

L'INTERNATIONALISATION DU DROIT PUBLIC DES AFFAIRES FACE A L'ARBITRAGE INTERNATIONAL

Approche comparée en droit franco-maghrébin

Didier BAISET,
professeur de droit à Université de Perpignan Via Domitia,
doyen de la Faculté internationale de droit comparé
des Etats francophones, directeur du Centre
francophone de droit comparé
et de droit musulman

Indiscutablement la sphère du droit public des affaires se déploie aujourd'hui dans un espace mondialisé, où les rapports entre les opérateurs se nouent en des termes qui diffèrent radicalement de ceux qui posèrent les premiers linéaments de la matière au début du XXe siècle. Cela est en réalité lié aux tendances de fond qui touchent le monde contemporain. C'est donc dans un contexte profondément modifié par la globalisation, que les relations d'échanges internationaux et les litiges auxquels elles peuvent donner lieu s'envisagent désormais. On assiste ainsi, depuis déjà plusieurs décennies, à l'émergence d'un véritable droit public international des affaires. A cet endroit, le cas des marchés publics et des partenariats public-privé internationaux est particulièrement révélateur des mutations profondes qui taraudent la matière au niveau international. En effet, l'internationalisation des échanges économiques s'inscrit dans une réalité qui modifie en profondeur l'organisation des acteurs économiques et opère une vaste mutation des modalités d'intervention de la puissance publique; elle se fait maintenant dans un champ économique à l'échelle supra-nationale. La libéralisation des échanges internationaux a inexorablement

facilité l'accès aux marchés publics nationaux pour des entreprises étrangères. Pour ces dernières, la compétition économique et la croissance passent, de plus en plus, par la conquête de nouveaux marchés qui se conçoivent dorénavant au-delà des frontières de leur pays d'origine.

Dans le même temps, les États et leurs démembrements savent que la réalisation et la mise en service d'une infrastructure de grande ampleur suscitent l'attrait d'entreprises étrangères. Aujourd'hui, on ne compte plus les contrats passés entre entreprises privées et personnes publiques dans une dimension d'extranéité. De la sorte, le secteur public des affaires à dimension internationale est lui aussi devenu, depuis quelques temps, un phénomène de grande envergure, tant au regard de sa fréquence qui ne cesse de croître, que par l'importance des marchés concernés. Mais ces succès ne doivent pas pour autant faire perdre de vue les nombreuses difficultés d'ordre juridique qui concernent ces opérations¹. Ainsi, un objectif impérieux se

¹ S. BRACONNIER, J.-B. MOREL, A.-E. RUBIO, « Partenariat public-privé internationaux », *Juris Classeur Contrats et Marchés Publics*, Fasc. 64 ; M. AUDIT, *Les conventions transnationales entre personnes publiques*, Paris, LGDJ, Coll. Bibl. Dr. pr. 2002 ; du même auteur « Les marchés publics français comportant un élément d'extranéité », *CP-ACCP* janv. 2006, n° 51, p. 23-26, ou encore « Les marchés publics internationaux », Liv. XIX, *Joly Contrats internationaux*, 2007 ; M. BAUER, *Le droit public étranger devant le juge du for (Recherches sur un effet du principe de séparation des pouvoirs en Droit international privé)*, thèse de droit, Université de Paris II, 1977 ; C. BETTINGER, *La gestion déléguée des services publics dans le monde. Concession ou BOT*, Coll. L'administration nouvelle, Berger Levrault, 1997 ; P. CALLE, *L'acte public en droit international privé*, Paris, Economica, 2004 ; M. LAAZOUZI, *Les contrats administratifs à caractère international*, Paris, LGDJ, coll. Bibl. Dr. Pr. 2005 ; J.-B. AUBY, « L'internationalisation du droit des contrats publics », *Dr. Adm.*, 2003, chron. 14 ; Th. BARRETT et M. TURRO, « Financement du type partenariat public-privé en faveur des infrastructures européennes. Le rôle de la Banque européenne d'investissement », *Financement des infrastructures et des services collectifs, le recours au partenariat public-privé*, Paris, Presse de l'ENPC, 2009 ; S. BRACONNIER, « L'extranéité dans les contrats de partenariat », *Rev. du Trésor*, 2007, p. 241-245 ; S. BRACONNIER et J.-B. MOREL, « Regards sur les partenariats public-privé internationaux », *Contrats-Marchés publ.* 2007, étude III ; F. BRENET, « La qualification juridique d'un contrat conclu par l'Etat français à l'étranger pour le compte d'un autre Etat », *Lexbase Hebdo*, n° 131, 5 nov. 2009 ; S. BRONDEL, « Quand un contrat signé à l'étranger n'est pas un marché public », *AJDA*, 2008, p. 1359 ; F. MELLERAY, « La qualification juridique des contrats conclus à l'étranger par des personnes publiques françaises », *RFD adm.* 2008, p. 1123 ; S. NICINSKI, « La place des contrats de partenariat au sein des contrats administratifs », *Rev. Trésor*, 2007, p. 237-240 ; L. RICHER, « L'internationalité d'un marché public », *CP-ACCP* janv. 2006, n° 51, p. 22.

