution.

En matière d'arbitrage international, il faut au préalable déterminer au regard de quelle loi le juge d'exécution vérifie-t'il l'arbitrabilité du litige ?

La tendance majoritaire estime, aujourd'hui, que cette vérification se fait en principe au regard de la loi du juge saisi, c'est-à-dire, ce que on appelle la loi de *for*. C'est d'ailleurs, la solution retenue par les conventions internationales.

Tout d'abord, l'article V §2 de la convention de New York de 10 juin 1958 qui dispose que « la reconnaissance et l'exécution d'une sentence arbitrale pourrait aussi être refusée si l'autorité compétente du pays où la reconnaissance et l'exécution sont requises constate:

a) que d'après la loi de ce pays, l'objet du différend n'est pas susceptible d'être réglé par voie d'arbitrage.

b) que la reconnaissance ou l'exécution de la sentence serait contraire à l'ordre public ».

Ensuite, l'article 6) 2) la convention européenne sur l'arbitrage commercial international, signée à Genève le 21 avril 1961, prévoit que : « le juge pourra ne pas reconnaître la convention d'arbitrage si, selon la loi du *for* le litige n'est pas susceptible d'arbitrage ».

Par conséquent, d'après Fouchard, « la compétence de la loi du lieu d'exécution est édictée à titre de règle, et n'est pas de résultat du jeu de l'exception d'ordre public,

¹⁵² Idot, *Competition and arbitration law*, CCI, 1993, p 34.

¹⁵³ Honatiou, *L'arbitrabilité...*, précité, p 88.

qui aurait évincé la loi normalement applicable...c'est la loi du juge d'exequatur qui est directement applicable à l'arbitrabilité, et qui l'est, en principe, dans ses dispositions internes comme s'il s'agissait d'un arbitrage interne »¹⁵⁴. En d'autres termes, « l'arbitre doit interroger le droit du pays du lieu de futur lieu d'exécution de la sentence pour savoir si celui-ci admet la validité de la convention d'arbitrage.. »¹⁵⁵

Bien que « dans l'ensemble, la jurisprudence ne semble pas avoir fait une application très fréquente (de ces textes) pour refuser la reconnaissance ou l'exécution d'une sentence »¹⁵⁶. Ces textes ont été critiqués par la doctrine puisqu'ils font dépendre l'arbitrabilité d'un litige de différend lieu d'exécution. Ainsi, selon M. Motulsky,¹⁵⁷ qui en critiquant la disposition de l'article V§ 2 de la convention de New York, déclare à ce sujet : « cette disposition allait trop loin, en ce qu'elle permettait au juge de l'Etat d'accueil de refuser la reconnaissance ou l'exécution de la sentence au vu de sa propre conception des matières susceptibles d'être réglées par voie d'arbitrage. Or, les limites fixées par les ordres juridiques de l'arbitrabilité du litige ne traduisent pas toutes des conventions fondamentales de cet Etat. »

De même, certaines limites posées par l'Etat d'accueil à l'arbitrabilité du litige, traduisent des politiques essentielles. C'est le cas de non arbitrabilité des droits extrapatrimoniaux ou droits de la famille. En revanche, certaines matières sont exclues de l'arbitrabilité en fonction de critères non fondamentaux, par exemple, les difficultés pécuniaires entre époux en instance de divorce. Cette matière peut par contre faire l'objet d'arbitrage dans certains pays comme la suisse, en effet, en vertu de l'article 177/1 de la LDIP, « l'arbitrage peut se porter sur toute une matière de nature patrimoniale ».

Pour toutes ses raisons, certains auteurs¹⁵⁸ ont proposé qu'une liste des matières que chaque Etat considère non arbitrables soit annexée à la convention de New-York, à l'occasion de sa réunion.

En somme, il n'y a pas lieu de faire une distinction entre le refus d'exequatur pour cause d'inarbitrabilité du litige, et violation de l'ordre public. Le contrôle du caractère arbitral du litige n'est qu'un aspect du contrôle de respect de l'ordre public.

¹⁵⁴ Fouchard, *les conflits de lois en matière d'arbitrabilité des litiges de propriété industrielle*, *Rev.Arb.*1977, p 67.

¹⁵⁵ Racine, *L'arbitrage commercial...*, précité, p 159.

¹⁵⁶ Gaillard, *J-CL arbitrage commercial international*, 1992, Fasc. 586-11 n°47, p14.

¹⁵⁷ Motulsky, *Etude et notes sur l'arbitrage*, précité, p 213.

¹⁵⁸ Level, *L'arbitrabilité*, précité. p 254.

Il faut signaler, qu'il s'agit de l'ordre public visé par la convention de New York, c'est l'ordre public international et non l'ordre public interne. D'ailleurs, c'est cette conception qui a été retenue par le législateur algérien dans l'article 1051 al.1 CPCA qui dispose : « les sentences d'arbitrage international sont reconnues en Algérie si leur existence est établie par celui qui s'en prévaut et si cette reconnaissance n'est pas contraire à l'ordre public international ».

Ayant constaté l'inarbitrabilité, la question qui se pose est de savoir quelles sont les conséquences de cette constatation ?

La tendance majoritaire estime que les sanctions sont identiques dans les divers systèmes.

La constitution de l'inarbitrabilité est une cause de l'annulation de la sentence si un tel recours est ouvert, et de rejet d'exequatur dans les autres cas.

Enfin, certains auteurs¹⁵⁹ se sont interrogés sur la possibilité d'envisager dans cette nature, un exequatur partiel ou une annulation partielle en séparant les allégations inarbitrables des autres.

En l'absence d'une jurisprudence claire sur ce sujet, hormis dans la jurisprudence américaine qui utilise la méthode appelée de «séparabilité», il apparaît difficile de mettre en œuvre cette répartition des allégations, d'ailleurs, la doctrine est hostile à cette méthode, comme le déclare Mme Linsmeau ¹⁶⁰ : « il apparaît difficile de concevoir qu'une sentence qui par hypothèse n'a pas acquis l'autorité de la chose jugée à cause de vice intrinsèque dont elle s'est affectée, puisse faire l'objet d'une quelconque forme d'exécution » .

¹⁵⁹ *Idot, L'arbitrabilité des litiges, l'exemple français, p 13.*

¹⁶⁰ *Linsmeau, Competition and arbitration law, 1993, p 301.*

DEUXIEME PARTIE – L'ARBITRABILITE SUBJECTIVE

L'arbitrabilité subjective¹⁶¹ dépend de la réponse à la question : qui peut compromettre ? En raison de la nature ou la mission de l'une des parties à la convention d'arbitrage, qu'il s'agisse de l'Etat, d'un organisme public ou d'une personne physique, le législateur exige, parfois, que ceux-ci soient exclusivement soumis à la juridiction étatique. Dans cette hypothèse, L'inarbitrabilité subjective existe et il est, par conséquent, interdit à l'Etat, à ses démembrements (organismes publics) ou une personne physique de faire trancher les litiges par voie d'arbitrage. On parle alors de la non-arbitrabilité subjective ou de la non- arbitrabilité *ratione personae*.

L'arbitrabilité subjective concerne donc la qualité de la personne qui peut se soumettre à l'arbitrage, il s'ensuit que *l'arbitrabilité subjective est la possibilité accordée à une personne déterminée de conclure une convention d'arbitrage*. En réalité, c'est surtout à propos de l'aptitude des personnes morales de droit public, à compromettre que la question de l'arbitrabilité subjective s'est posée.

Nous examinons la problématique de l'arbitrabilité subjective dans deux chapitres : le chapitre premier sera consacré à l'étude de l'aptitude des personnes morales de droit public à compromettre, le deuxième chapitre traitera de la capacité et du pouvoir des personnes physiques à compromettre.

¹⁶¹ Sur l'arbitrabilité subjective, Voir notamment, Fouchard, Gaillard, Goldman, *Traité de l'arbitrage...*, précité, p 330 et s, Bockstiegel, *Arbitrability and public policy*, ICCA Congress Series, n°3.1987, p 17, P. Lalive, *ordre public transnational(ou réellement international) et arbitrage international*, Rev.Arb. 1986, p 329, Gaillard.E, *J-CL droit international, Convention d'arbitrage, arbitrabilité Fasc.586-3,1994*, A.P, *J-CL. Procédure civile, Convention d'arbitrage, condition de fond, litiges arbitrables. Fasc. 1024,1996*, Hanotiau.B, *L'arbitrabilité et la for arbitrandum : un réexamen*, JDI N° 4.1994, p 899, Racine, *L'arbitrage commerciale et ordre public*, LGDJ, Paris 1999, p 25 et s.

Chapitre I : L'aptitude à compromettre des personnes morales de droit public¹⁶²

De nombreux droits nationaux contiennent des dispositions qui limitent ou excluent l'arbitrabilité des litiges auxquels l'Etat ou un établissement public est partie. Ces dispositions sont souvent contenues dans un article de loi qui, d'une manière générale, définit quels sont les litiges non susceptibles d'arbitrage. Il a donc été considéré plus judicieux d'examiner sous l'angle de l'arbitrabilité la question de savoir si un Etat ou un établissement public peut valablement conclure une convention d'arbitrage. Même si cette aptitude n'est en fin de compte qu'un aspect de la capacité¹⁶³ de la personne morale en cause, elle participe davantage à la problématique de l'arbitrabilité qu'à celle de la capacité, par son objet et, par voie de conséquence, par la solution qui lui sera apportée.

En fait, la participation de l'Etat à l'arbitrage pose, dans l'optique de l'arbitrabilité *sensu lato*, trois types de problèmes :

- Celui de la faculté de la partie étatique de convenir d'un arbitrage, dont on peut débattre de la question de savoir si les dispositions qui concernent cet aspect touchent à la capacité ou au pouvoir de l'Etat de se soumettre à l'arbitrage ;

- Celui de la capacité de l'Etat, dans le sens classique de son aptitude à conclure une convention d'arbitrage : problèmes des pouvoirs des signataires de la convention d'arbitrage ou de l'observation des procédures d'autorisation :

- Un problème éventuel d'arbitrabilité objective du litige faisant l'objet de la convention d'arbitrage, en raison de la matière concernée, qu'il s'agisse d'un contrat d'Etat, d'une concession, d'un contrat administratif ou d'un contrat relatif aux investissements étrangers sur le territoire national.

Le problème de l'arbitrabilité subjective concerne le premier aspect envisagé, à savoir la faculté de l'Etat de compromettre. Force est de constater, que l'arbitrabilité subjective des litiges internationaux auxquels un Etat, un organisme ou un établissement public est partie, tend à être considérée comme une règle matérielle du droit de l'arbitrage international ou, à tout le moins, comme un principe d'ordre international ayant dès lors pour effet d'exclure l'application d'une loi étrangère qui interdit à l'Etat étranger ou à un de ses démembrés de compromettre et serait invoqué par eux pour contester la validité de la convention d'arbitrage(section1).

¹⁶² L'article 49(modifié) du code civil Algérien dispose : « Les personnes morales sont : l'Etat, la willaya, la commune, les établissements publics à caractère administratif..... ».

¹⁶³ Motulsky, déclarait à cet effet : « je persiste toujours à croire que c'est une question de capacité (...), il s'agit de l'aptitude de l'Etat à compromettre ou à ne pas compromettre : je ne sais pas comment on pourrait définir cela autrement que comme un problème de capacité », *Rev.Arb.*, 1956, p 38.

Ceci n'est pas le cas encore des litiges de droit interne qui demeurent soumis à des restrictions de nature administrative ou d'origine légale au libre recours à l'arbitrage (section 2).

Section 1: L'aptitude à compromettre reconnue en droit international.

L'aptitude à compromettre des personnes publiques, en matière de commerce international, n'a été reconnue qu'après une rude bataille, dans laquelle les pourfendeurs de l'arbitrage international s'appuient sur les interdictions du droit interne des personnes publiques pour invalider la clause compromissoire, alors qu'au contraire les tenants de l'arbitrage soutenaient que la capacité à compromettre des entités publiques, telles que les Etats, les collectivités publiques ou les établissements publics, ne devaient plus s'apprécier au regard de leur droit interne mais au regard d'une norme issue de l'ordre juridique international.

La solution est consacrée par plusieurs législations récentes en matière d'arbitrage, par les jurisprudences étatiques, par les pratiques arbitrales internationales¹⁶⁴, ainsi que par les conventions internationales. Elle s'impose tant à l'arbitre qu'au juge, qu'il s'agisse du juge étatique chargé d'apprécier la validité de la convention d'arbitrage ou du juge de l'exequatur.

§ 1 : L'aptitude de compromettre dans les droits étatiques.

L'évolution, vers une très large arbitrabilité des litiges auxquels un Etat ou un établissement public est partie tend, à être consacrée dans les législations nationales récentes.

1- En droit Algérien

¹⁶⁴ Voir en ce sens, Trari Tani, *Le droit Algérien de l'arbitrage commercial international*, 1^e éd Berti, 2007, p 59 et s.

En matière internationale, l'article 1006 du nouveau code de procédure civile reconnaît et réaffirme clairement l'arbitrabilité des litiges impliquant l'Etat et les personnes de droit public algériennes, par dérogation au principe de l'inaptitude en matière interne, en ces termes : « *les personnes morales de droit public ne peuvent pas compromettre sauf dans leurs relations économiques internationales* ».

Cette prérogative consacre une pratique longtemps suivie par les organes étatiques algériens dans les contrats internationaux¹⁶⁵, au mépris d'une prohibition édictée par l'ancien article 442 CPC. En effet, avant sa modification en 1993 par le décret législatif n° 93-09 du 25 avril 1993, cet article dans son alinéa 3 disposait : « *l'Etat et les personnes morales de droit public ne peuvent compromettre* ». Considéré par M.Isaad¹⁶⁶ comme un héritage du droit français qui avait connu une règle analogue.

Bien que ne distinguant pas les litiges internes des litiges internationaux, il y a néanmoins toujours eu une dichotomie entre la pratique contractuelle des opérateurs publics algériens et la position officielle de l'Algérie à l'égard de l'arbitrage international. Théoriquement, deux interprétations divergentes de l'article sus-visé étaient avancées. La première, extensive, consistait à étendre la prohibition de compromettre à l'Etat, aux collectivités territoriales et wilayas, mais également à tous les établissements publics à caractère administratif, aux anciennes entreprises publiques socialistes ainsi qu'aux établissements publics industriels et commerciaux (EPIC), sur le fondement de l'article 49 du code civil algérien. Selon une seconde interprétation, restrictive, guidée par les nécessités du commerce en général et international en particulier, l'article 442 alinéas 3 devait exclure les établissements publics industriels et commerciaux (EPIC), ainsi que les clauses compromissaires souscrites par les entreprises publiques algériennes qui se rapportaient à un contrat conclu dans les conditions de droit privé.

En pratique, les clauses compromissaires souscrites en matière internationale par les opérateurs publics algériens n'ont, cependant, pas connu le sort qui leur était réservé sous l'empire de l'ancien article 442 al 3¹⁶⁷. En effet, l'interdiction introduite par cet article a été très tôt battue en brèche sous le poids des nécessités économiques. Après la nationalisation intervenue en 1971 et les textes qui s'en sont suivis avaient obligé les

¹⁶⁵ M.Terki, *L'arbitrage international et l'entreprise publique en Algérie*, Rev.Arb, 1990, p 585.

¹⁶⁶ M.Isaad, *Le décret législatif algérien du 23 avril 1993 relatif à l'arbitrage international*, Rev.Arb, 1993 n°3, p 375.

¹⁶⁷ M.M.Bejaoui, *Mebroukine, Le nouveau droit de l'arbitrage international en Algérie*, JDI, n°4, 1993.

entreprises étrangères désireuses d'exercer une activité dans le domaine des hydrocarbures en Algérie, à ne pouvoir intervenir que dans le cadre d'une société mixte avec la société nationale algérienne. Pour ce, la société étrangère devait créer une filiale de droit algérien avec ayant son siège en Algérie, les litiges qui opposaient les deux sociétés devaient être obligatoirement soumis à la compétence des juridictions algériennes. Les entreprises étrangères non satisfaites, ont exigé de conclure un protocole avec l'Etat algérien y insérant une clause compromissoire. Le cas *Getty*¹⁶⁸ de 19 octobre 1968 publié au journal officiel en est l'exemple. En effet, l'article 17 de cet accord stipule que : « Nonobstant toutes dispositions contraires, tous les litiges ou contestations, entre l'Etat algérien et la société *Getty*, relatifs aux droits qu'elle détient, aux obligations auxquelles elle est soumise, du fait de ses activités pétrolières en Algérie, et en application des dispositions légales et réglementaires en vigueur ou contractuelle, notamment celles issues du présent protocole, relèvent de l'arbitrage défini ci-après... »

Les circonscriptions administratives et territoriales (les wilayas) souscrivaient également des clauses compromissoires dans leurs contrats internationaux, s'en tenant notamment à un décret n° 82-145 du 10 avril 1982 portant réglementation des marchés de l'opérateur public et une circulaire émise par le premier ministre le 18 novembre 1982, qui autorisait plus clairement l'arbitrage, qui est venu apporter une clarification de la situation :

« Pour ce qui est de la question de savoir qui peut valablement compromettre, le conseil interministériel a admis que nos entreprises publiques nationales ou locales, dès lors qu'elles ne sont pas assimilables à des personnes morales de droit public et qu'elles sont dotées de l'autonomie financière, pouvaient, comme par le passé, compromettre ».

En admettant ainsi cette capacité de compromettre par référence au passé, cette circulaire n'introduit nullement une quelconque modification de l'article 442, al. 3, du code de procédure civile. Elle ne fait, en réalité, que réaffirmer d'une manière solennelle, l'interprétation restrictive de ce texte.

Le règlement d'arbitrage algéro-français, annexé à l'échange de lettres du 27 mars 1983¹⁶⁹, avait donné lieu à deux procédures arbitrales, du 7 août 1989 et le 7 août 1991¹⁷⁰, rendues par un Tribunal arbitral dans deux affaires différentes opposant une société française à une wilaya. M. Issad mentionne dans un article¹⁷¹ que les entreprises publiques qui ont en charge le secteur le plus important de l'économie recouraient

¹⁶⁸ *JORA*, 1972, p 1092.