fait jour : assurer la sécurisation par le droit de ces investissements et plus globalement des opérations économiques, dans le cadre de partenariats hybrides public-privé, difficultés redoublées par la dimension internationale que revêt l'engagement. Inévitablement, en cas de contentieux les problèmes et les enjeux sont alors considérables. Partant, il ne peut s'agir, dans le cadre trop étroit d'un article, de prétendre au traitement exhaustif de ces problématiques complexes, lesquelles d'ailleurs débordent du cadre que s'est assigné ce colloque et les présents actes qui lui font suite, mais plutôt d'envisager, dans une approche comparée, la question de l'arbitrabilité de ces litiges quelque peu singuliers concernant le droit public des affaires international.

A dire vrai, le droit des marchés publics relève, par essence même, des Etats. Ces derniers en ont longtemps contrôlé le régime pour des raisons éminemment politiques : le droit des marchés publics était alors exclusivement national. Il est devenu l'objet de règles internationales telles que, récemment, avec les constructions économiques et normatives supra nationales, l'ouverture des frontières et le développement du commerce mondial. Ainsi, de matière relevant de règles nationales, le droit des marchés publics est, pour certains pays, devenu progressivement l'objet d'une réglementation internationale distincte de la précédente.

Il n'y a alors rien de surprenant à ce que la réglementation de ces marchés publics soit entrée dans le champ de l'accord général du GATT, lequel tend à garantir aux entreprises des Etats signataires, un accès libre et égal de leurs productions mutuelles à leurs territoires respectifs². De leur côté, les

² L'accord sur les marchés publics (AMP), qui remonte à 1979 et qui est désormais annexé à l'accord général du GATT, vise à ouvrir les marchés publics, qui sont dans le périmètre de l'accord, en soumettant leur passation à des règles harmonisées de transparence et de concurrence.

partenariats public-privé internationaux, tels que nous les envisageons, entrent dans la catégorie générique des contrats publics internationaux qui, au-delà des éléments premiers d'identification, présentent plusieurs spécificités. Ces contrats publics internationaux sont notamment des contrats qui entretiennent un lien étroit avec la puissance publique et présentent surtout un caractère transnational marqué. Ainsi, pour être considéré comme international et prétendre alors à un arbitrage international, le contrat public initié par une entité publique doit revêtir un certain nombre de caractéristiques (I).

Pour le reste, l'essor de l'arbitrage international est aujourd'hui indéniable. Ce mode alternatif de règlement des conflits connaît un succès jamais démenti et pour lequel il serait superfétatoire, dans un tel ouvrage, d'égrener les vertus. De leur côté, les contrats publics envisagés à l'échelle internationale, par l'importance des enjeux qu'ils représentent et leur actualité grandissante, relancent avec une acuité accrue la question de l'arbitrage des contentieux qui pourraient naître à cette occasion, l'essentiel étant alors de savoir si l'arbitrage est possible. En effet, il est généralement admis que les personnes publiques ne peuvent recourir à l'arbitrage³, même s'il est vrai que, depuis quelques années, « l'activité normative des pouvoirs publics ne paraît marquée par aucune réticence de principe à l'égard de l'arbitrage de droit public »⁴. Il n'en demeure pas moins que ce mode de règlement des litiges non juridictionnel, par la voie d'une forme de justice privée distincte du système juridictionnel étatique, suscite la méfiance, le présupposé étant que les intérêts des personnes publiques ne sont pas aussi bien protégés par des

³ Pour le cas français voir notamment J. ANTOINE, « L'arbitrage en droit administratif », *LPA*, 2003, n° 156.

⁴ D. LABETOUILLE, « Pour un statut de l'arbitrage de droit administratif », *Le droit administratif : permanence et convergences, Mélanges en l'honneur de J.-F. Lachaume*, Dalloz, 2007, p. 668.

arbitres privés que par des juridictions « officielles »⁵. Du coup, la question de l'arbitrabilité des litiges nés dans le cadre de marchés publics ou de partenariats public-privé internationaux, devient centrale (II).

I – L'extranéité : élément caractéristique et indispensable à tout arbitrage international. De façon générale, ces opérations internationales sont soumises à deux contraintes principales. D'une part, au regard des obligations de transparence et de lutte contre la corruption : il s'agit là d'un des objectifs premiers des organismes internationaux et notamment de la Banque mondiale. D'autre part, des contraintes sont inhérentes à l'obligation de non-discrimination, à seule fin de favoriser l'accès des marchés aux entreprises étrangères.

Ces nouveaux contrats publics internationaux voient le jour dans un contexte de développement des échanges économiques avec des personnes publiques et les activités qui les sous-tendent émergent quant à elles à l'échelon international. Il en résulte inexorablement, que de plus en plus d'opérations de ce type sont exécutées à l'étranger. Cette internationalisation des partenariats public-privé et des marchés publics notamment, est désormais nettement marquée et a un impact sur le contrat lui-même. Ce contrat de droit public sera donc différent d'un contrat de droit privé et son internationalité se manifesterà dès la phase de passation.

Mais, avant même d'aborder la question de l'extranéité, il est d'emblée à relever qu'à propos des partenariats public-privé, une définition fait défaut pour l'ensemble des pays concernés. Au mieux existe-t-il, sur le continent européen notamment, quelques législations nationales qui envisagent de façon spécifique cette

⁵ *Lamy Droit Public des Affaires*, 2013, V^e partie, n° 6002 « Principe d'interdiction du recours à l'arbitrage ».

notion⁶. Définition qui n'est pas plus présente dans les conventions internationales⁷. Nonobstant ces lacunes, il demeure possible de prendre en compte le fait que les partenariats public-privé internationaux entretiennent un lien étroit avec la puissance publique et présentent obligatoirement un caractère transnational. Ces partenariats entrent dans le champ des contrats publics internationaux, répondant ainsi à leurs différents critères d'identifications, tout en ayant plusieurs de spécifiques.

Il est ainsi communément admis que ces contrats (PPPI et MP) sont des contrats publics en raison de la présence, en qualité de partie, d'une personne publique. Au-delà de ce critère organique, il est nécessaire qu'un critère matériel soit aussi rempli. En ce sens, il convient que ce contrat soit à la recherche, sur le marché international, d'une réponse à un besoin apprécié comme étant d'intérêt général. Ce dernier critère permet de distinguer le contrat public international du contrat purement commercial⁸.

Mais ce contrat ne doit pas être seulement public, il importe également qu'il soit international pour faire, éventuellement, l'objet d'un arbitrage lui-même international. Cette extranéité du contrat peut en premier lieu résulter de la qualité des parties. Si ces dernières n'ont pas la même nationalité, la relation juridique

⁶ Tel est le cas par exemple de la Pologne, du Portugal ou bien encore en Amérique du Sud pour le Brésil. En revanche, d'autres Etats ont simplement recours à un ensemble de stipulations contractuelles : Italie, Allemagne, Espagne, Angleterre, France... S. BRACONNIER, J.-B. MOREL, A.-E. RUBIO, « Partenariat public-privé... », *op. cit.*