¹⁶⁹ *M.Mebroukine, Le règlement d'arbitrage Algéro-Français du 27 mars 1983, Rev.Arb, 1986, p191.*

¹⁷⁰ *INEDITS, citée par Mebroukine et Bedjaoui, Le nouveau droit de l'arbitrage..., JDI, 4, 1993.*

¹⁷¹ *M.Isaad, Le décret législatif ..., article précité, p 378.*

presque systématiquement à une clause compromissoire dans leurs contrats internationaux. A partir de 1988, même les juridictions algériennes refuseront de censurer les clauses compromissoires souscrites par les opérateurs publics en matière internationale. Par un arrêt du 6 novembre 1989¹⁷² la chambre commerciale de la cour d'Alger, a reconnu sans aucune équivoque, la validité d'une clause compromissoire souscrite par une entreprise publique.

Le contrat, conclu le 20 mai 1983, entre *la société française Creusot-Loire et l'Entreprise Publique de Construction (ENTMP)* avait pour objet la réalisation de travaux de génie civil et l'extension d'une usine d'aliment de bétail. Il contient une clause au terme de laquelle, les parties conviennent que tout litige se rapportant à ce marché, sera définitivement tranché, conformément au règlement de conciliation et d'arbitrage de la C.C.I., par un collège de trois arbitres siégeant à Genève.

Comme des difficultés sont apparues dans l'exécution de cet accord, l'entreprise locale a introduit une action auprès du Tribunal de Birmandreïs, lequel s'est déclaré compétent pour trancher ce différend.

Pour réformer cette décision du juge du premier degré, la cour d'appel a d'abord commencé par reconnaître la validité de cette clause par application de l'article 442, al.1 du Code de procédure civile, qui autorise toute personne à compromettre « sur les droits dont elle a la libre disposition ».

Après avoir ensuite invoqué les dispositions de l'article 442, al.3, de ce code, elle laisse implicitement entendre que l'interdiction faite aux personnes morales de compromettre, édictée par ce texte, est inopérante en l'espèce, car : « *L'intimée, qui est une société nationale, est considérée comme une personne morale de droit privé puisqu'elle agit comme un commerçant (...) et que, par conséquent, se sont les dispositions du code de commerce qui lui sont applicables* ».

C'est en fonction de ce caractère commercial et des dispositions de l'article 106 du Code civil selon lequel : « le contrat fait la loi des parties », que l'arrêt du 6 novembre 1989 conclut en donnant son plein effet à « la volonté des parties de relever de la compétence d'une juridiction arbitrale ». Cette motivation, quoique valable, reste en-deçà des arguments qu'on avance, aujourd'hui, pour fonder la validité de la convention d'arbitrage en droit comparé, que sont les exigences et les usages du commerce international, fait observer M.Trari Tani.¹⁷³

¹⁷² Citée par M.Bedjaoui et Mebroukine, *le nouveau droit de l'arbitrage*, précité, .JDI, 4, 1993.

¹⁷³ Pour plus d'analyse de cette décision, Voir M.Trari Tani, *Droit algérien de l'arbitrage...*, précité p 63 et 64.

La crise économique qu'a connu l'Algérie à la moitié des années 80, a poussé le législateur à modifier les statuts des entreprises socialistes en entreprises publiques économiques en les soumettant à un régime de droit privé par une loi n° 88-01 du 12 janvier 1988¹⁷⁴ leur permettant expressément de compromettre¹⁷⁵. L'origine de cette évolution législative se trouve dans l'article 20, ali-1^{er} qui commence d'abord par introduire une importante innovation :

« Les biens relevant du patrimoine de l'entreprise publique économique, exception faite d'une partie de l'actif net équivalent à la contre-valeur du capital social, sont cessibles, aliénables et saisissables selon les règles en usage dans le commerce ».

Après cette remise en cause partielle de la règle traditionnelle l'inaliénabilité des biens du secteur public, l'al.4 de l'article 20 dispose :

« Les (ces biens) peuvent, en outre, faire l'objet de transactions au sens de l'ali-1^{er} de l'article 442 de l'ordonnance n°66-154 du 8 juin 1966 ».

Contrairement, à ce que la lecture de cette disposition pourrait supposer à première vue, c'est en réalité, la capacité de compromettre qui est ainsi reconnue à l'entreprise publique économique, sauf que les rédacteurs de ce texte ont singulièrement eu recours par erreur ou par souci de détourner l'attention de députés encore hostiles à l'arbitrage ?- à l'expression de « transaction », selon M Terki¹⁷⁶. Mais en l'espèce, ce n'est certainement pas cette notion que le législateur a réellement entendu. En effet, d'une part, la transaction est définie par l'article 459 du Code civil et non par le texte auquel fait référence l'article 20 de la loi du 12 janvier 1988, d'autre part, et ce qui est le plus important, l'alinéa 1^{er} de l'article 442 de l'ordonnance du 8 juin 1966, c'est-à-dire du Code de procédure civile, auquel renvoie le législateur, ne traite que la faculté de recourir à l'arbitrage en prévoyant « toute personne peut compromettre sur les droits dont elle a la libre disposition ».

Au-delà de l'utilisation inappropriée du terme « transaction », en se référant ainsi à cette disposition le législateur ne fait donc que reconnaître à l'entreprise publique économique une capacité de compromettre. Toutefois, ce droit qui est reconnu à cette entité n'a pas un caractère absolu, en conformité avec les prescriptions précitées de l'article 442, al-1^{er} du Code de procédure civile. Cette aptitude à recourir à une clause compromissoire ne doit, en principe, s'exercer que dans la limite des biens dont cette

¹⁷⁴ Terki, *L'arbitrage international ...*, Rev.Arb, 1990, p 585 ; JORA 1988, n°2, art 20.

¹⁷⁵ Trari Tani, *Droit algérien de l'arbitrage...*, précité, p 63.

¹⁷⁶ Terki, *L'arbitrage international*, précité, p 592.

personne a la libre disposition. C'est-à-dire « exception faite d'une partie de l'actif net équivalent à la contre-valeur du capital social ». (Article 20 al-1^{er}, loi n°88-01 de 1988).

Ceci a laissé penser à M.Isaad¹⁷⁷ à l'époque, que l'évaluation de l'assiette des biens cessibles et saisissables pourrait constituer un facteur de complication dans la mise en œuvre de la faculté d'utiliser l'arbitrage comme procédé de règlement des litiges. Car cela signifierait, poursuit l'auteur, que, seule l'entreprise dont le bilan serait excédentaire, aurait le droit de compromettre.

En pratique, il paraît néanmoins peu probable, reconnaît M.Isaad¹⁷⁸ que cette limitation patrimoniale puisse constituer un réel obstacle. Ne serais-ce que parce qu'une entreprise publique économique qui aurait conclu un contrat comportant une clause compromissoire, pourrait ensuite difficilement soulever l'incompétence du tribunal arbitral en invoquant le dépassement de cette limitation.

Dans la même lignée, des accords internationaux ont été signés par l'Etat algérien, accords portant sur la protection des investissements, conclus le 5 et le 6 octobre 1991 avec l'union économique belgo-luxembourgeoise et l'Italie qui se réfèrent l'un et l'autre aux CIRDI « dès que les deux Etats auront adhéré à plein titre », en l'occurrence le 22 mars 1996, date de l'entrée en vigueur de la convention de Washington en droit positif algérien. Enfin, l'Algérie adhéra également à la convention instituant la CIAGI¹⁷⁹.

S'inscrivant dans le même sens de l'évolution, l'ordonnance n°93-12 du 5 octobre 1993 relative à la promotion des investissements étrangers, a abrogé les lois de 1982 et de 1986 et autorisé, en vertu de son article 41, que « tout différend entre l'investisseur étranger et l'Etat algérien résultant des faits, de l'investisseur ou, d'une mesure prise par l'Etat algérien à l'encontre de celui-ci sera soumis aux juridictions compétentes sauf conventions bilatérales ou multilatérales conclues par l'Etat algérien relatives à la conciliation et à l'arbitrage ou accord spécifique stipulant une clause compromissoire ou permettant de convenir d'un compromis par arbitrage ad hoc ».

L'originalité de ce texte réside dans le fait que pour la première fois dans un texte à valeur législative, l'Etat algérien, même s'il n'a pas été expressément autorisé à compromettre, admet néanmoins, par dérogation au principe de la compétence des tribunaux, que celui-ci puisse participer à l'arbitrage, si un traité international ou un

¹⁷⁷ Isaad, *Le décret législatif...*, article précité, p 383.

¹⁷⁸ Issad, *ibid*, p 384.

¹⁷⁹ *La compagnie inter-arabe pour la garantie de l'investissement.*

accord d'établissement le prévoit, comme l'a souligné M.Trari Tani¹⁸⁰. La seule limite à la liberté de souscrire une clause compromissoire étant, que l'Etat doit soumettre la résolution du litige à un organe arbitral ad hoc et non à une institution d'arbitrage.

Cette évolution a été parachevée par le 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. Ce décret, en autorisant ouvertement les entreprises publiques à compromettre en matière internationale, a levé les derniers doutes et obstacles quant à la possibilité de compromettre pour les personnes publiques en matière internationale. Ce texte considéré comme libéral à son époque, permet de mettre le droit algérien au niveau des législations contemporaines, le plaçant ainsi à la pointe des pays du tiers monde en ce domaine.

Dans le cadre des processus en cours d'internationalisation du droit libéral et de la privatisation de l'économie algérienne, le nouveau Code de procédure civile et administrative consacre plus de cinquante articles (articles 1005 à 1060) en faveur de la promotion de l'arbitrage et de l'activité arbitrale en Algérie et confirme si besoin le souci de se conformer aux règles de l'économie libérale.

Comme il a été mentionné précédemment, le nouveau Code de procédure civile et administrative réaffirme sans ambiguïté, l'aptitude des personnes morales à compromettre dans leurs relations économiques internationales. Toutefois, à l'inverse de l'ancien texte (article 458 bis) qui subordonnait l'internationalité de l'arbitrage à deux critères, économique et juridique, celui-ci (article 1039) dans sa nouvelle rédaction, n'a retenu qu'un seul critère dit économique, critère emprunté au droit français, en abandonnant le critère juridique qui stipulait, que le lieu du siège ou du domicile de l'une des parties au moins doit être situé à l'étranger.

Le nouvel article 1039 du Code de procédure civile et administrative, dans sa formulation, soulève quelques interrogations en déclarant : « est international (...)l'arbitrage qui met en cause les litiges relatifs à des intérêts économiques d'au moins

¹⁸⁰ *Trari Tani, droit Algérien de l'arbitrage..., précité, p 27.*

deux Etats », or une telle définition selon M.Trari Tani ¹⁸¹ pourrait être source d'incertitude, car si l'arbitrage se rapportant à des relations commerciales entre deux entreprises ressortissantes de deux Etats différents, ou à celle entre un Etat et une entreprise ressortissante d'un autre Etat, est bien un arbitrage international, il n'est pas sur que l'arbitrage qui peut avoir lieu entre deux Etats relativement à une question relevant de leurs attributions économiques et donc de leurs intérêts économiques, soit exclu de la définition que donne le nouveau texte. Or, ce type d'arbitrage n'est pas forcément un arbitrage commercial international, poursuit l'auteur. La deuxième interrogation, consiste en la non reprise à son compte de la formulation « commerce international » au profit d'une formulation a priori plus large, « économiques », mais en réalité n'apportant pas de modification substantielle quant à la portée et la teneur du texte. Le remplacement de l'expression « commerce » par « économique » n'ayant aucune incidence sur la définition. Elle ne débouche pas sur une tautologie, car l'internationalité de l'arbitrage « est celle qui résulte d'un litige qui intéresse l'économie de plus d'un pays ». M. Fouchard¹⁸² vient corroborer cette remarque, en définissant ainsi le commerce international « le commerce international désigne tous les échanges économiques à travers les frontières et ne ramène en aucun cas à la définition interne, étroite et technique, de l'acte de commerce ou du commerçant ». De la même, M.de Boissésou¹⁸³ parle de déclin du critère strict de commercialité.

On peut donc conclure, que le droit algérien a fait sienne une approche libérale de l'arbitrage international, justifiée par la nécessité d'offrir aux parties une possibilité de règlement approprié à leurs litiges.

2- En droit comparé :

A)- L'antécédent français.

Les restrictions apportées, en droit interne français à l'arbitrabilité des litiges concernant l'Etat et les personnes morales de droit public, ont été écartées de longue date par la jurisprudence en matière internationale.

Le point de départ de cette jurisprudence se trouve dans l'arrêt rendu par la cour d'appel de Paris le 10 avril 1957¹⁸⁴ dans l'affaire *Myrtoon Steamship*. La cour y a

¹⁸¹ Trari Tani, *L'arbitrage international...*, précité, p 373.

¹⁸² Fouchard, *JDI* 1982, p 374.

¹⁸³ de Boissésou, *Le droit français de l'arbitrage*, p 420

¹⁸⁴ *CA Paris*, 10 avril 1957. *Myrtoon steamship C. Ministère de la marine marchande*, *JDI*.1958, 1002, note B.Goldman.

décidé, pour la première fois, que « *la prohibition (faite à l'Etat de compromettre) est limitée aux contrats d'ordre interne et sans application pour les conventions ayant un caractère international* » et que « *l'interdiction qui résulte(ait)(à l'époque) de l'article 1004 du code de procédures civiles n'est pas d'ordre international* », ce qui implique sans doute, que le juge français ne devait pas exclure l'application d'une loi étrangère qui ne la connaîtrait pas. D'autres décisions ont, ensuite repris la même solution, sans éprouver le besoin de se prononcer sur la qualification de l'interdiction de compromettre ni sur la source de droit à laquelle elles se référaient pour l'écarter dans l'arbitrage relatif à des contrats internationaux.

Par son arrêt *San Carlo* du 14 avril 1964¹⁸⁵ la cour de Cassation devait écarter à son tour, dans les arbitrages internationaux, la prohibition de compromettre déduite, à l'égard des personnes morales de droit public, des articles 1004 et 83 du code de procédures civiles. La cour relevait la spécificité des besoins du commerce international, en affirmant que : « *la cour d'appel avait seulement à se prononcer sur le point de savoir si cette prohibition générale, édictée dans les contrats internes, devrait encore s'appliquer à un contrat international de droit privé, passé pour les besoins et dans les conditions conformes aux usages du commerce maritime* » mais elle concevait encore la décision en terme de règle de conflit en approuvant la cour d'appel d'avoir « *estimé que cette question relevait de la loi du contrat et non de la loi personnelle des parties contractantes* ». Cette justification artificielle qui pouvait conduire à des solutions variables en fonction des espèces-, a été abandonnée par la Cour de cassation dans son célèbre arrêt *Trésor public c. Galakis* du 2 mai 1966¹⁸⁶ qui approuve, en terme de règles matérielles, la cour d'appel d'avoir décidé que la prohibition n'était pas applicable « *à un contrat international passé pour les besoins et dans les conditions conformes du commerce maritime.* »

L'intérêt de l'arrêt réside dans l'absence de référence à une loi étrangère, en l'espèce la loi anglaise, validant la clause compromissaire. Celle-ci est valable indépendamment d'une quelconque loi étatique. Il faut et il suffit que la convention dans laquelle est insérée la clause compromissaire soit « *un contrat international passé pour les besoins et dans les conditions conformes aux usages du commerce maritime* ». La prohibition de compromettre concernant les personnes publiques affecte uniquement les contrats internes et inopérante lorsque le contrat est international et passé pour les besoins du commerce international.

¹⁸⁵ Civ.1^e, 14 avril 1964. *ONIC C. Capitaine de San Carlo*, *JDI*, 1965.646, note B. Goldman.

¹⁸⁶ Civ.1^e, 2 mai 1966, *Trésor public C. Galakis*, *JDI*, 1966.648, note Level.

Le droit français contient donc deux règles opposées, l'une prohibant les clauses d'arbitrage insérées dans un contrat interne, l'autre validant les mêmes clauses insérées dans un contrat international.

Cette règle matérielle issue de l'arrêt *Galakis* n'a pas été reprise formellement dans le décret du 12 mai 1981 portant réforme de l'arbitrage international pour des raisons d'ordre constitutionnel. Dans l'exposé des motifs du décret, le garde des sceaux indiqua cependant « les dispositions nouvelles(...)ne remettent nullement en cause les principes maintenant établis par la jurisprudence de la cour de Cassation en ce qui concerne le régime juridique de l'arbitrage international ; il en est ainsi notamment de la portée de la convention d'arbitrage international au sujet de laquelle il a été jugé qu'il ne pouvait y être mis obstacle au motif(...)qu'une telle convention aurait été conclue par un Etat ou une personne morale de droit public... ».¹⁸⁷

Par la suite, la jurisprudence a étendu la règle matérielle consacrant la validité des conventions d'arbitrage aux Etats et personnes publiques étrangères. En effet, après l'arrêt *Galakis*, la question de l'application de la règle aux Etats étrangers restait posée.

La cour d'appel de Paris, dans un arrêt du 20 janvier 1987¹⁸⁸, avait à cet égard, raisonné en termes de conflit de lois et a conclu à la validité d'une clause d'arbitrage signée par, une entreprise publique tunisienne en application du droit tunisien.

M. Loquin¹⁸⁹ a pu écrire que « *le principal intérêt de l'arrêt commenté sur cette question est en effet qu'il consacre la compétence de la loi personnelle de l'entreprise publique pour déterminer sa capacité de compromettre* ».

L'abandon de la méthode des conflits de lois dans tout le domaine de la convention d'arbitrage a eu pour conséquence, l'application d'une règle matérielle de validité aux conventions d'arbitrage international souscrites par des personnes morales de droit public étrangères.

La cour d'appel de Paris, dans son arrêt du 17 décembre 1991¹⁹⁰ avait à statuer sur le recours en annulation formé par *Gatoil*, société de droit panaméen, à l'encontre de sentences rendues à Paris et retenant notamment la compétence du tribunal arbitral.

¹⁸⁷ Fouchard, *L'arbitrage international en France après le décret du 12 mai 1981*, JDI, 1982, 374.

¹⁸⁸ CA Paris, 20 janvier 1987, *Bomar Oil.C Entreprise tunisienne d'activité pétrolière (ETAP)*, JDI 1987,934.

¹⁸⁹ M.Loquin, note sous, CA Paris, 20/01/1987, JCP, 1987, n°1.

¹⁹⁰ *Gatoil*, Rev.Arb.1993. p.281, note H.Syvnet.