⁷ Il existe simplement quelques références dépourvues de portée impérative, que l'on appelle *soft law* établies par des organismes internationaux sous la forme de guides (ONU et Banque mondiale notamment) ou encore le *Livre vert de la Commission Européenne* sur « les partenariats public-privé et le droit communautaire des marchés publics et des concessions », *id. ibid.*

⁸ S. BRACONNIER, J.-B. MOREL, A.-E. RUBIO, « Partenariat public-privé internationaux », *Juris Classeur Contrats et Marchés Publics*, Fasc. 647.

envisagée devient, a priori, internationale⁹. Cela peut, par ailleurs, résulter d'un traité international dans le cas de plusieurs États souhaitant se retrouver autour d'un projet transnational commun¹⁰. Néanmoins, la conclusion d'une convention internationale n'est pas l'unique formule autorisant la coopération inter-étatique. Ainsi des entités juridiques, dotées de la personnalité morale, peuvent aussi être mises en œuvre pour la réalisation de tels projets¹¹. L'extranéité peut aussi être le fruit d'un mouvement transfrontalier de biens ou de services. Tel est le cas notamment pour les fournitures, par une société d'équipements militaires, d'électricité, de gaz ou d'un logiciel à un État étranger. Ces mouvements de type transfrontalier sont

⁹ Il est à noter cependant que cette question n'est pas toujours évidente, il arrive en effet que le partenaire étranger qui a obtenu le marché mette en œuvre sur place une société nationale afin de réaliser le marché en question, c'est alors la structuration du capital (principalement voire exclusivement étranger) qui vraisemblablement dictera sa qualité internationale. C'est à propos des différends relatifs aux investissements entre États et investisseurs étrangers que fut créé, dans le cadre de la convention de Washington du 18 mars 1965, le Centre international de règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI). Les arbitres de la CIRDI ont été rapidement confrontés à la difficulté liée à cette notion d'investisseur étranger, qui sous-tend leur compétence eu égard à la personne. La question des filiales, consacrées à des investissements locaux particuliers, mais sous contrôle depuis l'étranger, a ainsi été posée, à cet endroit par l'article 25 § 2-b de la convention CIRDI, qui déclare que la notion de « ressortissant d'un autre État contractant » pouvait s'étendre à « toute personne morale qui possède la nationalité de l'État contractant partie au différend à la même date et que les parties sont convenues, aux fins de la présente convention, de considérer comme ressortissant d'un autre État contractant en raison du contrôle exercé sur elle par des intérêts étrangers ». Au reste, la compétence du CIRDI a été examinée, à ce propos, dans trois affaires importantes : l'affaire *Holidays Inns and Occidental Petroleum Company c/ Maroc* (*Aff. N° ARB/72/1 CIRDI, Pierre Lalive, « The Firts World Bank » arbitration (Holidays Inns v. Morocco) – Some Legal Problem, 1980, 51 Brit. Y.B. Int'l L. 123*. De même, l'affaire : *AMCO et al. C/ Indonésie* et l'affaire *Klöckner et al. C/ Cameroun*. Au final, il est loisible de déroger au critère de la nationalité du siège social dans la mesure où la société contractante avec l'État hôte est contrôlée par les États étrangers. *Id. Ibid.*

¹⁰ Tel fut le cas à propos du tunnel sous la Manche, ou encore à l'occasion de l'accord signé à Madrid le 10 octobre 1995, pour la construction et l'exploitation de la section internationale d'une ligne ferroviaire à grande vitesse entre la France et l'Espagne, de même le projet Transalpine, porté par les États français et italien. C'est enfin le cas du traité de 2004 entre l'Italie et l'Autriche pour la construction du tunnel ferroviaire du Brenner.

¹¹ Il peut s'agir d'une entité créée sur le fondement d'une convention internationale, sur le fondement d'une convention bilatérale la prévoyant expressément, ou bien encore une entité fondée sur le droit national (en France il s'agira notamment des groupements d'intérêt public, des consortiums ou encore des SEM).

essentiellement des contrats d'État, à savoir des marchés publics internationaux de fournitures et de services¹².

L'extranéité peut aussi être le résultat du lieu d'exécution du contrat en question; étant de même nationalité, les parties à un contrat public international peuvent évoluer dans un environnement international; dès lors le contrat est international si le lieu d'exécution se trouve sur le territoire d'un Etat qui n'est pas celui du pouvoir adjudicateur¹³.

Ainsi, il convient que le contrat soit public mais aussi international; plusieurs critères plus ou moins opérants-permettent alors de dégager cette notion. Mais force est de constater que ce critère, pourtant fondamental de l'internationalité, pose souvent quelques problèmes. A ce titre, on relèvera qu'il n'existe pas de définition internationalement admise de l'internationalité dans le domaine de l'arbitrage. Certes, il est loisible de faire référence à celle qui est adoptée par la loi-type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international. L'article 1er de la loi-type définit l'arbitrage international de la sorte : « Un arbitrage est international si : a/ Les parties à une convention d'arbitrage ont, au moment de la conclusion de ladite convention, leur établissement dans des États différents ; ou b/ Un des lieux ci-après est situé hors de l'État dans lequel les parties ont leur établissement : i) Le lieu de l'arbitrage, s'il est stipulé dans la convention d'arbitrage ou déterminé en vertu de cette convention ; ii) Tout lieu où doit être exécutée une partie substantielle des obligations issues de la relation commerciale ou le lieu avec lequel l'objet du différend a le lien le plus étroit ; ou c/ Les parties sont convenues expressément que l'objet de la convention d'arbitrage a des liens avec plus d'un pays »¹⁴.

¹² S.BRACONNIER, J.-B.MOREL, A.-E.BRUBIO, op.cit., n39.

¹³ *Ibid.*, n° 40.

¹⁴ *Droit de l'Arbitrage et de la Conciliation en matière civile et commerciale*, Publication de

Cette définition met en œuvre deux critères, l'un organique, lié aux parties, qui est induit par le fait qu'elles ont leur établissement dans des États différents. L'autre critère est lié à l'internationalité du litige lui-même puisque le lieu avec lequel l'objet du différend a le lien le plus étroit, peut être situé hors de l'État où les parties au contrat ont leur établissement. Enfin, quelque peu par extension, le texte prévoit que le caractère international peut résulter également du choix des parties pour un lieu d'arbitrage situé à l'étranger. Néanmoins, il semble que l'internationalité de l'arbitrage ne devrait pas dépendre de la volonté des parties, mais plutôt de la nature de l'opération économique concernée¹⁵. Toutefois, un arbitrage par nature interne peut être qualifié en l'espèce d'international par la seule volonté des parties.

Dans les pays du Maghreb¹⁶, les législateurs marocain, algérien, tunisien et mauritanien ont opté pour une conception duale de l'arbitrage, distinguant l'arbitrage interne de l'arbitrage international. Le Code mauritanien pour sa part, reprend dans son intégralité la définition de la loi-type. Quant au Code de l'arbitrage tunisien, il reprend lui aussi l'article de la loi-type de la CNUDCI dans son article 48. Toutefois, l'alinéa 48-d vient préciser qu'un arbitrage est international lorsqu'« il concerne le commerce international ». Cet élément ne résulte pas de la loi-type, mais s'avère être inspiré directement de l'article 1492 du Code de procédure civile français, selon lequel « un arbitrage est

la *Revue Marocaine d'Administration Locale et de Développement*, Coll. Texte et Documents, 2006, n° 147, p. 38-39.

¹⁵ A cet endroit la jurisprudence française fait preuve de constance, en effet, la qualification interne ou internationale d'un arbitrage dépend de la nature des relations économiques se trouvant à la source du différend et en aucun cas de la volonté des parties (pour un exemple : 1^{ère} civ., 13 mars 2007, *BICC*, n° 664, 1^{er} juill. 2007).