Gatoil prétendait que *la National Iranian Oil Company* (NIOC), société de droit iranien est demanderesse à l'arbitrage, n'avait pas la capacité de compromettre en application de l'article 139 de la constitution de la république islamique d'Iran. *Gatoil* soutenait l'application de ce texte en invoquant « la compétence exclusive du droit public de l'Etat pour régir le fonctionnement de ses organes » et l'utilisation « de la règle de conflit de loi nationale...la question de la capacité et du pouvoir de compromettre ».

La cour d'appel après avoir rappelé le principe de l'autonomie de la convention d'arbitrage, a considéré qu'« *en l'espèce, s'agissant de contrats internationaux passés pour les besoins et dans les conditions conformes aux usages du commerce international, la convention d'arbitrage est conforme à l'ordre public international..., Gatoil ne peut pas davantage fonder sa contestation de la capacité et des pouvoirs de NIOC sur les dispositions du droit iranien alors que l'ordre public international n'est pas intéressé par les conditions fixées en ce domaine dans l'ordre interne...* ». C'est dire on ne peut plus clairement, que la jurisprudence *Galakis* perdure, qu'elle a une portée générale et qu'elle s'applique à toutes les personnes morales du droit public, françaises ou étrangères.

Cette solution a été confirmée par la cour d'appel de Paris dans l'affaire *Grands Travaux d'Afrique* (arrêt *Bec Frères* du 24 février 1994¹⁹¹) dans lequel la cour a décidé à propos d'un contrat passé par le ministère tunisien de l'équipement avec une société française et une société tunisienne à la suite d'un appel d'offres pour la construction d'une route, que :

«La prohibition de compromettre est limitée aux contrats d'ordre interne ; que cette prohibition n'est en conséquence pas d'ordre public international ; que pour valider la clause compromissoire incluse dans un marché, il suffit de constater l'existence d'un contrat international passé pour les besoins et dans les conditions conformes aux usages du commerce international ».

Dans un arrêt du 13 juin 1996¹⁹², la cour d'appel a réaffirmé cette solution (Arrêt *Ikori*). Le litige opposait une personne publique Koweïtienne, *la Kuwait Forgien Trading Contracting and Investment (KFTCIC)* à une société italienne à propos d'un

¹⁹¹ *Cet arrêt a été rendu dans la foulée du fameux arrêt Dalico de la Cour de cassation dans lequel la cour a décidé que, « en vertu d'une règle matérielle de l'arbitrage international, l'existence et l'effectivité de la clause d'arbitrage doivent être déterminées, sous réserve des règles impératives de droit français et de l'ordre public international, sur la base de l'intention commune des parties, sans qu'il soit nécessaire de se référer à un droit national ».* Cass.20 décembre 1993.JDI, 1994,432, note Gaillard.

¹⁹² *CA Paris, 1^e ch., 13 juin 1996, Rev. Arb 1997, p 251.*

contrat portant sur la construction de l'ambassade du Koweït à Alger. Une sentence arbitrale avait été rendue le 29 décembre 1993. Devant la cour de Paris, la partie koweïtienne contestait la validité de la clause d'arbitrage. Selon elle « le principe tiré de l'ordre public international qui valide les clauses compromissaires insérées dans les contrats commerciaux passés par les Etats pour les besoins et dans les conditions du commerce international est sans application au marché conclu...pour la construction d'un ouvrage public par nature devant servir à l'exercice des prérogatives de puissance publique de cet Etat (l'ambassade) ». *KFTCIC* niait l'internationalité du contrat pour échapper à la règle matérielle de la validité de la convention d'arbitrage. En conséquence, cette partie demandait l'application de la loi algérienne, loi du contrat, qui interdisait aux personnes publiques de compromettre. Après avoir décidé que le contrat mettait en jeu les intérêts du commerce international, et s'être référé au principe de l'autonomie de la convention d'arbitrage international, la cour d'appel de Paris rappelle que :

« La prohibition pour un Etat de compromettre ...n'est pas d'ordre public international, lequel interdirait au contraire à son opérateur de se prévaloir des dispositions de son droit national ou de la loi du contrat pour se soustraire a posteriori à l'arbitrage convenu ». La cour considère donc valable la convention d'arbitrage.

Ainsi consolidé, ce courant jurisprudentiel a fait de la règle interdisant à un Etat de se prévaloir des dispositions de son droit pour contester une convention d'arbitrage librement acceptée, un principe général d'arbitrage international.

Aujourd'hui, l'aptitude de compromettre est une règle matérielle de portée générale, qui s'applique, dès qu'un juge français est appelé à statuer sur la validité d'une convention d'arbitrage. Cette règle matérielle s'applique que la personne publique soit française ou étrangère.

B) – La solution en droit marocain

Sous l'empire de l'ancien article 306 du Code de procédure civile marocain, le législateur autorisait « *toutes personnes capables* » (et ceci inclus les personnes publiques) à « *souscrire un compromis d'arbitrage sur les droits dont elles ont la libre disposition* », mais ajoute qu'« *on ne peut compromettre (...) sur les questions intéressant l'ordre public et notamment les litiges concernant des actes ou des biens soumis à un régime de droit public* »

Cette prohibition était une prohibition matérielle relative au contenu du litige et non pas à la personne des parties. Comme l'affirme M.Gaudemet¹⁹³, « ce serait un complet contresens de vouloir chercher dans la formule du Dahir organique de 1913 et aujourd'hui de l'article 306 du Code de procédure civile une transposition maladroitement des solutions traditionnelles du droit français en matière d'arbitrage administratif »... « c'est donc sciemment et en toute connaissance de cause que le droit marocain a écarté le critère organique [du droit français], pour la prohibition de l'arbitrage et retenu au contraire un critère matériel, de toute évidence mieux adapté à l'évolution et à la diversification des modes d'administration publique ».

La jurisprudence marocaine en a facilement déduit que les actes conclus par des personnes morales de droit public et soumis à un régime de droit privé peuvent faire l'objet d'une convention d'arbitrage. Dans une affaire,¹⁹⁴ *l'Office National du Thé et du Sucre marocain (ONTS) et la Philippines Sugar Company Ltd (PSC)* avaient conclu un contrat de vente de sucre contenant une clause compromissoire visant le règlement du Conseil de l'Association du sucre de Londres. La partie marocaine s'étant abstenue de livrer la quantité de sucre convenue conformément au calendrier établi. PSC engagea la procédure arbitrale. La sentence rendue par le Conseil de l'Association de sucre de Londres condamnant ONTS fut présentée pour exécution au président du Tribunal de première instance de Casablanca qui lui accorda l'exequatur. En appel, ONTS prétendait que l'ordonnance d'exequatur devait être infirmée, au motif que la clause compromissoire serait contraire à l'ordre public marocain, ONTS étant une personne morale de droit public et le contrat étant conclu dans le cadre de ses activités administratives. Pour rejeter cette prétention, la cour d'appel de Casablanca se prononça comme suit :

« La cour doit se référer aux principes régissant l'ordre public international, dès lors que le litige porte sur une opération commerciale internationale qui est elle-même à l'origine de la sentence arbitrale soumise à l'exequatur. Conformément au décret du 7 septembre 1963, ONTS exporte, emmagasine, commercialise du thé et du sucre, activités pour lesquelles il est soumis dans ses activités au droit privé et, contrairement à ce que prétend l'appelante, ONTS une personne morale de droit public, certes, mais ses actes ne peuvent être considérés comme tels lorsqu'ils relèvent du droit privé, la doctrine et la jurisprudence reconnaissent de manière constante la validité d'une clause compromissoire conclue

¹⁹³ Gaudemet, *L'arbitrage de droit public au Maroc*, Rev.Arb. 2002 n°4, p 883.

¹⁹⁴ CA .Casablanca, 21 juillet 1983, Yearbook 1996, p 627.

par l'Etat ou par un organisme public, lorsque le contrat qui en est l'objet est international et de droit privé. C'est le cas en l'espèce (...) Rien n'affecte donc l'ordre public marocain. Le litige ne met ...pas en cause le commerce extérieur (article 306-6), mais une relation du commerce international ».

Si la solution n'est pas nouvelle, il faut souligner la référence aux « *principes régissant l'ordre public international* ». La cour d'appel de Casablanca distingue les solutions qui prévalent en droit interne de celles qui intéressent les litiges internationaux. La cour s'appuie même sur la doctrine et la jurisprudence qui le reconnaissent de manière constante pour consolider sa motivation. La méthode mérite d'être approuvée sans réserve, d'après Mme Najjar,¹⁹⁵ même si en l'espèce, la distinction entre litiges de droit interne et litiges internationaux ne concernait qu'un contrat d'Etat arbitral, soumis à un régime de droit privé.

En vertu de l'ancien article 306 les actes et biens soumis à un régime de droit public demeurent en revanche régis par un principe de prohibition du droit marocain. Le Maroc a adhéré, depuis 1965, à la convention de Washington, réduisant la portée de la prohibition de l'article 306 précité.

Pour pallier aux nombreuses insuffisances de cette réglementation et répondre aux attentes des investisseurs étrangers, le législateur marocain à l'instar de ses voisins algériens et tunisiens, qui ont depuis longtemps adopté des lois concernant l'arbitrage international, vient avec la nouvelle loi 08-05 promulguée par le dahir du 30 novembre 2007, doter le Maroc d'une réglementation similaire.

Ce nouveau texte ¹⁹⁶apporte de grandes nouveautés en la matière à commencer par l'arbitrage international « même si le Maroc est membre de la convention de New York de 1958 sur la reconnaissance des sentences arbitrales internationales, aucune disposition réglementant celles-ci n'était prévue dans l'ancien texte ». L'article 327-40 de la nouvelle loi définit l'arbitrage international et prévoit les conditions de ce recours telles que l'élément d'extranéité. En disposant « est international (...) l'arbitrage qui met en cause des intérêts du commerce international et dont l'une des parties au moins a son domicile ou son siège à l'étranger.

Un arbitrage est international si :

¹⁹⁵ N.Najjar, *L'arbitrage dans les pays arabes face à l'exigence du commerce international*, thèse, Paris II, 2003, p 196.

¹⁹⁶ Kh.Zaher *Le nouveau droit marocain de l'arbitrage interne et international*, Rev Arb, 2009, n°1, p 71.

- 1- les parties à la convention d'arbitrage ont, au moment de la conclusion de la dite convention, leur établissement dans des Etats différents ; ou
- 2- un des lieux est situé hors de l'Etat dans lequel les parties ont leur établissement :... ».

Les autres apports de la loi 08-05 et non des moindres, c'est d'abord la possibilité pour l'Etat, les collectivités locales ou toute personne dotée de puissance publique, de recourir à l'arbitrage pour les contestations pécuniaires, à l'exception de celles concernant le droit fiscal.

C) – Dans d'autres droits étrangers :

La solution retenue en droit français par la jurisprudence *Galakis* et aujourd'hui *Gatoil* a été suivie dans de nombreux Etats, comme la Grèce et l'Angleterre. Les législateurs nationaux ont parfois repris les solutions jurisprudentielles. Ainsi, l'article 75 du nouveau code tunisien¹⁹⁷ de 1993 de l'arbitrage dispose que l'absence d'arbitrabilité des « contestations concernant l'Etat, les établissements publics à caractère administratif et les collectivités locales » connaît une exception pour les « contestations découlant des rapports internationaux, d'ordre économique, commercial ou financier » ; de même l'article 1 de la loi égyptienne du 22 mai 1994 reconnaît implicitement l'aptitude à compromettre des personnes de droit public. Cette solution a été réaffirmée par une loi de 1997 qui, tout en reconnaissant la faculté de compromettre aux personnes publiques, soumet, cependant, cette faculté à une autorisation administrative.

Le droit Suisse¹⁹⁸ de l'arbitrage international issu de la loi fédérale sur le droit international privé du 18 décembre 1987 a également posé, dans un article justement consacré à l'arbitrabilité des litiges, une règle matérielle particulièrement forte au terme de laquelle : « si une partie à la convention d'arbitrage est un Etat, une entreprise dominée ou une organisation contrôlée par lui, cette partie ne peut invoquer son propre droit pour contester l'arbitrabilité d'un litige ou sa capacité d'être partie à un arbitrage ». Au moyen d'une règle matérielle de droit international privé, cet article prévoit l'inopposabilité devant le juge suisse de toute disposition prohibitive ou restrictive affectant l'aptitude à compromettre d'une personne publique suisse ou étrangère comme le relèvent les auteurs suisses, l'article 177 al-2 « paralyse les effets des règles qui interdisent à la partie étatique de compromettre, quelle qu'en soit la nature » autrement

¹⁹⁷ A. Amar, *L'arbitrage en Tunisie depuis l'édiction du code d'arbitrage*, Rev.Arb, 2000, p 247.

¹⁹⁸ Racine, *L'arbitrage commercial...*, précité, p 221 et s.

dit, une personne morale de droit public ne peut invoquer devant le juge suisse son inaptitude à compromettre. Cette règle est similaire à celle adoptée en droit français par la jurisprudence nationale. Elle rejoint également les enseignements de la jurisprudence arbitrale.

§ 2 : L'aptitude à compromettre dans la jurisprudence arbitrale

La jurisprudence arbitrale internationale admet également, de manière constante, qu'un Etat ne peut se prévaloir des dispositions restrictives de son propre droit pour échapper à l'application d'une convention d'arbitrage librement consentie¹⁹⁹.

La diversité des situations, des moyens invoqués et de la formation initiale des arbitres explique que, comme souvent dans la jurisprudence arbitrale, les motivations soient diverses. La constance de la solution retenue n'en est que plus remarquable.

Une expression particulièrement rigoureuse de cette solution et de son fondement peut être déjà trouvée dans la sentence même en 1971²⁰⁰ dans l'affaire CCI n°1939. L'arbitre devait se prononcer sur la validité de la clause d'arbitrage souscrite par un Etat, que celui-ci contestait en se fondant sur une disposition de son code de procédure civile selon laquelle les contrats administratifs ne pouvaient donner lieu à l'arbitrage.

L'arbitre a écarté cette objection, au motif notamment que « *si certaines législations d'inspiration française (...) interdisent à l'Etat ou à une autre collectivité publique de compromettre, il est admis que cette interdiction est sans portée pour les contrats internationaux. En effet, en tant qu'il s'agit là d'une règle d'ordre public, cette interdiction ne peut se situer que dans l'ordre public interne. Tel est le sens de la jurisprudence française, maintenant bien établie et indiscutée (...) il n'y a pas lieu d'interpréter autrement l'article(x) du code de procédure civile (de l'Etat concerné)* ». Allant au-delà de cette interprétation de la disposition législative invoquée par l'Etat en cause, l'arbitre ajoute que « *l'ordre public international s'opposerait avec force à ce qu'un organe étatique, traitant avec des personnes étrangères au pays puisse passer ouvertement, le sachant et le voulant, une clause d'arbitrage qui met en confiance le co-contractant et puisse ensuite, que se soit dans la procédure arbitrale ou dans la procédure d'exécution, se prévaloir de la nullité de sa propre parole* ».

¹⁹⁹ Gaillard, J-CL, *Procédure civile*, Fasc., 1058, 1994.

²⁰⁰ Citée par Derains, *les statuts des usages du commerce international devant les juridictions internationales*, Rev Arb, 1973, p 122.

De nombreuses autres sentences sont prononcées dans le même sens, tant dans l'arbitrage CCI que dans des arbitrages *ad hoc*.

Ainsi, la sentence rendue en 1986²⁰¹ dans l'affaire CCI n°1526, tout en jugeant que la loi de l'Etat en cause devrait être interprétée comme admettant l'aptitude de l'Etat à compromettre, précise que « *même si l'on appliquait à (l'Etat X) l'inaptitude de l'Etat français ou belge à compromettre, il faudrait faire, ainsi que l'a fait la cour de cassation de France (dans la jurisprudence (Galakis), une exception pour les clauses compromissaires qui sont souscrites, comme c'est ici le cas dans un contrat commercial international* ». De même, après avoir constaté que la loi de l'Etat de l'établissement public en cause n'excluait pas expressément son aptitude à compromettre, la sentence rendue en 1975²⁰² dans l'affaire CCI n°2521 ajoute qu'« *à supposer que (l'établissement public) n'eût pas été apte à compromettre, il y aurait lieu de retenir que cette inaptitude devrait être considérée comme inopérante en raison de sa contrariété avec l'ordre public international, dont la mise en jeu ne pourrait être exclue par l'application de droit (de l'Etat de l'entreprise en cause)* ».

La sentence CCI rendue 1986²⁰³ n°4381 a repris mot pour mot la formule de la sentence n°2521 de 1975 en jugeant que « *c'est (...) de bonne foi que (le contractant étranger d'une entreprise d'Etat) a donné son accord à la clause d'arbitrage, et qu'il ne faut pas par conséquent considérer l'inaptitude (de l'entreprise de l'Etat à passer une convention d'arbitrage) comme inopérante en raison de sa contrariété avec l'ordre public international dont la mise en jeu ne pourrait être exclue par l'application du droit(de l'Etat de l'entreprise en cause)* ».

La sentence rendue le 30 avril 1982²⁰⁴ dans l'affaire *Framatome c/Atomic Energie Organization of Iran* a également rejeté le moyen de nullité de la clause compromissoire, tiré par l'organisme iranien de l'article 139 de la constitution iranienne au motif notamment qu'« *un principe général, aujourd'hui universellement reconnu tant dans les rapports interétatiques que dans les rapports internationaux privés (que ce principe soit considéré comme d'ordre public international, comme appartenant aux usages du commerce international ou au principe reconnu tant par le droit des gens que par le droit de l'arbitrage international ou la *lex mercatoria*) interdirait de toute*

²⁰¹ JDI, 1974, p, 915, obs. Y.Derains.

²⁰² JDI, 1976, p 997, obs.Y.Derains.

²⁰³ JDI, 1986, p 1102, obs.Y.Derains.

²⁰⁴ JDI, 1984, p 58.

façon à l'Etat iranien même s'il en avait eu l'intention, ce qui n'est pas le cas, de renier l'engagement de l'arbitrage qu'il aurait souscrit lui-même ou qu'un organisme public comme l'AEOI aurait souscrit précédemment ».

La sentence rendue en 1988²⁰⁵ dans l'affaire CCI n°5103, après avoir constaté les dispositions du droit tunisien restreignant la capacité de compromettre des personnes morales de droit public, ne s'appliquaient pas en matière internationale, ajoute que le fait de se prévaloir d'une telle règle « *pour dénier la validité d'un engagement (...) souscrit en parfaite connaissance de cause* » serait condamnée « *de manière quasi unanime* » par « *la pratique, la doctrine et la jurisprudence arbitrale internationale* ».

Dans l'arbitrage *ad hoc*, on relèvera surtout la sentence rendue le 18 novembre 1983²⁰⁶ dans l'affaire *Bentler c/Belgique* et la sentence rendue le 14 janvier 1983 par le professeur B.Goldman²⁰⁷ dans l'affaire *Elf Aquitaine Iran c/NEOC* dans laquelle l'arbitre déclare que « *c'est un principe reconnu du droit international qu'un Etat est lié par une clause compromissoire contenue dans un accord conclu par l'Etat lui-même ou par une société détenue par l'Etat et ne peut ultérieurement supprimer unilatéralement l'accès de l'autre partie au système envisagé par les parties dans leur accord en ce qui concerne le règlement des litiges* ».

Cette jurisprudence arbitrale permet de conclure que l'arbitrabilité subjective des litiges internationaux auxquels un Etat, un organisme ou un établissement public dépendant de lui est partie, est, indépendamment de la teneur de la loi interne de cet Etat, un principe d'ordre public véritablement international du droit de d'arbitrage international. Une doctrine, particulièrement autorisée, appuyée sur de nombreux précédents de la pratique internationale et la jurisprudence arbitrale, enseigne par ailleurs que le refus par l'Etat de se mettre à un arbitrage auquel il a précédemment consenti en signant une convention d'arbitrage constitue un déni de justice au sens du droit international public.

²⁰⁵ *JDI*, 1988, p 1206 et note G.Aguilar Alvarez.

²⁰⁶ P.Fouchard, *Rev.Arb*, 1984, p 397.

²⁰⁷ Citée par M.Racine, *arbitrage commercial international et l'ordre public*, précité, p 224.

Ainsi, un Etat ne peut pas dans un premier temps accepter de signer une clause compromissoire et ensuite se prévaloir devant l'arbitre d'une interdiction tirée de son droit national. Comme le souligne M. Fadlallah,²⁰⁸ « ce que l'Etat ne peut pas faire c'est de souscrire une clause non conforme à son droit, ne pas informer le co-contractant de cette violation, et l'ayant mis en confiance, invoquer cette violation pour se soustraire à l'arbitrage ». Racine²⁰⁹, fait constater de son côté que « La bonne foi dans toutes ses acceptations-principe anglo-saxon de l'*estoppel*²¹⁰, concept suisse de *venir contra factum proprium* - s'oppose à ce que l'Etat profite d'une mesure prohibitive après avoir mis en confiance son partenaire ». Le principe de la force obligatoire des conventions-ce qui est une manifestation de la bonne foi en ce qu'il assure le respect de la parole donnée-permet aussi d'expliquer les solutions issues de la jurisprudence arbitrale. Il importe peu donc, que la disposition législative ou constitutionnelle invoquée par la personne de droit public pour se soustraire à la convention d'arbitrage soit antérieure ou, comme dans les affaires *Elf et Framatome*, postérieure à sa conclusion. La circonstance que l'obstacle législatif à l'arbitrabilité ait été introduit postérieurement à la conclusion de la convention d'arbitrage, ne constitue qu'un motif supplémentaire de le rejeter.

Dans certaines affaires, l'organisme public en cause soutenait également que la convention avait été conclue par un agent n'ayant pas le pouvoir de l'engager. Dans l'affaire *Framatome*²¹¹, ce moyen a également été rejeté, notamment qu' « *en tout état de cause, la demanderesse à l'exception d'incompétence ne saurait se prévaloir d'irrégularités qui lui sont imputables, et ceci pour contester la validité d'un engagement d'arbitrage souscrit, au surplus, à la connaissance et à l'approbation des plus hautes autorités de l'Etat iranien* ».

Certains auteurs pensent, cependant, que l'éviction du droit de l'Etat partie à l'arbitrage porte atteinte à sa souveraineté. Cet argument déjà soulevé devant le juge étatique aurait d'autant plus de poids qu'en l'occurrence, ce serait un juge privé qui mettrait en cause la souveraineté d'un Etat. M. Mayer²¹² écrit à ce propos que « la *lex mercatoria*, si elle existe, ne saurait s'immiscer dans l'organisation interne des Etats, il est aberrant qu'un arbitre - car c'est lui qui invente la règle qu'il prétend constater-méconnaisse à ce point la souveraineté d'un Etat ». Pour ces auteurs, au nom de la

²⁰⁸ M. Fadlallah, *L'ordre public dans les sentences arbitrales*, RCADI.1994, p 377.

²⁰⁹ Racine, *l'arbitrage commercial...*, précité, p226.

²¹⁰ *Estoppel est un principe juridique d'origine anglaise selon lequel une partie ne saurait prévaloir des prétentions contradictoires au détriment de ses adversaires.*

²¹¹ B. Oppetit, *Arbitrage et contrat d'Etat*, JDI, 1984, p 37.

²¹² M. Mayer, *Rev. Arb*, 1984, p 205 et s.

souveraineté des Etats, le droit de ceux-ci, en ce qu'il touche à l'aptitude des Etats à compromettre, ne saurait être évincé.

Ces auteurs distinguent alors le comportement de l'Etat, qui est seul à être sanctionné, et le contenu du droit de l'Etat qui, au nom de la souveraineté de celui-ci, ne peut être évincé. Selon M.Derains²¹³ « c'est l'acte d'invoquer une inaptitude non dévoilée au contractant étranger lors de la conclusion de la convention d'arbitrage qui est contraire à l'ordre public international, et non pas cette inaptitude elle-même ». La souveraineté de l'Etat serait sauvegardée car l'arbitre sanctionnerait uniquement l'attitude de l'Etat qui, bien que prohibant les clauses d'arbitrage, accepte d'en signer.

Toutefois, un tel discours s'expose à une double critique d'après M. Racine²¹⁴, tout d'abord la distinction entre le comportement de l'Etat et le contenu du droit de l'Etat est subtile, peut-être trop d'ailleurs. Dans tous les cas, l'arbitre refuse de donner effet à une prohibition de compromettre exprimée dans le droit de l'Etat partie à la procédure. Qu'il sanctionne le comportement de l'Etat ou qu'il évince au sens technique le droit de cet Etat, les résultats sont identiques : l'arbitre fait prévaloir le principe de l'aptitude à compromettre sur une prohibition étatique. Cela prouve, si besoin était, que l'ordre public transnational est intrinsèquement supérieur aux droits étatiques. Cette supériorité autorise l'arbitre à faire prévaloir une règle qui satisfait les besoins du commerce international sur des lois étatiques contraires à ceux-ci.

Il est résulte de la jurisprudence arbitrale internationale que :

- L'arbitrabilité subjective des litiges internationaux auxquels un Etat, un organisme ou un établissement public en dépendant est partie, est un principe transnational ou d'ordre public international.
- Le refus de respecter la convention d'arbitrage va à l'encontre du principe *pacta sunt servanda*,²¹⁵ du principe de la bonne foi et de la règle que nul ne peut agir *contra factum proprium*.²¹⁶

²¹³ M.Derains, *L'ordre public et le droit applicable au fond du litige dans l'arbitrage international*, *Rev.Arb*, 1986, p 375.

²¹⁴ M. Racine, *L'arbitrage commercial international* précité, p 227.

²¹⁵ *Pacta sunt servanda* (Les conventions doivent être respectées) est une locution latine signifiant que les parties sont désormais liées au contrat venant d'être conclu et qu'à ce titre elles ne sauraient déroger aux obligations issues de cet accord. C'est un principe de droit des obligations et de droit international public

²¹⁶ *L'interdiction de se contredire au détriment d'autrui comme principe général du droit du commerce international.*

C'est également, ce dernier principe qui est appliqué par les tribunaux arbitraux pour faire échec aux arguments invoqués par les Etats et les organismes publics, qui tentent de se soustraire à la convention d'arbitrage, qu'ils ont librement conclues en invoquant un défaut de capacité, par exemple, la conclusion de la convention par un agent n'ayant pas le pouvoir requis ou n'ayant pas obtenu les autorisations nécessaires.

§ 3 : L'aptitude à compromettre dans les conventions internationales.

Les conventions internationales ont joué un rôle important, relativement à la faculté des personnes publiques à compromettre. Ces conventions ont constitué un fondement législatif pour faire disparaître les restrictions d'ordre public interne quant à la faculté de compromettre. Comme mentionné précédemment, l'arbitrage est au niveau des relations économiques internationales, presque l'unique moyen de régler les contentieux, surtout en l'absence de juridictions officielles internationales. L'importance de l'arbitrage international et la volonté des parties intéressées qu'il se déroule avec le maximum de sécurité, ont donc fréquemment conduit la communauté internationale à des négociations dont l'aboutissement était la conclusion de traités internationaux sur l'arbitrage international.

Parmi ces nombreux traités portant sur l'arbitrage international, on en citera trois. Le premier ne concerne qu'indirectement notre sujet. Il s'agit de celui de New York, de 1958.

La convention sur la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales, adoptée par la conférence des nations unies à New York le 10 juin 1958, n'a pas de conséquences directes sur l'arbitrabilité subjective des litiges puisqu'elle ne comporte aucune mention de la participation des Etats et des entités étatiques aux procédures arbitrales. On pourrait même dire que la convention de New York adopte une position plutôt négative pour l'arbitrage administratif, car dans son article 1^{er} paragraphe 3, elle donne le droit aux Etats signataires du contrat d'émettre une réserve de commercialité pour l'application de la convention, uniquement aux différends issus de rapports de droit, que leurs lois nationales considèrent comme commerciaux.

Si la convention de New York ne touche qu'indirectement notre sujet, celle de Genève du 21 avril 1961 consacre un article entièrement à la capacité des personnes morales de droit public à se soumettre à l'arbitrage. Il s'agit de l'article 2 dont les deux paragraphes disposent ce qui suit :

A) dans les cas visés à l'article premier, par 1a de la présente convention, les personnes morales qualifiées, par la loi qui leur est applicable de personnes morales de droit public, ont la faculté de conclure valablement des conventions d'arbitrage.

b) au moment de signer ou de ratifier la présente convention ou d'y adhérer, tout Etat pourra déclarer qu'il limite cette faculté dans les conditions précisées dans sa déclaration " En outre, l'article 1^{er} § 1^{er} prévoit que la convention s'applique aux conventions d'arbitrage conclues, pour le règlement de litiges nés ou à naître d'opérations de commerce international entre personnes physiques ou morales ayant au moment de la conclusion de la convention, leur résidence habituelle ou leur siège dans des Etats contractants différents.

Nous ne pouvons douter sur la portée des dispositions de la convention. L'article 2 constitue une dérogation incontestable à la prohibition de l'arbitrage pour les personnes morales de droit public. Par conséquent, au cas où un contrat peut relever de la convention de Genève, la prohibition édictée par le droit national semble tomber. D'autre part, il faut noter que le champ d'application de la convention paraît assez limité; Géographiquement d'abord car un petit nombre de pays seulement l'ont ratifié. Ensuite par la référence à des opérations de commerce international, ce qui, peut fournir aux juridictions administratives, un motif pour ne pas faire application si le contrat en cause est un contrat administratif.

Une application de ce texte a été faite dans une affaire dans laquelle l'Etat belge cherchait à se prévaloir de l'article 1676 alinéa 2, du Code judiciaire belge. Selon cet article « *Hormis les personnes morales de droit public, quiconque a la capacité ou le pouvoir de transiger peut conclure une convention d'arbitrage, l'Etat peut conclure pareille convention lorsqu'un traité l'autorise à recourir à l'arbitrage* » et ceci afin de contester la validité d'une convention d'arbitrage conclue avec deux sociétés allemandes. Pour rejeter cette prétention par une sentence du 18 novembre 1983²¹⁷, un tribunal arbitral siégeant en suisse, s'est fondé principalement, sur la convention de Genève de 1961. Il n'en a pas moins constaté, après avoir discuté la jurisprudence française de *Galakis* et les autres moyens de parvenir au même résultat, dont le principe interdisant à l'Etat de se contredire au détriment d'autrui, que l'état de droit de l'arbitrage

²¹⁷ Citée par Y. Derains, *JDI*, 1984, p 36.

international ne faisait que renforcer, en tant que de besoin, la solution retenue par la convention de Genève.

La convention de Washington du 14 mars 1965 pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre Etats et ressortissants d'autres Etats nous fournit un autre exemple de dérogation à la prohibition d'arbitrage, en consacrant le principe selon lequel l'« Etat est lié » par une clause d'arbitrage contenue dans un contrat, qu'il a conclu lui-même ou qui a été conclu par une société qui en relève.

Enfin, à l'issue de la cession qui s'est tenue à Saint Jacques de Compostelle du 5 au 13 septembre 1988, l'institut de droit international a adopté une résolution aux termes de laquelle « un Etat, une entreprise de l'Etat ou un entité publique ne peut pas invoquer son incapacité de conclure une convention d'arbitrage pour refuser de participer à l'arbitrage auquel il a consenti ». Certes, cette résolution n'a qu'une valeur doctrinale. Nul doute cependant, estime Racine²¹⁸, que les arbitres sauront y faire référence afin de reconnaître l'aptitude à compromettre des personnes morales de droit public.

L'institut, dont les résolutions traduisent un certain consensus dans la communauté internationale, a entendu consacrer ainsi le principe dégagé par la jurisprudence *Galakis* et suivi dans de très nombreux pays.

La convergence de l'ensemble de ces sources est très grande et l'on n'observe aucun décalage notable en la matière, entre la solution du droit algérien et les conceptions généralement admises dans la communauté internationale.

Section 2 : La prohibition de compromettre exprimée en droit interne.

De nombreux systèmes juridiques nationaux contiennent des dispositions très restrictives quant à la possibilité pour les personnes publiques de recourir à l'arbitrage en droit interne. Principalement motivées par le souci de protéger la souveraineté des Etats, ces dispositions restrictives ont entraîné des conséquences négatives dans les rapports commerciaux avec les entreprises privés.

²¹⁸ Racine, *L'arbitrage commercial...*, précité, p 208.

Toutefois, cette interdiction n'est pas totale car des exceptions ont été apportées à ce principe par des dispositions particulières ou générales.

§1: La prohibition de compromettre exprimée en droit algérien :

Le principe de l'interdiction résulte, aujourd'hui de l'article 1006 du CPCA qui n'autorise les personnes publiques à compromettre que dans leurs relations économiques et internationales.

Ce principe d'interdiction connaît une limite « novatrice » d'une importance notable car le législateur a levé cette prohibition pour une catégorie de contrats administratifs permettant ainsi, de compromettre, dans le domaine des marchés publics, alors que les marchés publics étant par le passé, de la compétence exclusive des juridictions administratives. Même s'il est vrai, qu'aucune précision n'a été donnée par le nouveau texte sur ce point, car, comme l'a souligné à juste titre le professeur Trari Tani²¹⁹, ce texte ne fait pas de distinction entre le marché public interne et les marchés publics internationaux, alors que jusque-là, poursuit l'auteur, les codes des marchés publics évoquaient la plupart du temps, la question des modes de règlement des différends par exception à la compétence des tribunaux administratifs, généralement avec le choix du droit applicable, ce qui laisse entendre que l'arbitrage n'était toléré que pour les marchés publics ou le contractant était une entreprise étrangère.

Le professeur Trari Tani²²⁰ fait remarquer, d'une part, que les auteurs de ce texte ce sont inspiré largement du décret français du 12 juin 2006 portant sur les marchés publics²²¹, d'autre part, ce texte ouvre des perspectives à l'arbitrabilité dans les contrats de partenariat public privé, auxquels les pouvoirs publics envisagent de recourir pour la gestion d'un certain nombre de services publics. L'ordonnance du 30 août 2006 fixant les conditions et les modalités de cession des terrains relevant du domaine privé de l'Etat destinés à la réalisation de projets d'investissement en est l'exemple.²²²

Le principe d'arbitrabilité des litiges des marchés publics introduit par l'article 1006 al-2 du CPCA Algérien traduit, la prise en compte de la présence de plus en plus forte des relations de nature commerciale dans le champ des contrats publics. Peu a peu,

²¹⁹ TrariTani, *Nouvelles règles de l'arbitrage en Algérie*, ASA bulletin, 1/2009(mars). p 76.

²²⁰ Trari Tani, *ibid*, p 76.

²²¹ Dans son rapport de 1993 consacré aux modes alternatifs de règlements des litiges, le conseil d'Etat français notait que le terrain privilégié de l'arbitrage en droit administratif devait être le contentieux contractuel et que « parmi les contrats administratifs, ce sont les marchés publics qui paraissent les mieux prêter à l'arbitrage », Conseil d'Etat, *Régler autrement les conflits. La documentation Française*, 1993, p.30.

²²² F.Licherie ; B.Martor, *Essor des partenariat public-privé en Afrique*, RDAI, 2007, n°3.

la commercialité de la relation nouée dans le cadre d'un marché public, d'une délégation de service où, plus encore, d'un contrat de partenariat, prend l'ascendant sur la nature publique d'un des partenaires et sur le caractère administratif du contrat.

La consécration du caractère arbitrale des contrats de marché public par le nouveau texte, apparaît, à beaucoup d'égards, comme la confirmation de la déconnexion de plus en plus nette entre le caractère administratif de *l'instumentum* et le caractère éminemment commercial du *negocium* de certains contrats. S'ajoute à ce phénomène, la présence, de plus en plus fréquent dans les contrats publics, d'éléments d'extranéité eux-mêmes pourvoyeurs de relations contractuelles innovantes et plus complexes. Cela est particulièrement vrai dans les contrats de partenariat, qui compte tenu de l'ampleur des projets sur lesquels ils sont susceptibles de porter, impliqueront fréquemment des sociétés ou établissements financiers étrangers. Or, il existe une franche tendance des investisseurs étrangers à tenter de limiter les risques liés à un changement de la législation et la réglementation dans l'Etat d'application du contrat. Un des moyens de limiter ce risque consiste à prévoir le recours à l'arbitrage, aux fins de soustraire le contrat aux juridictions nationales.