¹⁶ Au-delà du Maghreb, ce critère instauré et suivi en droit français est adopté dans l'ensemble des pays arabes qui attachent un intérêt à la qualification de l'internationalité : Egypte, Oman, Liban ; N. NAJJAR, *L'arbitrage dans les pays arabes face aux exigences du commerce international*, LGDJ, Delta, 2007, p. 3.

international lorsqu'il met en cause les intérêts du commerce international ». De son côté, la nouvelle loi marocaine de l'arbitrage¹⁷ envisage, elle aussi, de manière large l'arbitrage international¹⁸ au sein de son article 327-40¹⁹. Mais elle pose les deux critères d'une façon cumulative, à savoir à la fois les « intérêts du commerce international » et le fait que « l'une des parties au moins a son domicile ou son siège à l'étranger ». A bien y regarder, pour être qualifié d'international, l'arbitrage selon le droit marocain peut comporter un élément d'extranéité qui n'est pas lié à la nationalité des parties, mais plutôt au lieu de leur situation territoriale au sens du droit commercial international ou bien au choix d'un lieu d'arbitrage situé à l'étranger.

Le législateur algérien évoque quant à lui, dans son article 1039 de la loi n° 08-09, les « intérêts économiques d'au moins deux États »²⁰ pour donner une portée internationale à l'arbitrage. Il est permis ici de relever que cette notion « d'intérêts économiques » semble faire référence au droit

¹⁷ Sur cette question voir entre autres : B. JDAINI, « L'arbitrage commercial interne et international en droit marocain », *REMALD*, mars-avril 2012, n° 103, p. 159 à 164.

¹⁸ Elle reprend à son actif l'article 1^{er} de la loi-type CNUDCI qu'elle précise quelque peu *in fine*.

¹⁹ « Est international au sens de la présente section, 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 : 1/ Les parties à la convention d'arbitrage ont, au moment de la conclusion de ladite convention, leur établissement dans des Etats différents ; 2/ Un des lieux ci-après est situé hors de l'État dans lequel les parties ont leur établissement : a) le lieu de l'arbitrage, s'il est stipulé dans la convention d'arbitrage ou déterminé en vertu de cette convention ; b) tout lieu où doit être exécuté une partie substantielle des obligations issues de la relation commerciale ou le lieu avec lequel l'objet du différend a le lien le plus étroit ; 3/ Les parties sont convenues expressément que l'objet de la convention d'arbitrage a des liens avec plus d'un pays. Pour l'application des dispositions du 2^e alinéa du présent article : a) si une partie a plus d'un établissement, l'établissement à prendre en considération est celui qui a la relation la plus étroite avec la convention d'arbitrage ; b) si une partie n'a pas d'établissement, sa résidence habituelle en tient lieu ».

²⁰ *Code de procédure civile et administrative*, Chap. VI - Disposition particulière à l'arbitrage commercial international, Sect. 1 - Dispositions générales, Art. 1039 « Ets international au sens du présent code, l'arbitrage qui connait des litiges relatifs à des intérêts économiques d'au moins deux États ».

économique, au droit public et finalement n'est pas sans faire songer à l'interventionnisme étatique à travers l'édition de règles à caractère impératif, alors que les « intérêts du commerce »²¹ relèvent plutôt de la sphère du droit commercial, du droit privé²². De ce fait, les intérêts du commerce international ne sont pas exclusivement ceux des opérateurs du commerce international car l'intérêt des États fait partie de l'intérêt du commerce international²³. La nouvelle définition de l'arbitrage international en Algérie n'a donc retenu qu'un seul critère économique, alors que le décret-législatif n° 93-09 avait par le passé retenu un critère économique et un critère juridique²⁴.

Les législations maghrébines ont donc opté pour une interprétation plus ou moins large de la notion d'« international »²⁵ en intégrant dans leur loi respective le second critère fondé sur des éléments juridique ou volontaire. Il est vrai que le droit national applicable laisse également le choix de la qualification « internationale » aux parties en signifiant un lieu d'arbitrage à l'étranger ou en prévoyant l'existence de liens

²¹ Voir sur cette question Ph. BOULANGER, « La notion d'intérêt du commerce international », *Revue de l'Arbitrage*, 2005, n° 2, p. 448 et s. ; ou encore X. BOUCOBZA, « La prise en compte des intérêts de l'État dans le commerce international », *Revue de l'Arbitrage*, 2005, n° 2, p. 465 et s.