Ces phénomènes se conjuguent avec le souci plus pragmatique des partenaires, dans les partenariats publics et privés, d'assurer une grande confidentialité des litiges qui les opposent et de choisir plus librement leurs juges, en principe très spécialisés dans la matière objet du litige. La souplesse et la célérité prêtée à la procédure arbitrale constituent également des atouts appréciés dans la vie des affaires ou de l'administration. Tous ces éléments obligent le droit administratif des contrats d'affaires à prendre en compte les exigences commerciales et économiques qui y sont liées. Tant, en effet, que la nature administrative du contrat n'obère pas la fluidité des relations commerciales que ce dernier organise, la déconnexion évoquée plus haut ou la présence d'éléments d'extranéité ne peut influencer, que de manière marginale, sur le régime juridique applicable au contrat.

Mais la généralisation de l'arbitrage dans le champ des contrats publics soulève, également, la question du périmètre incompressible de compétence du juge administratif par rapport à la juridiction arbitrale. En d'autres termes, dans les matières dans lesquelles l'arbitrage deviendrait possible, en l'espèce les contrats de marché public, les juridictions administratives étatiques perdraient toute compétence pour se prononcer sur les litiges contractuels afférant aux contrats stipulant une clause compromissoire. La compétence des dites juridictions serait-elle, pour autant, vidée de

tout contenu ? Quelles sont les questions qui pourraient continuer à échapper, par nature, aux arbitres ?

Une fois admis la possibilité de recourir à l'arbitrage dans le contentieux contractuel afférant aux marchés publics, la logique impose de reconnaître aux arbitres la plénitude de compétences pour vider l'intégralité de contentieux opposant les parties. Sont concernées, en pratique, toutes les questions liées à la formation et à l'exécution du contrat, qu'elles portent sur l'interprétation ou la mise en œuvre de clauses de contrat ou l'appréciation de la légalité des actes administratifs unilatéraux détachables de ce contrat. Il n'existe, en effet, aucune raison de dénier à l'arbitre la compétence pour examiner la légalité d'un acte détachable²²³, dès lors naturellement que cet examen est nécessaire à la solution d'un litige exclusivement contractuel opposant les seules parties au contrat, fait observer justement M. Braconnier²²⁴. L'arbitre ne pourrait, en revanche et en aucun cas, être saisi par un tiers qui solliciterait l'annulation d'un acte détachable de ce contrat. L'arbitrage doit, en d'autres termes, être strictement circonscrit au contentieux contractuel opposant les parties, mais il doit pouvoir embrasser l'intégralité du contentieux contractuel, y compris si cela doit conduire l'arbitre, à apprécier la légalité d'un acte unilatéral détachable de ce contrat, le cas échéant, à en écarter l'application au litige dont il est saisi.

Est-ce à dire, pour autant, que l'arbitre pourrait être autorisé à prononcer l'annulation de tout acte unilatéral, détachable du contrat dont il a été saisi par les parties ? Ainsi que l'a relevé M. Richer,²²⁵ la décision du Conseil constitutionnel français n°224DC du 23 janvier 1987, selon laquelle *« figure au nombre des principes fondamentaux reconnus par les lois de la république celui selon lequel, à l'exception des matières réservées par leur nature à l'autorité judiciaire, relève en dernier ressort de la compétence de la juridiction administrative l'annulation ou la réformation des décisions prises, dans l'exercice des prérogatives de puissance publique, par les autorités exerçant le pouvoir exécutif, leurs agents, les collectivités territoriales de la république ou les organismes publics placés sous leur contrôle ou leur responsabilité »*,²²⁶ ne fait pas obstacle à ce que soit reconnu par la loi, au profit des juridictions arbitrales, un pouvoir d'annulation d'actes administratifs. La réserve de compétence consacrée au profit de la juridiction administrative ne portant, en effet, que sur sa compétence en dernier ressort, l'arbitre peut annuler un acte, dès lors, d'une part,

²²³ En matière de contentieux des contrats administratifs, les actes détachables d'un contrat sont susceptibles d'être soumis à un contrôle de légalité. Il s'agit notamment de la décision de conclure ou encore, lorsqu'elle est nécessaire, de la délibération de l'assemblée préalable à cette décision, CE 21 avril 1943. Rec.p.107.

²²⁴ Braconnier, Arbitrage et contrats publics d'affaires, AJDA, 2007. p 324.

²²⁵ L.Richer, Les modes alternatifs de règlement des litiges et le droit administratif, AJDA, 1997, p 8

²²⁶ En ce sens : L, Favoreau et L.Philp, Les grandes décisions du Conseil constitutionnel, p 713-715.

qu'il y est expressément autorisé par la loi et que, d'autre part, sa décision est ensuite susceptible d'appel devant une Cour administrative d'appel puis, devant le Conseil d'Etat d'un pourvoi en cassation ou d'un recours en annulation.

Ce syllogisme suppose, selon, M. Braconnier²²⁷, toutefois d'admettre que l'arbitrage présente un caractère juridictionnel, ce qui ne soulève guère de débat²²⁸ dès lors que la sentence arbitrale se voit reconnaître l'autorité de la chose jugée, et que l'arbitre agit en tant que juridiction administrative lorsqu'il a à se prononcer sur un litige de nature administrative.

Cette solution permet d'éviter ainsi, les renvois préjudiciels entre le tribunal arbitral et les juridictions étatiques.

Gardien ultime, en tant que « juge d'appui » de la procédure arbitrale, de la cohérence du contentieux administratif des contrats publics (marchés publics), le juge administratif étatique serait ainsi en mesure d'accompagner, voir d'encadrer, le processus de développement de l'arbitrage en droit administratif. Son office ne serait nullement menacé par l'arbitrabilité consacrée de nouveaux contentieux, juge ainsi M. Braconnier. Tout au plus serait-elle déplacée, sur le terrain de l'appel, du recours en annulation. Dans le même temps, naîtraient de nouveaux contentieux liés, à la composition de l'instance arbitrale ou encore à l'exequatur des sentences.

L'extension du champ d'application de l'arbitrage en droit administratif, par l'arbitrabilité des litiges en matière de marchés publics, laisse à penser que l'évolution qui se dessine en droit algérien ira sans doute jusqu'à l'abolition de toute distinction entre un litige né d'un contrat international, arbitrable comme tel, et un litige relatif à un contrat interne, exclu de l'arbitrage, et «aboutira à l'arbitrabilité de tous les litiges avec l'Etat, que le contrat soit interne ou international», conclut, M. Issad.²²⁹

§ 2 : La situation en droit français :

On fait traditionnellement remonter à la première moitié du XIX siècle le principe interdisant aux personnes publiques de recourir à l'arbitrage²³⁰. Sa consécration solennelle et contemporaine date de l'arrêt *société nationale des surplus* du 13 décembre 1957 par lequel le Conseil d'Etat a opposé une fin de non –recevoir au courant doctrinal

²²⁷ Braconnier, *Arbitrage et contrat public...*, précité, p 326.

²²⁸ J.Ribes, *Ombre et incertitudes de l'arbitrage pour les personnes morales de droit publics*, JCP, 1990, I, n°3465.

²²⁹ Issad, *La nouvelle loi algérienne relative à l'arbitrage international*, *Revu Arb*, 2008, n°3 p 421.

²³⁰ Jarrosson, *L'arbitrage en droit public*, AJDA, 20/01/1997.

qui prônait l'abandon du principe à l'égard des établissements publics industriels et commerciaux. Inscrit ensuite à l'article 2060 du code civil par la loi de procédure civile du 05 juillet de 1972 («On ne peut compromettre [...] sur les contestations intéressant les collectivités publiques et établissements publics»), il a été fermement rappelé par le célèbre avis du 06 mars 1986²³¹.

Saisi par le gouvernement de la question de savoir si les collectivités publiques et la société *Walt Disney Productions* pouvaient légalement insérer une clause compromissoire dans leur projet de convention (relatif au parc d'attraction...), le juge administratif a affirmé qu'il «*résulte des principes généraux du droit français, confirmés par les dispositions du premier alinéa de l'article 2060 du code civil que, sous réserve des dérogations découlant de dispositions législatives expresses ou, le cas échéant, des stipulations des conventions internationales incorporées dans l'ordre juridique interne, les personnes morales de droit public ne peuvent pas soustraire aux règles qui déterminent la compétence des juridictions nationales en remettant à la décision d'un arbitre la solution des litiges auxquels elles sont parties et qui se rattachant à des rapports relevant de l'ordre juridique interne*». Le Conseil d'Etat est allé jusqu'à affirmer en 1989²³² que les clauses compromissoires étaient interdites dans tous les contrats administratifs conclus entre deux personnes privées

Cette dernière jurisprudence, d'interprétation difficile, a été neutralisée par l'article 126 de la loi n°2001-420 relative aux nouvelles régulations économiques qui a introduit un nouvel article 2061 dans le code civil aux termes duquel «*sous réserve des dispositions législatives particulières, la clause compromissoire est valable dans les contrats conclus à raison d'une activité professionnelle*». Cette disposition ne concernant pas les personnes publiques, il est considéré, aujourd'hui, que le principe interdisant le recours à l'arbitrage couvre l'ensemble des litiges, de droit public ou de droit privé, mettant en cause des personnes publiques et que tout compromis (soumission à l'arbitrage d'un litige existant) et toute clause compromissoire (clause provoquant la soumission à l'arbitrage des litiges à venir) le méconnaissant est atteint d'une nullité d'ordre public.

Le fondement de cette prohibition réside, essentiellement, dans le caractère d'ordre public de la compétence des juridictions administratives. C'est la justification traditionnelle qui était invoquée par le commissaire du gouvernement Romieu²³³ : «*les ministres ne peuvent pas remettre aux mains des arbitres la solution d'une question litigieuse parce qu'ils ne peuvent pas se dérober aux juridictions établies*». Elle a été

²³¹ *CE.F, Avis, A, 6 mars 1986, Grands avis du Conseil d'Etat : Dalloz, 2^e éd 2002, com.D.Labetoulle.*

²³² *CE.F, Avis, S, 3 mars 1989, Société des autoroutes de la région Rhône-Alpes :*

²³³ *Romieu, Concl sur Cons. D'Etat 17 mars 1893, chemin de fer du nord : S.94.3.119*

reprise par l'ensemble de la doctrine, tant privatiste²³⁴ que publiciste, ainsi Mr Edward La Ferrière écrivait, dès la première édition de son *Traité de la juridiction administrative*,²³⁵ qu' « il est de principe que l'Etat ne peut pas soumettre ses procès à des arbitres », et d'après toujours le même auteur, l'une des raisons pour lesquelles l'Etat ne peut pas compromettre, tiendrait aussi aux conséquences aléatoires de l'arbitrage.

Cette crainte est à rapprocher de celle exposée par le commissaire du gouvernement Gazier²³⁶ dans ses conclusions sur l'arrêt *société nationale de vente des surplus* de 1957 : le principe de prohibition de l'arbitrage serait inspiré, notamment, par le souci d'éviter que les collectivités publiques « négligent dans la défense des intérêts publics dont elles ont en charge les garanties que seules cette justice comporte ».

Il ressort de ces justificatifs, l'idée de manque de confiance à l'égard de l'arbitrage comme moyen de résolution des litiges, dans lesquels l'Etat ou une personne publique fait partie, ce qui a amené la doctrine moderne²³⁷ à douter de ces justifications en considérant, d'une part, les parties choisissant les arbitres, elles ne pourraient s'en prendre qu'à elles-mêmes si leur choix s'est avéré mauvais et, d'autre part, que l'aléas tient à ce que la justice est humaine ; dès lors, elle touche également toutes les juridictions, qu'elles soient administratives, judiciaires ou arbitrales. De même l'idée selon laquelle la justice liée à l'Etat est meilleure et offre plus de garanties aux justiciables que l'arbitrage n'est pas convaincante car d'après Mr Rivero²³⁸ la justice arbitrale n'est pas une justice au rabais. En effet, les arbitres doivent non seulement en principe statuer en droit, mais ils sont tenus de respecter, dans tous les cas, les principes directeurs du procès et les règles de fonds impératives. En tout état de cause, la sentence peut faire l'objet d'un contrôle *à posteriori* à l'occasion du recours en annulation et elle encourra la nullité à chaque fois qu'elle sera contraire à l'ordre public.

Bien que de portée générale, le principe d'interdiction ou de prohibition connaît des exceptions par des dispositions législatives ou des conventions internationales.

L'article 2060 alinéa 2 du code civil français dispose que : « (...) des catégories d'établissements publics à caractères industriel ou commercial peuvent être autorisées par décret à compromettre ». C'est en ce sens qu'a été pris le décret du 8 janvier 2002,

²³⁴ Motulsky, *L'arbitrage commercial et les personnes morales de droit public*, *Rev Arb*, 1956, p 38.

²³⁵ 1888. tome II, p 145.

²³⁶ Gazier, *conclu. Sous CE.F, 13 décembre 1957 ; D 1958, 517, JCP, 1958, II, 10800, note Motulsky.*

²³⁷ Jarosson, *arbitrage en droit public*, *AJDA*, 20/01/1997. p 16.

²³⁸ Rivero, *personnes morales de droit public et arbitrage*, *Rev.Arb.1973. p 268.*

qui autorise des établissements publics du secteur de l'énergie (EDF-GDF)²³⁹ à compromettre.²⁴⁰

Ainsi, L'article 132 du code des marchés publics permet aussi, à l'Etat, aux collectivités territoriales et établissements publics locaux de recourir à l'arbitrage pour la liquidation de leurs dépenses de travaux et de fournitures.

De même, L'article 9 de la loi du 19 août 1986 dispose que « l'Etat, les collectivités territoriales et les établissements publics sont autorisés, dans les contrats qu'ils concluent conjointement avec des sociétés étrangères pour la réalisation d'opérations d'intérêt national, à souscrire des clauses compromissoires en vue du règlement, le cas échéant définitif, de litiges liés à ces contrats».

Ce dernier texte a soulevé de nombreuses interrogations principalement sur les conditions de sa mise en jeu :

- La première concerne l'intervention conjointe au contrat entre l'Etat, les collectivités territoriales et les établissements publics, ce qui signifie que, prise isolément, chacune de ces entités ne pourrait conclure valablement une clause compromissoire ;
- La deuxième est relative à la nationalité de l'une des parties qui doit être une société étrangère ;
- Enfin, la troisième impose que le contrat soit conclu pour, «la réalisation d'opérations d'intérêt national », sans pour autant que la loi ne précise cette notion.

La loi du 19 août 1986 ayant été votée pour les besoins du projet « Eurodisney », il apparaît que ce texte a été élaboré pour trouver application aux circonstances de l'espèce et ne pourra prétendre à une portée générale compte tenu du caractère très restrictif de ses conditions de mise en jeu.

Une étape importante, peut être fondamentale a été franchie récemment par le législateur français²⁴¹, en effet, pour la première fois en droit français, le principe de l'interdiction de recourir à l'arbitrage est intégralement levée pour une catégorie de

²³⁹ Décr.n°2002-56 du 8 janv.2002.

²⁴⁰ Il faut signaler aussi que des textes spéciaux ont été votés pour autoriser certaines entreprises publiques à compromettre (SNCF, L n°82-du 30 décembre 1982, La poste et France Télécom, L n°90-568 2 juillet 1990, Les établissements publics d'enseignement supérieur, Décr.n°2000,6764 du 1 aout 2000.

²⁴¹ Morel.JB, La pratique de l'arbitrage en matière de contrat de partenariat, Revue contrat et marché public, Mai 2009.

contrats administratifs, en l'occurrence, les contrats de partenariat, plus couramment dénommés partenariats publics privés (PPP).

L'article *in fine* de l'ordonnance du 17 juin 2004, pour les partenariats de l'Etat ou des établissements publics nationaux, et l'article L1414-12 inséré au Code général des collectivités territoriales par l'article 14 de la même ordonnance, pour les partenariats des collectivités territoriales et de leurs établissements publics, disposent en effet que les dits contrats doivent prévoir les modalités de prévention et de règlement des litiges. Parmi ces modalités, les parties contractantes ont la possibilité de déterminer les conditions « *dans lesquelles il peut, le cas échéant, être fait recours à l'arbitrage* », « *avec application de la loi française* » est-il immédiatement précisé.

Bien que, cette ordonnance autorise le recours à l'arbitrage, elle conditionne celui-ci à l'application de la loi française. Cette exigence, qui a indéniablement trait à la loi applicable au fond du litige signifie que les contrats de partenariats sont arbitrables, mais qu'ils doivent nécessairement l'être sur le fondement du droit français. La généralité des termes employés, ne limite d'ailleurs pas la règle aux seules dispositions de l'ordonnance. C'est l'ensemble du droit français qui est visé, en particulier, tout le droit des contrats administratifs, estime M. Audit²⁴².

Cette injonction dont le destinataire est avant tout le tribunal arbitral lui-même, or ce dernier n'est pas lié par ce genre de prescriptions, à moins qu'elles ne soient reliées par le contrat. De plus, contraindre le tribunal arbitral à appliquer la loi française est susceptible de poser un problème à l'égard des contrats de partenariat frappés d'éléments d'extranéité, soit parce qu'ils auront été conclus entre une personne morale de droit public français et une société étrangère, parce que le lieu d'exécution sera situé à l'étranger (construction d'un ouvrage transfrontalier par exemple).

Ces textes ont soulevé d'importantes difficultés d'application en l'état du droit positif, fait constater M.Foussard²⁴³. Chose qui a amené le garde des sceaux à demander au vice président du conseil d'Etat M.Labetoulle²⁴⁴ de mener une réflexion sur les hypothèses et les conditions dans lesquelles les personnes morales de droit public pourraient recourir à l'arbitrage pour le règlement de leurs litiges, à l'exception de ceux relatifs au contentieux des actes administratifs unilatéraux. Le rapport rendu le 13 mars 2007, accompagné d'un projet de la loi mettant en œuvre les propositions du groupe de travail (15 articles), préconise dans ses conclusions la mise en place d'un véritable régime

²⁴² *Audi.M, Le contrat de partenariat ou l'essor de l'arbitrage en matière administrative, Rev.Arb, 2004, n°3 p 541 à 564.*

²⁴³ *Foussard, L'arbitrage en droit public, Rev.Arb.2005. p 134.*

²⁴⁴ *Voir rapport, Labetoulle du groupe de travail sur l'arbitrage en matière administratif du 13 mars 2007, Rev. Arb 2007, n°3, p.651 et s.*

d'arbitrage administratif. Ce régime devra être ouvert à toute personne morale de droit public en matière contractuelle.

S'ils approuvent l'ouverture de l'arbitrage aux personnes publiques morales de droit public, les praticiens²⁴⁵ jugent « catastrophique » la mesure qui donne compétence à la juridiction administrative pour connaître des recours formés contre les sentences rendues en la matière. Ce qui a amené le conseil constitutionnel à abonder dans ce sens et à censurer l'ordonnance portant le dit projet de loi.

Chapitre II : Capacité et pouvoir des personnes physiques à compromettre.

La capacité est la possibilité reconnue aux sujets de droits, *rationne personae*, de passer des actes juridiques abstraitement envisagés, sans considération des biens sur lesquels ils portent. Le pouvoir, en revanche, se définit par rapport à certains biens, ou certaines masses de biens : c'est la possibilité d'engager certains biens par les actes juridiques dont on est capable.

²⁴⁵ *Barreau de Paris : Rapport du Conseil de l'Ordre et résolution sur l'arbitrage en matière administrative, Gaz. Pal, Sept. Oct. 2008. p 3192.*

M.Fouchard,²⁴⁶ souligne à juste titre : « Parfois confondues dans le langage juridique courant, les questions de capacité et de pouvoir doivent, ici comme dans d'autres domaines, être soigneusement distinguées. La capacité concerne l'hypothèse dans laquelle on compromet en son nom et son propre compte et le pouvoir l'hypothèse dans laquelle l'on compromet dans un intérêt au moins partiellement distinct du sien, qu'il s'agisse de celui d'une personne physique, d'une personne morale ou d'une entité non personnifiée ».

Cette distinction de la capacité d'exercice et des pouvoirs n'est pas aisée. En effet, les deux questions de la capacité et du pouvoir demeurent étroitement liées, car outre qu'il est parfois délicat de déterminer si on se trouve en présence d'une limitation de pouvoir ou d'une incapacité, la plupart des restrictions à la capacité d'une personne (du moins à sa capacité d'exercice) vont se traduire par les pouvoirs de représentation conférés à un tiers sur les biens de cette personne. Par ailleurs, l'étendue de la capacité et des pouvoirs s'apprécie généralement en tenant compte du même critère de gravité des actes passés, et de la distinction qui en résulte entre actes conservatoire, actes d'administration et actes de disposition²⁴⁷.

A la lumière de ce principe, on envisagera, en premier lieu, le problème soulevé par les incapables (section 1), et en second lieu par, les représentants (section 2).

Section 1 : Personnes incapables de compromettre

L'article 1006 CPCA Algérien dispose : « Toute personne peut compromettre sur les droits dont elle a la libre disposition ».

Il faut donc, pour procéder à l'arbitrage, avoir la capacité générale de contracter et la libre disposition du droit qui fait l'objet du compromis.

²⁴⁶ Fouchard, Gaillard, Goldman, *Traité de l'arbitrage...*, précité, p 262.

²⁴⁷ Voir dans le même sens, Ancel, J-CL, *Procédure civile, convention d'arbitrage, conditions de fond, consentement, Fasc1022*, p 2, Bertrand, *L'arbitrage en droit privé, la documentation française, 1979*, p 34

En vertu de ce principe, nous essayons dans un premier temps de donner une définition au concept de la capacité de compromettre (§1), avant d'examiner dans un deuxième temps, les problèmes soulevés par les incapables "mineurs et majeurs protégés" et par les personnes n'ayant pas la complète libre disposition de leurs droits "le failli et le condamné" (§ 2).

§ 1: Le concept de la capacité de recourir à l'arbitrage.

Le principe est, que pour qu'une convention d'arbitrage soit valide, il faut que la personne appelée à conclure cette convention dispose de la capacité nécessaire à celle-là.

La doctrine²⁴⁸ s'est divisée quant à la définition du genre de cette capacité, en s'interrogeant, d'une part, si cette capacité est la capacité d'ester en justice, en raison du caractère judiciaire de la fonction de l'arbitre, ou celle de contracter en raison du caractère contractuel de la convention d'arbitrage, qui est un contrat à la base.

La capacité de compromettre paraît, de prime abord, assez différente de la capacité de contracter. On aurait pu penser que le caractère juridictionnel de la fonction arbitrale entraînerait des conditions très voisines de capacité pour le compromis et pour l'action en justice. En effet, ces deux actes engendrent des situations analogues : ils créent une situation contentieuse, c'est-à-dire une situation qui conduit à la décision d'un juge chargé de trancher des prétentions antagonistes. Sans doute, la convention d'arbitrage, à la différence de l'action en justice, implique un accord de volonté mais, en soi, cet accord, pas plus que l'action, ne modifie les droits des parties ; il ne fait que les obliger à participer à l'instance. La convention d'arbitrage a donc un effet proche de celui de l'action en justice.

Cependant, en droit positif, la capacité de compromettre est très éloignée de la capacité d'ester en justice²⁴⁹. C'est que, si dans l'immédiat la convention d'arbitrage ne fait que créer une situation contentieuse, sans modifier les droits des parties, cette convention implique la volonté des parties de se soumettre par la suite en ce qui concerne ces droits, à la décision de l'arbitre. Or, cette décision peut avoir pour effet, en pratique sinon en théorie, un transfert de droits d'une partie à l'autre. La même solution aurait peut être été donnée dans le cadre d'une procédure judiciaire

²⁴⁸ Berouane (Ayed), *L'arbitrage et l'ordre public, étude comparative, (en arabe)*, 1^e éd, Halabi, 2004. Beyrouth., p 22 et s.

²⁴⁹ Ancel, J-CL, *Procédure civile, convention d'arbitrage, conditions de fond, consentement*, Fasc1022, p 4.

normale, mais, en tous cas, par leur accord, les parties modifient profondément les conditions dans lesquelles la décision sera rendue. Un tel accord implique une vigilance particulière, qui n'est pas nécessaire, lorsqu'il s'agit simplement d'agir en justice devant les juridictions étatiques. En outre, puisqu'il y a accord, les deux parties à la convention d'arbitrage sont sur le même plan, ce qui interdit de distinguer comme on le fait parfois pour la capacité d'agir en justice, entre la position de demandeur et celle de défendeur.

Toutes ces considérations empêchent de traiter la capacité de compromettre comme un aspect particulier de la capacité d'agir en justice. C'est la capacité de contracter qui va être ici requise : l'aspect conventionnel de l'arbitrage l'emporte à cet égard sur son aspect juridictionnel.

§ 2: Les cas de la capacité de compromettre.

Il s'agit ici des situations très divers où la loi prive une personne de la capacité ou du pouvoir d'agir juridiquement sur ses biens (ou du moins d'agir seule) et donne pouvoir de le faire à une autre personne. Il s'agit aussi de cas où les biens appartiennent en commun à plusieurs personnes et peuvent être gérés par l'une d'elles.

Sans chercher à faire des regroupements artificiels, on examinera donc successivement les problèmes posés pour la conclusion des conventions d'arbitrage par la situation des incapables (1) et les personnes n'ayant pas la complète disposition de leurs droits (2).

Les incapables.

Aux termes de l'article 78 (modifié) du code civil algérien : « Toute personne est capable de contracter, à moins qu'elle ne soit déclarée, totalement ou partiellement, incapable en vertu de la loi ».

Appliqué aux conventions d'arbitrage, l'article 78 conduit à affirmer que toute personne peut compromettre si elle n'a pas été déclarée incapable par la loi.

L'article 79 du code civil dispose de son côté : «En ce qui concerne les règles de capacité des mineurs, interdits judiciaires et légaux et autres incapables, il est fait application des dispositions prévues à cet effet par le code de la famille ».

Ce sont donc les textes, d'une part du code civil et les dispositions contenues dans le code de la famille en la matière, d'autre part, qu'il faut combiner pour vérifier la capacité ou son défaut de la personne partie à la convention d'arbitrage.

Pour les raisons précédemment exposées, on étudiera ici les difficultés relatives à la situation des mineurs (A) et des majeurs protégés (B).

A)-Les mineurs

L'incapacité de compromettre du mineur est fondée, tant sur les dispositions générales en matière de minorité, que sur la combinaison de l'article 1006 du code de procédure civile et administratif texte spécial au compromis.

L'article 1006 CPCA exclu aussi l'arbitrage sur les questions d'état et de capacité des personnes, mais il y a une différence entre la question "de capacité" et les questions "touchant les incapables". L'incapacité de compromettre du mineur traitée ici, s'inscrit dans le cadre général des articles du code civil et code la famille qui édicte l'incapacité de contracter des mineurs.

On envisagera, à ce propos, les différents régimes auxquelles est soumis le mineur, avec les conséquences qui en résultent pour la convention d'arbitrage.

1-Le mineur dépourvu de discernement(0 à 13 ans).

Sa participation à l'arbitrage est, à tous les titres, interdite au mineur dépourvu de discernement.

Il en est ainsi sur le plan de sa capacité, l'article 82 du Code de la famille algérien lui créant une incapacité absolue à la réalisation des contrats en disposant : « les actes de toutes personnes n'ayant pas atteint l'âge de discernement à cause de son jeune

âge, conformément à l'article 42 du Code civil sont nuls », L'article 42 du code civil Algérien fixe l'âge du discernement à 13 ans.

Cette incapacité générale est renforcée par l'article 1006 CCAA qui dispose que ne peuvent compromettre que ceux qui sont en droit de disposer de leurs biens. Cette interdiction étant faite dans l'intérêt du mineur, elle sera strictement limitée à ses intérêts.

La doctrine²⁵⁰ est unanime quant au caractère absolu de la nullité du compromis passé par l'incapable, en considérant que le mineur, son représentant légal ou le contractant pourraient se prévaloir de cette nullité, soit par la voie d'une instance au fond devant les juridictions ordinaires ou par la voie de défense devant l'arbitre. Et si ce dernier ne tiens pas en compte ce moyen de défense en rendant sa sentence sur la base de la convention, il est possible d'intenter un recours en annulation contre la décision de l'arbitre qui a été rendue sur la base d'un compromis conclu par une personne incapable.

2-Mineur ayant atteint l'âge de discernement(13 à 19 ans)

Aux termes de l'article 83 du C.F.A : « les actes de la personne ayant atteint l'âge de discernement, sans être majeur, au sens de l'article 43 du Code civile, sont valides dans le cas ou ils lui sont profitables, et nuls s'ils sont préjudiciables. Ces actes sont soumis à l'autorisation du tuteur légal ou tuteur testamentaire, lorsqu'il y a incertitude entre profit et le préjudice. En cas de litiges, la justice en est saisie ».

Aux termes de l'article 84 du C.F.A « le juge peut autoriser la personne ayant atteint l'âge de discernement à dispoer de tout ou partie de ses biens, à la demande de toute personne y ayant intérêt. Toutefois, le juge peut revenir sur sa décision s'il en admet le bien-fondé ».

Il en résulte, que ce mineur est capable, comme un majeur, de tous les actes de la vie civile, sans restrictions, il a donc aptitude au compromis. Toutefois cette capacité est relative, en vertu de l'article 43 du code civil(loi n°05-10 du 20 juin 2005), qui annonce une capacité limitée pour cette personne en disposant « Celui qui a atteint l'âge de discernement, sans être majeur, de même que celui qui atteint la majorité, tout en étant prodigue ou frappé d'imbécilité, ont une capacité limité conformément aux prescriptions de la loi » , ces actes ne doivent pas lui être préjudiciables.

3-Le Mineur émancipé pour les actes de commerce.

²⁵⁰ Ancel, J-CL, Procédure civile, convention d'arbitrage, conditions de fond, consentement, Fasc1022, p 7.

Les articles 05 et 06 du code de commerce algérien n'abordent pas ce sujet, mais il semble qu'il pourra souscrire des clauses compromissaires pour ce qui concerne les contestations relatives à son activité commerciale et qu'une autorisation lui est nécessaire pour accomplir tel acte.

B)- Les majeurs protégés

En raison, soit de leur état physique, soit de leur état mental, certains majeurs font l'objet d'un régime de protection qui déroge au principe fixé par l'article 40 du Code civil algérien, qui déclare pleinement capables les personnes de l'un et de l'autre sexe ayant atteint l'âge de 19 ans. Les régimes qui peuvent leur être appliqués correspondent chacun à une adaptation qui tient compte de la variété des situations dans laquelle un majeur protégé peut se trouver.

Ces régimes sont aussi variés que, la tutelle, la curatelle, et l'interdit judiciaire.

1- Majeur en tutelle

Il est certainement incapable de compromettre, puisque aux termes de l'article 88 du C.F.A, c'est son tuteur qui sera son représentant pour la gestion de ses biens.

A l'égard de cette catégorie de majeurs protégés, il y a lieu de renvoyer à ce qui sera dit à l'occasion du tuteur (2 section).

2- Majeur en curatelle

Le majeur en curatelle est dans la même situation qu'un majeur sous tutelle. (Article 99 C.A.F), pour saisir ainsi ses droits, il convient de se référer à ce qui va être dit sur les pouvoirs du curateur dans la deuxième section.

3- L'interdit judiciaire

Aux termes de l'article 101 CAF : « est interdit toute personne majeure atteinte de démence, d'imbécillité ou de prodigalité ou sujette à l'un de ces états ». Selon, l'article 103 CAF, l'interdiction est prononcée par jugement suite à une demande de l'un des parents, d'une personne y ayant intérêt ou du ministère public (art 102 CAF).

L'article 104 CAF, assimile l'interdit au mineur pour toutes les dispositions concernant sa personne et ses biens. En effet, comme pour les autres majeurs protégés, l'administration de l'interdit et de ses affaires revient à un tuteur légal ou testamentaire ou à défaut au curateur.

Il en résulte donc pour l'interdit judiciaire, comme pour le mineur, une incapacité absolue à l'arbitrage.

2) Personnes n'ayant pas la complète disposition de leurs droits

1-Le failli

Par définition, le failli est dépossédé de ses biens. Il n'a donc plus la libre disposition de ses droits, voulue par l'article 1006 du code de procédure civile et administrative algérien, pour pouvoir compromettre. Son incapacité est absolue sous réserve d'autorisation de l'administrateur en vertu de l'article 275 du code de commerce, en effet, selon l'article : « Le débiteur peut, après l'assistance du syndic et l'autorisation du juge commissaire, sous les mêmes conditions, compromettre et transiger sur tout litige qui n'excède pas la compétence en dernier ressort du tribunal saisi ».

2-Le condamné

Cette personne est interdite de la disposition de ses droits et par conséquent de recourir à l'arbitrage, non pour défaut de capacité ou de manque de discernement, mais pour cause de son incarcération durant toute la durée de l'accomplissement de sa peine, et ce en vertu de l'article 09 bis (nouveau)du code pénal Algérien qui dispose : « en cas de condamnation à une peine criminelle, le tribunal prononce obligatoirement l'interdiction légale qui consiste à empêcher le condamné d'exercer ses droits patrimoniaux durant l'exécution de sa peine principale .Ses biens sont administrés dans les formes prévues pour l'interdiction judiciaire ».²⁵¹

Section 2 : Personnes qui n'ont pas le pouvoir de compromettre

²⁵¹ Voir, article 104 et suivant du C.A.F

On entend par pouvoir de compromettre, le pouvoir accordé à une personne au sujet de biens et droits appartenant à une autre personne, en d'autres termes, le pouvoir de conclure des conventions d'arbitrage dans un intérêt distinct de l'intérêt du signataire de la convention d'arbitrage, que ce soit par procuration ou délégation. Ce dernier peut être une personne physique ou une personne morale. La délégation peut être, en vertu d'un texte de loi ou par un jugement, qui attribue à une personne désignée le pouvoir de conclure des conventions entre autre celui de compromettre à la place d'une tierce personne, c'est ce qu'on appelle les mandataires légaux ou judiciaires (§1). Comme il se peut que se soit l'objet d'un accord par lequel une personne délègue à une autre personne le pouvoir de conclure des conventions en son nom et à sa place, c'est ce qu'on appelle les mandataires conventionnels (§2) ou les mandataires sociaux (§3).

§ 1- Les mandataires légaux ou judiciaires

Cette représentation se matérialise dans le pouvoir des représentants des incapables (tuteurs, curateur, kafil), et les représentants du disparu, de l'absent et du failli (syndic –administrateur judiciaire).

A)-Le pouvoir des tuteurs légal (al wali)

Les pouvoirs des tuteurs se limitent à des actes d'administration .Or, l'obligation d'arbitrer met en cause le plus souvent des droits patrimoniaux. Il en résulte que ces représentants ne peuvent conclure une convention d'arbitrage au nom du mineur ou de l'incapable qu'ils assistent. L'autorisation du juge des tutelles reste nécessaire pour la validité dudit accord²⁵² .

A cet effet, et en l'absence d'un texte spécial au compromis, on se réfère à l'article 87 (modifié) du CAF qui dispose : « le père est le tuteur de ses enfants mineurs, A son décès, l'exercice de la tutelle revient à la mère de plein droit », Selon l'article 88 CAF., le tuteur est tenu de gérer les biens de son pupille au mieux de l'intérêt de celui-ci, mais à l'occasion de certains actes que le texte énumère dans les n° 1, 2, 3 et 4 et parmi lesquels se trouve la transaction, la faculté du tuteur est subordonné à l'autorisation du juge.

²⁵² Bourges, 18 décembre 1840, s, 1841, 2,587, cité M.Namour, *Droit et pratique de l'arbitrage international*, LGDJ, 2 éd, 2005, p 218.

La question qui se pose dès lors, est de savoir si le compromis est un acte de disposition pour lequel l'autorisation du juge est nécessaire comme la transaction, ou une d'administration (de gestion) que le tuteur pourrait passer seul.

Même si le compromis pouvait être considéré tantôt comme un acte d'administration, tantôt comme un acte de disposition, selon qu'il porte ou non sur la propriété des biens litigieux. Il en résulte, d'après Ancel²⁵³, le tuteur peut parfois compromettre sans l'autorisation du juge (conseil de la famille en France), si le litige ne met en cause que l'administration des biens du mineur. L'opinion contraire, qui exige toujours l'autorisation du juge est, cependant, fréquemment soutenue dans la doctrine²⁵⁴.

B)- Le tuteur testamentaire (al wassi)

Il y a lieu de renvoyer à ce qui vient d'être dit ci-dessus à l'occasion des tuteurs. En effet, L'article 95 CAF dispose que le tuteur testamentaire a le même pouvoir d'administration que le tuteur légal.

C)- Le curateur

Le curateur est la personne désignée par le tribunal à défaut de tuteur légal ou testamentaire pour l'administration des biens d'une personne complètement ou partiellement incapable (art.99 CAF).

S'agissant à son pouvoir de compromettre au nom de l'interdit (Al mahjour), l'article 100 CAF, lui accorde les mêmes attributions que le tuteur testamentaire qui, lui, a la même compétence que le tuteur légal. Il lui en résulte alors un pouvoir égal de compromettre.²⁵⁵

D)- L'attributaire de droit recueil légal (al kafil)

L'adoption étant interdit par la tradition musulmane la plus ancienne, le code de la famille, après avoir rappelé le principe de l'interdiction dans l'article 46, prévoit le recueil légal et le définit comme suit dans l'article 116 : « le recueil légal est

²⁵³ Ancel, J-CL, procédure civile, convention d'arbitrage, fasc1022, p 8.

²⁵⁴ Weil et Terré, J-CL Civil, Art 449 à 468, Fasc. 3 ; Trari Tani, La clause compromissoire..., précité, p 64.

²⁵⁵ Trari Tani, de la clause compromissoire..., précité, p 65.

l'engagement de prendre bénévolement en charge l'entretien, l'éducation et la protection d'un enfant mineur, au même titre que le ferait un père pour son fils. Il est établi par un acte légal ».

Quand au pouvoir du bénéficiaire de recueil légal (kafil) de compromettre au nom de l'enfant, l'article 121 CAF, lui confère la tutelle légale. Il suffira donc de transposer la solution admise pour le tuteur ici.

E)- Le représentant du disparu (al mafkoud) et l'absent (al ghr'ib).

Il faut distinguer entre deux période : celle allant du jugement d'absence jusqu'au jugement de décès et celle qui succède celui-ci.

- Quant à la première période qui dure 4 ans si la disparition est intervenue en temps de guerre, en des circonstances exceptionnelles ou en une durée que le juge détermine après l'expiration des 4 ans, si la disparition est intervenue en temps de paix(art.113 CAF), il est désigné un curateur, parmi les parents ou autres, qui assura la gestion de ses biens et le recouvrement des parts de succession ou des libéralités lui revenant(art.111 CAF).Mais, en raison de l'audition nécessaire au pouvoir du procureur général dans toutes les affaires concernant les absents, comme l'article 141 CPCA, tout pouvoir de compromettre lui est retiré.
- Après le jugement de décès, la succession est ouverte et le pouvoir de compromettre doit être recherché à l'égard des héritiers, selon que l'absent a laissé des héritiers majeurs ou mineurs.²⁵⁶

F)-Le pouvoir du syndic administrateur judiciaire

Aux termes de l'article 270 du code commerce algérien : « le syndic peut, avec l'autorisation du juge – commissaire, le débiteur dûment entendu ou dûment appelé par la lettre recommandée, compromettre et transiger sur toutes les contestations qui intéressent la masse (...). Si l'objet du compromis ou de la transaction est d'une valeur indéterminée ou excède la compétence en dernier ressort du tribunal, le compromis ou la transaction doit être soumis à l'homologation du tribunal. Le failli est appelé à l'homologation, Il a, dans tous les cas, la faculté de s'y opposer »²⁵⁷.

²⁵⁶ Trari Tani, de la clause compromissoire..., p 66.

²⁵⁷ Voir aussi ordonnance n° 96-23 du 09/07/1996 relative au syndic administrateur judiciaire.

Cet article consacre le principe de la capacité du syndic-administrateur judiciaire à compromettre mais conditionne l'existence d'une telle capacité à l'autorisation expresse des intéressés (débiteur, juge commissaire..).

I) - Personnes mariées

Aux termes de l'article 37 (modifié) CAF : « chacun des deux époux conserve son propre patrimoine.

Toutefois, les deux époux peuvent convenir, dans l'acte de mariage ou par acte authentique ultérieur, de la communauté des biens acquis durant le mariage et déterminer les proportions revenant à chacun d'entre eux ».

Si la première aliéna de l'article confirme la séparation des biens, conformément à la tradition du droit musulman et par conséquent, chaque époux a l'administration et la jouissance de ses propres et il peut compromettre sur ses biens sans consentement ou l'autorisation de l'autre, A l'inverse, dans le cas où les époux ont choisi un régime de la communauté des biens acquis, ces règles se trouvent modifiées, l'accord des deux époux est nécessaire pour la conclusion d'une convention d'arbitrage.

§ 2 -Les mandataires conventionnels

A l'origine, c'est l'ayant droit qui recourt à la conclusion de la convention d'arbitrage, toutefois il lui est permis de mandater une tierce personne pour conclure une convention en son nom et à son compte. La question en vue est, seulement de savoir, s'il est possible d'y procéder en vertu d'un pouvoir général, ou si un pouvoir spécial est nécessaire à cet effet

A)- Le mandataire en général :

En France, il est possible de passer par voie de mandat des actes d'arbitrage pour un tiers. Mais, en se fondant sur l'article 1989 du code civil qui dispose : « le mandataire ne peut rien faire au-delà de ce qui est porté dans son mandat : le pouvoir de transiger ne renferme pas celui de compromettre.

Selon une conception classique²⁵⁸, le mandataire, pour pouvoir compromettre, devra donc disposer d'un mandat spécial. Cette disposition se justifie en raison de la gravité des conventions d'arbitrage, accentuée par le décret de 1980 qui consacre l'autonomie de chacune des conventions. La partie qui a signé une clause compromissoire ou un compromis s'est engagée à soumettre les litiges à un tribunal arbitral et aura donc beaucoup de difficultés à revenir, le cas échéant, sur un tel engagement.

La situation en droit algérien est proche de cette conception qui exige un mandat spécial pour compromettre, même s'il n'a pas besoin d'être particulier à un litige. En effet, l'article 574.CAF cite le compromis parmi les actes de disposition pour l'accomplissement desquels, le mandataire doit être investi d'un mandat spécial, en déclarent : « En dehors des actes d'administration, un mandat spécial est nécessaire, notamment pour conclure une vente (...) une transaction, un aveu, un compromis ».

Eu égard à l'évolution de la pratique en matière d'arbitrage, une nouvelle conception est entrain de se forger et qui considère que l'arbitrage rentre dans les actes normaux de la gestion de l'entreprise commerciale. Il s'ensuit donc qu'en matière d'affaires, le mandataire pourvu d'un mandat de gestion conçu en termes généraux, peut conclure des conventions d'arbitrage²⁵⁹.

B)- Mandataire *ad litem*²⁶⁰

Le mandataire *ad litem*, chargé de suivre la procédure ne peut accomplir que les actes nécessaires au procès.

En matière d'arbitrage, les parties se défendent elles mêmes ou se font représenter par un conseil qui peut être un avocat, sans que, cependant, ce dernier ne dispose d'un monopole.²⁶¹Le tribunal d'instance de seine,²⁶² puis la cour de Paris,²⁶³ lui ont refusé le droit de conclure une prorogation de délai sans un mandat spécial.

Dans, l'affaire qui fit l'objet de l'arrêt du 08 janvier 1970, une des parties affirmait que la seule comparution devant le tribunal arbitral de son avocat emportait

²⁵⁸ Civ.18 mai 1942.D.A 1942.105 ; Amiens ; 2 déc.1952. Gaz.Pal.1953.I.Tab.V.Arb.n°5 et s.

²⁵⁹ Trari Tani, de la clause compromissoire ..., p 54.

²⁶⁰ *Ad litem* (Terme juridique)

Locution latine qui désigne ce qui est fait ou obtenu pour une procédure particulière, une instance déterminée.

²⁶¹ Cass.Civ, 1e ,19 juin 1979 ; Gaz. Pal, 1979, p 492.

²⁶² T.civ, Seine, 14 mars1963, Rev.Arb.1963.98

²⁶³ CA Paris, 8 janvier 1970, JCP, 1970 II, 16400.

prorogation tacite du délai. Or la cour déclare que, si la participation des parties à l'instance au-delà des délais vaut acceptation tacite de prorogation, la seule participation de l'avocat n'emporte pas prorogation de délai. La prorogation entraîne la modification, dans un de ses éléments, du compromis (durée des effets). elle suppose le pouvoir de compromettre, auquel le mandat *ad litem* ne peut pas se substituer. Il faut donc que le mandataire *ad litem* dispose d'un pouvoir spécial.

Certains auteurs ont, cependant, proposé une solution différente ; en estimant que le mandat de représentation contient le pouvoir de donner un consentement,

La seule présence de l'avocat suffirait à emporter prorogation de délai. Cette conception a été approuvée par la jurisprudence récemment.²⁶⁴

C) La représentation commerciale.

Trois régime de représentation coexistent en droit français : le représentant salarié, l'agent mandataire et le concessionnaire. Seule l'agence commerciale est réglementée par contre par le code de commerce algérien. La clause compromissoire étant fréquemment stipulé dans des actes de commerce, il convient d'étudier ici le pouvoir du représentant commercial à l'effet de conclure des clauses d'arbitrage.

1-Le représentant salarié

Il existe en France deux catégories : le représentant salarié et le représentant statutaire (V.R.P).

- Le représentant salarié :

C'est un auxiliaire de commerce qui se charge, sur une ou plusieurs places déterminées pour une ou plusieurs maisons, de solliciter des ordres de commande afin des les transmettre à la ou les maisons qu'il représente, moyennant une remise proportionnelle appelée « commission » et payée par le vendeur. Son rôle n'étant pas celui de conclure des contrats mais celui de rapprocher les contractants, il ne peut nullement prétendre à compromettre au nom de la personne qu'il représente.

B) - Le représentant statutaire (V.R.P.)

²⁶⁴ civ.2°, 21nov.2002, Bull.civ.II; n°263.

Le voyageur représentant placier est lié à son employeur par un contrat de travail ; il ne peut conclure de clauses d'arbitrage que s'il en a reçu ordre de celui-ci, il lui faut donc un mandat spécial.

2-L'agent mandataire

Cette forme de représentation existe en Algérie et en France. L'agent mandataire y porte la dénomination « L'agent commercial ».

Aux termes de l'article 34 du code de commerce Algérien : « le contrat d'agence commerciale est la convention par laquelle une personne qui, sans être liée par un contrat de louage de service, s'engage à préparer ou à conclure de façon habituelle des achats, ou des ventes et, d'une manière générale, toutes autres opérations commerciales pour son propre compte. Le contrat d'agence commerciale fait, sans détermination de durée, ne peut être résilié par l'une des parties sans l'observation d'un préavis conforme sauf au cas de faute de l'autre partie ».

Sous cette appellation, le mandataire commercial reste soumis aux règles du mandat général, il a besoin d'un mandat spécial pour compromettre. Toutefois, dans l'hypothèse où l'agent commercial limite son activité à exercer le mandat qui lui a été confié par une personne déterminée, la conclusion des clauses d'arbitrage apparaissant, aujourd'hui, de plus en plus comme un acte normal de gestion des affaires commerciales, un mandat conçu en termes généraux impliquera son aptitude à conclure des clauses d'arbitrage²⁶⁵.

Il faut rappeler ici, que sous l'empire de l'article 35 CCA, aujourd'hui abrogé, les personnes privées algériennes étaient exclues du domaine de la représentation commerciale internationale, par conséquent, elles ne pouvaient compromettre. En effet, le contrat d'agence commerciale, ayant pour objet la réalisation des importations de marchandises ou l'utilisation de services, ne pouvait être passé avec les entreprises étrangères que par l'intermédiaire d'une entreprise socialiste (publique) du commerce international.

3-Le concessionnaire

²⁶⁵ Trari Tani, *De la clause compromissoire...*, précité, p 56.

C'est un commerçant indépendant qui, à la différence de l'agent commercial, achète au concédant les marchandises faisant l'objet du contrat et trouve sa rémunération dans le bénéfice qu'il prélève de la revente des marchandises. Les règles du mandat ne sont donc point applicables et les clauses d'arbitrage qu'il conclut, le lient personnellement.

§3- les mandataires sociaux

La question du pouvoir de compromettre des représentants sociaux ne se pose, en principe, que pour les personnes morales de droit privé, En effet, les textes, qui permettent à certaines personnes publiques de recourir à l'arbitrage, précisent en même temps quel est l'organe ou la personne qui a compétence pour passer le compromis (article 976 CPCAA)²⁶⁶.

Les personnes morales de droit privé, en revanche, ont normalement la capacité de compromettre, mais la mise en œuvre de cette capacité va supposer que soit reconnu aux organes de ces personnes morales le pouvoir de compromettre en leur nom.

En droit algérien, ou la clause compromissoire est valide tant en matière civile qu'en matière commerciale, la distinction n'aucune incidence sur le pouvoir du Gérant à compromettre. D'autant plus que le législateur algérien prévoit, pour les sociétés civiles, un mode de gestion similaire à celui des sociétés commerciales(article 427.c.Civ.A), ceci d'une part ; d'autre part, l'article 544 étend le domaine des sociétés commerciales aux sociétés commerciales dont l'objet reste civil, lorsque celles-ci ont la forme de l'une des sociétés reconnues commerciales par le code de commerce algérien(les sociétés en nom collectif, les sociétés à responsabilité limitée et la société par action.²⁶⁷

En France, Le gérant d'une société civile a reçu par l'article 1849, du code civil, le pouvoir d'engager la société par les actes entrant dans l'objet social; dès lors, et dans cette limite, il a pouvoir pour compromettre au nom de la société²⁶⁸.

S'agissant des sociétés commerciales, et par le fait que l'arbitrage est considéré comme l'un des moyens normaux de gestion de l'entreprise, il résulte de l'ensemble de la jurisprudence récente une présomption de l'aptitude du mandataire social. Alors que, pour le gérant d'une société en nom collectif, la jurisprudence ancienne admettait

²⁶⁶ Voir en ce sens, TrariTani, *ASA bulletin*, 1/2009(mars). p 76.

²⁶⁷ Trari Tani, *de la clause compromissoire...*, précité, p 58.

²⁶⁸ *CA Paris*, 22 mars 1990, *Rev.Arb.*1991.123

généralement la nécessité du pouvoir spécial,²⁶⁹ on doit admettre, aujourd'hui, d'après Ancel²⁷⁰, que le gérant, ayant la plénitude des droits concernant l'administration et la disposition des biens sociaux, se trouve de plein droit investi de l'aptitude à l'arbitrage.

En ce qui concerne la société anonyme, il résulte de l'article L.225-51 du code de commerce français que « la direction générale de la société est assumée, sous sa responsabilité, soit par le président du conseil d'administration, soit par une autre personne physique nommée par le conseil d'administration et portant le titre de directeur général. ». C'est donc selon le choix du conseil d'administration, le président du conseil d'administration ou le directeur général, qu'il soit ou non adjoint, qui peut, sans mandat spécial, compromettre sur les litiges intéressant l'administration ou la gestion des affaires courantes²⁷¹. On doit noter cependant qu'une cour d'appel a considéré que le défaut de pouvoir du directeur financier d'une société pour la représenter au compromis d'arbitrage n'était pas une cause de nullité prévue par l'article 1484 CPC²⁷². Le représentant d'une société qui n'a pris aucun engagement personnel, et alors que la société n'est pas fictive pour constituer un écran au profit de ce représentant, ne saurait être personnellement concerné par la clause compromissoire et la sentence ne saurait avoir effet à son égard alors qu'il a soulevé devant l'arbitre l'irrecevabilité de la demande pour ce qui le concernait²⁷³. Pour la société par action spécifique (SAS) par application de l'article L.227-1 du code de commerce, c'est le président ou celui ou ceux des dirigeants que les statuts désignent qui représentent la société avec les mêmes pouvoirs que le directeur général de la société anonyme (SA).

²⁶⁹ Req.27 juin.T.Alger, 21 août 1904 ; Douai, 8 juill.1954, Gaz.Pal.1954.2.157; contra : Civ.15 janv.1872, Jur.gén., eod.v°, n° 273

²⁷⁰ Ancel, *J-CL procédure civile, convention d'arbitrage, Fasc 1022, p 10.*

²⁷¹ CA Paris, 4 juill.1957, D.1957.659; et, sur pourvoi, Com.25 mai 1959.D.1959.577, note F.G.; CA Paris, 12 févr.1963,D.1963.340 ;7mai 1963, D1964, somme.52; 24 mars 1960, Rev.arb.1960.50; et, sur pourvoi, Com.30 janv. 1963, *ibid.*1963.91).

²⁷² CA Aix-en-provence, 4 juin 2003, Rev.arb 2004.134 cet arrêt a été cassé le 14 mars 2006 mais pour une autre cause.

²⁷³ Paris 26 juin 2003, Rev.arb.2006.143 ; V.sur la question l'engagement des sociétés à l'arbitrage, D.Cohen, Rev.Arb 2006. p35.

Conclusion

La libéralisation de l'arbitrage international progresse dans le domaine de l'arbitrage²⁷⁴. D'une part, par l'adoption de législations de plus en plus libérales en la matière – le législateur, confronté à l'engorgement des tribunaux, se rendant compte des indéniables avantages de l'arbitrage- et par – l'acceptation –surtout par les arbitres, mais aussi par les juges étatiques – de critères d'ordre public différents, quand l'arbitrage est international. D'autre part, par une réduction du rôle que joue l'ordre public comme limite à l'arbitrabilité et, corrélativement, par la tendance à reporter la vérification du respect de l'ordre public par l'arbitre au niveau du contrôle juridictionnel étatique – recours en annulation ou opposition à l'exequatur de la sentence. Enfin, par l'émergence progressive dans la jurisprudence arbitrale, mais aussi dans certaines jurisprudences étatiques et dans les législations récentes tel le droit algérien de l'arbitrage, de règles matérielles propres à l'arbitrage international.

Doit-on pour autant conclure, comme le faisait le professeur Goldman,²⁷⁵ que les règles qui rejettent l'arbitrabilité pourraient être éventuellement considérées comme contraires à l'ordre public transnational et que, corrélativement, l'arbitrabilité des litiges est un principe international, directement applicable sans confrontation avec une loi étatique quelconque? Cette conclusion est peut être excessive. Il reste que l'inarbitrabilité tend effectivement à devenir, dans les systèmes juridiques et judiciaires progressifs, un vestige du passé.

A ce stade de l'évolution des législations et des jurisprudences, un principe semble en tout cas émerger en vertu duquel l'arbitrabilité est la règle et ne peut être exclue que si les droits litigieux sont fondamentalement indisponibles ou se heurtent à des prérogatives exclusivement réservées à des Etats ou à des autorités relevant du groupement d'Etats souverains, et ce au titre des dispositions touchant à l'ordre public international.

Bibliographie

I : Ouvrages et Thèses :

1. AFAZADEH (Homayoon), *Ordre public et arbitrage international à l'épreuve de la mondialisation*, LGDJ, 2005.

²⁷⁴ Il ne subsiste plus que « quelques îlots de d'inarbitrabilité dans un océan d'arbitrabilité », Racine, *L'arbitrage commercial...*, précité, p 26.

²⁷⁵ B.Goldman, « La situation en France », *Competition and arbitration law*, 1993, précité, p 115.

2. ARCAGELI (Vera), *Les notions d'arbitrabilité, ordre public et de public policy comme moyens de contrôle de l'arbitrage commercial international au Canada*, thèse, Montréal, 1999.
3. BENCHIKH (Nordinne), *L'arbitrage dans les relations commerciales internationales de l'Algérie*, thèse, Le Mans, 1992.
4. BERTRAND (Edmond), *L'arbitrage en droit privé*, la documentation française, 1979.
5. BEROUANE (Ayed), *L'arbitrage et l'ordre public – étude comparative-(en arabe)*, 1^e éd, Halabi, 2004. Beyrouth.
6. BUCHER (A.), *Le nouvel arbitrage international en Suisse*, Ed Helbing, Bâle, 1988.
7. COHEN (Daniel) : *Arbitrage et société*, LGDJ, 1993.
8. CONSEIL D'ETAT, *Régler autrement les conflits : conciliation, transactions, arbitrage en matière administrative*, la documentation française, 1993.
9. DAVID (René), *L'arbitrage dans le commerce international*; éd economica, 1982.
10. DE BOISSÉSON (Mathieu), *Le droit français de l'arbitrage interne et international*; préface de Pierre Bellet. Ed, Joly GLN 1990.
11. FAUQUE-COSSON (B.), *Libre disponibilité des droits et conflits des lois*, LGDJ.1996.
12. FOUCHARD (Philippe), GAILLARD (Emmanuel), GOLDMAN (Berthold), *Traité de l'arbitrage commercial international*, Litec, 1996.
13. KASSIS (Antoine), *Problème de base de l'arbitrage en droit comparé et en droit international*. Tome I, éd LGDJ ,1987.
-*Réforme d'arbitrage commercial en France*, L'Harmattan, 2008.
14. MASAD (Alenzi), *Inarbitrabilité objective*, thèse, Strasbourg 3, 2004.
15. MEGERLIN (Christophe), *Ordre public transnational et arbitrage international de droit privé*, LGDJ, 2002.

16. MOTULSKY (Henri), *Ecrits-Etude et note sur l'arbitrage*, éd Dalloz, 1974.
17. NAJJAR (Nathalie), *L'arbitrage dans les pays arabes face à l'exigence du commerce international*, LGDJ, 2004.
18. RACINE (Jean-Baptiste), *L'arbitrage commercial international et l'ordre public*, LGDJ, 1999.
19. REDFERN (Alain,) HUNTER (Martin) avec le concours de SMITH (Murry) : *Droit et pratique de l'arbitrage commercial international*; éd LGDJ, 1994.
20. ROBERT (Jean), *L'arbitrage droit interne et droit international privé*, 6^e éd Dalloz, 1993.
21. TRARI-TANI (Mostefa), *Droit algérien de l'arbitrage Commercial international*, 1^e éd, BERTI, 2007.
22. TRARI-TANI(Mostefa), *L'Etat et l'entreprise au Maghreb face à l'ordre arbitral international*, Th. de doctorat d'Etat, Oran, mars 2002.
23. TRARI-TANI (Mostefa), *De la clause Compromissoire*, Th.de 3^e cycle, Rennes 1985.
24. ZAHY (Amor), *L'Etat et l'arbitrage*, O.P.U, 1981.

II : Articles

- AMAR.A, *L'arbitrage en Tunisie depuis l'édiction du code d'arbitrage*, Rev.Arb, 2000, p 247.
- ANCEL.P, J-CL. *Procédure civile, Convention d'arbitrage, condition de fond, litiges arbitrables*. Fasc. 1024,1996.
 - *Arbitrage et procédures collectives*, Rev.Arb 1983, n°3 p 255.
 - *Arbitrage et procédures collectives après la loi du 25.1.85*, Rev .Arb 1987, n°2. p 127.

- AUDIT.M, *Le contrat de partenariat ou l'essor de l'arbitrage en matière administrative*, Rev.Arb, 2004, N°3, p 541.
 - *L'arbitrage et les contrats de partenariat*, Revue contrat et marché public, n°64, Mars 2007.
- BEDJAOUI.M et MEBROUKINE.A, *Le nouveau droit de l'arbitrage international en Algérie*, JDI.4, 1993.
- BEN ABDELRAHMEN.D, *La réforme du droit Algérien de l'arbitrage*, Gazette du palais, 11/04/1999, n° 101, p 27.35
- BÖCKSTIEGEL.KH, *Arbitrability and public policy*, ICCA Congress Series, n°3.1987.
- BONET.G, *L'arbitrabilité et propriété industrielle en droit français*, Colloque de L'IRIPI, Librairie technique, 1994, p 61.
- BOULBES.R, *La violation de l'ordre public, moyen de nullité du compromis d'arbitrage et de la sentence arbitrale* - JCP 62.I. 1976.
- BOY.L, *L'arbitrabilité des litiges internationaux concernant les personnes morales de droit public en droit français*, RIDE, 1992, p 99.
- BRACONNIER.S, *Arbitrage et contrats publics d'affaires- vers la consécration d'un principe d'arbitrabilité-*, AJDA, 2007, p 319.
- CARBONNEAU.T.E, *L'arbitrage en droit américain*, Rev.Arb, 1988, p 3-50.
- CATELA.P, *Arbitrage et patrimoine familial*, Rev.Arb, 1994.p 279.
- CHAPELLE.M, *Les fonctions de l'ordre public en droit international privé*, Rev Arb, 1973, p 10.
- DE BOISSÉSON.M, *Interrogation et doutes sur une évolution législative*, l'article 9 de la loi du 19 août 1986, Rev.Arb, 1986, 3, p 21.
- De Mello.X, *Arbitrage et ordre public national découlant des règles de concurrence*. Rev Arb1979, p.101
- DERAINS.Y. *Le statut des usages du commerce international devant les juridictions internationales*, Rev.Arb, 1973, p 122.
 - Détermination de lex contractus*, in, CCI, *l'apport de la jurisprudence arbitrale*, Pub. CCI n° 440/1, 1986. p 7.
- EL KOUSHERI. A S, LEBOULANGER.P, *L'arbitrage face a la corruption et aux trafics d'influence*, Rev.Arb 1984, p 3.
- FADLALLAH.M, *L'ordre public dans les sentences arbitrales*, RCADI, 1994, n°2.

- FOUCHARD.PH, *Arbitrage et faillite*, Rev.Arb.1998, p, 471.
 - *L'arbitrage international en France après le décret du 12 mai 1981*, Clunet, 1982, 374-420.
 - *Quand un arbitrage est-il international ?* Rev.Arb, 1970, 59.77.
- FOUSSARD.D, *L'arbitrage en droit administratif*, Rev.Arb, 1990, p 4
- FRANCON.A, *L'arbitrage en matière de brevets et de jurisprudence*. Rev. Arb 1975 n°2, p 113.
- GAILLARD.E, *J-CL droit international, Convention d'arbitrage, arbitrabilité*. Fasc. 586-3,1994.
- GAUDEMET.Y, *L'arbitrage de droit public au Maroc*, Rev.Arb, 2002, n°4, p 883.
 - *L'arbitrage : Aspects de droit public, état de la question*, Rev.Arb 1992, p 241.
 - *L'arbitrage en droit public*, Droit et patrimoine, Juin 2002, p 83.
- GOLDMAN.B, *Les conflits de lois dans l'arbitrage international privé*, RCADI, II, 1963, 347-483.
- GURRY. F, *Objective arbitrability*, Bulletin CCI, 1998.
- HANOTIAU.B: *L'arbitrabilité et la for arbitrandum : un réexamen*, JDI N° 4.1994, p 899.
 - *La loi applicable à l'arbitrabilité des litiges*, RDAI/1998, n° 7, p 755.
- HORMANS.G, *L'arbitrage et l'ordre public interne belge*. Rev.Arb 1978, p 79.
- V.HEUZE, *La morale, l'arbitre et le juge*, Rev.Arb, 1993, n°2, p 179.
- HASCHER.D, *Introductory report, arbitration and Competition Law*, CCI, 1993.
- IDOT.L, *Arbitrage et droit communautaire*. R.D.A.I, n° 5, 1996, p 561.
 - *L'arbitrabilité des litiges, l'exemple français*, RJ Com, n° 96, 03, p 06.
- INSTITUT DE RECHERCHE EN PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE, *Arbitrage et propriété intellectuelle*. Paris 24 Jan 94. Libraire Tech.
- INTERNATIONAL CHAMBER OF COMMERCE - *Competition and arbitration law*, Dossier n° 480/3. Paris. 1993.

- ISSAD.M, *La nouvelle loi algérienne relative à l'arbitrage international*, Rev.Arb, 2008, n°3, p 419.
 - *Le décret législatif Algérien du 23 avril 1993 relatif à l'arbitrage international*, Rev .Arb, 1993, n°3, p 377.
 - *L'arbitrage en Algérie*, Rev.Arb, 1977, p 219.

- JAROSSON.CH, *L'arbitrabilité : présentation méthodologique*, RJ Com, n° 96, 03, p1
 - *L'arbitrage en droit public*, AJDA, 20/01/1997, p16.

- KOVAR, *L'arbitrage et droit communautaire de la concurrence*. Mélanges offerts à B.Goldman. Paris, 1982.

- LALIVE.P, *Ordre public transnational (ou réellement international) et arbitrage international*. Rev.Arb, 1986-p 329.

- LEMAIRE.S, *La libéralisation de l'arbitrage international en droit administratif – approche critique du projet de réforme du 13 mars 2007-* Rev.Arb, 2007, N° 3, p 407.

- LEVEL.P, *Une première retouche en droit de l'arbitrage " loi n°72-626 du 5/7/1972 - SCP 1972-5-2484.*
 - L'arbitrabilité*, Rev.Arb ,1992 n°2, p 213.

- LEW.J. *Propriété intellectuelle et arbitrage*, Bulletin CCI, 1998.

- LICHERIE.F. MARTOR.B, *Essor des partenariats public privé en Afrique, réformes en cours et perspectives d'avenir*, RDAI, 2007, n°3.

- LOQUIN.E, *Les pouvoirs des arbitres internationaux à la lumière de l'évolution récente de droit d'arbitrage international*, JDI, 1983, p 293.
 - *J-CL Procédure civile, convention d'arbitrage, litiges arbitrales*, Fasc 1024, 2009.

- MAHIOU.A, *L'arbitrage en Algérie*, Rev, Alg, dr, 1989, n°9, p 701.
 - *Evolution du droit de l'arbitrage en Algérie*, Rev. Mutations, n° 44-02/03.

- MAYER.P, *Le contrat illicite*, Rev.Arb 84 n°2 p.20
 - *La sentence contraire à l'ordre public au fond*, Rev.Arb, 1994. p 615.

- MEBROUKINE.A, *Le règlement d'arbitrage Algéro-Français du 27 mars 1983*, Rev .Arb, 1986, p 191.

- MEZGER.E, *L'arbitrage commercial et l'ordre public*. Rev. Trm. Dt. Com 1948-p 611.

- MOERL. JB, *La pratique de l'arbitrage en matière de contrat de partenariat*, Revue contrat et marché public, Mai 2009.
- MOITRY.J.H, *Arbitrage international et droit de la concurrence : vers un ordre public de lex Mercatoria*, Rev.Arb 1989 n°1 p 03.
- MOTULSKY.H, *L'arbitrage commercial et les personnes morales de droit public*, Rev Arb, 1956, p 38.
- OPPETIT.B, *L'arbitrage en matière de brevet d'invention après la loi de du 13/7/1978*. Rev Arb 1979 n°1 p 83.
 - *Arbitrage et contrat d'Etat*, JDI, 1990, p.37.
- RIBS.J, *Ombres et incertitudes de l'arbitrage pour les personnes morales de droit public*, JCP.1990, I, n° 3465.
- RICHER.L, *Les modes alternatifs des règlement des litiges et le droit administratif*, AJDA, 1997, p 8.
- RIVERO.J, *Personnes morales de droit public et arbitrage*, Rev.Arb, 1973, p 263.
- ROBIN.G, *Arbitrage international et personnes morales de droit public*, RDAI, n°8, 2002.
- TEBOUL.G, *Arbitrage international et personnes morales de droit public*, JCP, droit Administratif, 20/01/1997.
- TERKIN, *L'arbitrage international et l'entreprise publique en Algérie*, Rev.Arb, 1990, p 585.
- TRARI-TANI.M, *L'arbitrage international dans le nouveau code algérien de la procédure civile et administrative*, Bulletin de l'association suisse de l'arbitrage(ASA), 1/2009/mars.
- VEAUX.D, *J-CL Civil, Convention d'arbitrage, Compromis et clause compromissoire*, Fasc. 2-1990.
- ZAHER.KH, *Le nouveau droit marocain de l'arbitrage interne et international*, Rev.Arb, 2009, n°1, p 71 -144.

TABLE DES MATIERES

PRINCIPALES ABRÉVIATIONS.....	3
INTRODUCTION.....	4
PREMIERE PARTIE – L'ARBITRABILITE OBJECTIVE	10
Chapitre I : Les critères d'arbitrabilité objective.....	12
Section 1 : La disponibilité du droit, critère nécessaire et suffisant.....	12
§1 : La portée du principe.....	12
§2 : La compétence exclusive comme limite.....	15
Section 2 : L'ordre public, critère controversé et inadapté.....	20
§ 1 : Extension de l'arbitrabilité en matière d'ordre public.....	20
§ 2 : Le pouvoir de l'arbitre à sanctionner le contrat illicite.....	24

Chapitre II : Application de l'arbitrabilité dans des matières sensibles.....	33
Section 1 - L'arbitrabilité des litiges intéressant le droit de la concurrence.....	34
§ 1 : L'évolution de la jurisprudence internationale en matière d'arbitrabilité des problèmes de concurrence.	34
1 : La jurisprudence des tribunaux étatiques.....	35
A) : La jurisprudence américaine.	35
B) : La jurisprudence française.	37
2 : La jurisprudence des tribunaux arbitraux.....	39
§ 2 : L'arbitrabilité en matière de la concurrence en Algérie.....	41
Section 2- L'arbitrabilité des litiges intéressant la propriété intellectuelle.....	44
§ 1: Principes généraux de l'arbitrabilité.....	44
§ 2: L'arbitrabilité des litiges relatifs à la propriété intellectuelle dans les droits nationaux ..	48
Section 3 : Arbitrage et procédure collective (faillite et règlement judiciaire).....	51
§1: L'opposabilité des conventions d'arbitrage antérieurs à l'ouverture de la procédure collective.	52
§ 2 : L'introduction d'une procédure d'arbitrage après l'ouverture de la procédure collective.....	54
Chapitre III : Le contrôle de l'arbitrabilité objective.....	56
Section 1 : Vérification de l'arbitrabilité par le tribunal arbitral.....	56
§ 1 : Application de la loi régissant la convention d'arbitrage.....	57
§ 2 : L'incident de la loi du siège de l'arbitrage.....	60
§ 3 : Les lois du pays d'exécution de la sentence.....	63
Section 2 : Le contrôle par le juge étatique.....	66
§ 1 : Le contrôle par le juge d'annulation.....	66
§ 2 : Le contrôle par le juge d'exécution.....	68
DEUXIEME PARTIE – L'ARBITRABILITE SUBJECTIVE.....	71
Chapitre I : L'aptitude à compromettre des personnes morales de droit public	72
Section 1: L'aptitude à compromettre reconnue en droit international.....	73
§ 1 : L'aptitude de compromettre dans les droits étatiques.....	73
1- En droit Algérien.....	73
2- En droit comparé :.....	80
A)- L'antécédent français.....	80
B) – La solution en droit marocain.....	84
C) – Dans d'autres droits étrangers :	87
§ 2 : L'aptitude à compromettre dans la jurisprudence arbitrale.....	88
§ 3 : L'aptitude à compromettre dans les conventions internationales.....	93
Section 2 : La prohibition de compromettre exprimée en droit interne.....	95
§1: La prohibition de compromettre exprimée en droit algérien :	96
§ 2 : La situation en droit français :	99
Chapitre II : Capacité et pouvoir des personnes physiques à compromettre.....	104
Section 1 : Personnes incapables de compromettre	105
§ 1: Le concept de la capacité de recourir à l'arbitrage.....	106
§ 2: Les cas de la capacité de compromettre.	107
Les incapables.....	107
A)-Les mineurs.....	108
1-Le mineur dépourvu de discernement(0 à 13 ans).....	108
2-Mineur ayant atteint l'âge de discernement(13 à 19 ans).....	109
B)- Les majeurs protégés	110
1- Majeur en tutelle.....	110
2- Majeur en curatelle.....	110
3- L'interdit judiciaire.....	110
2) Personnes n'ayant pas la complète disposition de leurs droits.....	111
1-Le failli	111
2-Le condamné	111
Section 2 : Personnes qui n'ont pas le pouvoir de compromettre.....	111
§ 1- Les mandataires légaux ou judiciaires	112

A)-Le pouvoir des tuteurs légal (al wali).....	112
B)- Le tuteur testamentaire (al wassi).....	113
C)- Le curateur.....	113
D)- L'attributaire de droit recueil légal (al kafil).....	113
E)- Le représentant du disparu (al mafkoud) et l'absent (al ghr'ib).....	114
F)-Le pouvoir du syndic administrateur judiciaire.....	114
I) - Personnes mariées.....	115
§ 2 -Les mandataires conventionnels.....	115
A)- Le mandataire en général :.....	115
B)- Mandataire ad litem.....	116
C) La représentation commerciale.	117
1-Le représentant salarié.....	117
- Le représentant salarié :.....	117
B) - Le représentant statutaire (V.R.P.).....	117
2-L'agent mandataire.....	118
3-Le concessionnaire.....	118
§3- les mandataires sociaux.....	119
Conclusion.....	121
Bibliographie.....	122