²² Nora SEDDIKI-EL HOUDAIGUI, *Arbitrage commercial international au Maghreb – Droit et pratique*, L'Harmattan, 2012, p. 67.

²³ X. BOUCOBZA, *op. cit.*, p. 468.

²⁴ Cette question a fait débat et de nombreux auteurs se sont exprimés à ce sujet soutenant plusieurs positions (M. ISSAD, « Le décret législatif algérien du 23 avril 1993 relatif à l'arbitrage international », *Revue de l'Arbitrage*, 1993, n° 3, p. 377-400 ; D. BENABDERRAHMANE, « Le nouveau droit algérien de l'arbitrage international », *Cahiers Juridiques et Fiscaux de l'Exportation*, 1993, n° 5, p. 10-20 ; N. E. TERKI, *L'arbitrage commercial international en Algérie*, O.P.U., Algérie, 1999, p. 24 et s.). Pour une vision synthétique de la question voir N. ALLIOUCH-KERBOUA-MEZIANI, *L'arbitrage commercial international en Algérie*, O.P.U., 2010, p. 17 et s.

²⁵ Il n'est pas inintéressant de relever à propos de la notion d'extranéité qu'il n'y a pas « dans la *charia* de distinction entre un musulman national et un musulman étranger, une relation interne et une relation internationale. L'élément d'extranéité en islam n'est pas fondé sur le concept de nationalité mais sur la religion (...) », N. NAJJAR, *op. cit.*, p. 12.

avec plus d'un pays. Enfin, le différend relevant d'un arbitrage interne peut, par la simple volonté des parties ressortissant d'un même pays, s'envisager dans le cadre d'un arbitrage international, alors même que le litige ne comportait aucun élément d'extranéité.

Cette question de l'internationalité est d'un intérêt pratique essentiel puisqu'en effet dans les droits tunisien, mauritanien et algérien sur l'arbitrage, l'État peut compromettre uniquement dans le cadre d'un arbitrage international, alors que la loi marocaine n'a pas établi cette distinction, la possibilité de compromettre pour un organe public concerne autant l'arbitrage interne que l'arbitrage international²⁶.

Ainsi, l'internationalité est une condition véritablement sine qua non. Cet aspect est fondamental, d'une part en ce qui concerne une opération liant secteur public et privé qui se veut internationale et d'autre part, au regard d'une éventuelle compromission au niveau d'un arbitrage international. Mais, au-delà de cette première exigence, ces situations internationales posent également, avec une acuité toute particulière, la question de leur arbitrabilité au regard des limitations rationae personae concernant le droit de compromettre.

II – Les limitations rationae personae du droit de compromettre

L'autre question importante, concernant l'arbitrabilité des conflits propres au droit public des affaires internationales porte sur le fait de savoir s'il est toujours envisageable d'organiser par anticipation, de façon contractuelle, les voies et moyens qui

²⁶ « Pour ce qui est de l'État et de l'arbitrage : la loi n° 08-05 règle également le possible recours de l'État, les établissements publics et les collectivités locales à l'arbitrage ; avant la promulgation de ce texte, aucune disposition ne prévoyait le recours à l'arbitrage dans des différends mettant en cause l'État. Actuellement, toute contestation à caractère pécuniaire peut être soumise à l'arbitrage. A signaler juste, que les actes unilatéraux ou relatifs à l'application de la loi fiscale ne sont pas concernés par les nouvelles dispositions », B. JDAINI, *op. cit.*, p. 164.

devraient permettre de solutionner le différend en dehors des voies contentieuses classiques. Évidemment, c'est l'aspect international de ces partenariats qui donne ici une intensité toute spécifique à cette question car effectivement, le fait pour les parties à de tels contrats de pouvoir organiser à l'avance et de façon « privée » les voies de règlement de leur éventuel litige est fondamental.

Dès lors deux issues peuvent se décliner. Il est tout d'abord possible de se tourner vers l'arbitrage institutionnel, lequel implique le recours à une institution permanente d'arbitrage²⁷. Ensuite, les parties peuvent opter pour un arbitrage ad hoc, qui nécessite le recours à une institution particulière, dédiée à une affaire donnée et qui va alors mettre en présence les parties et les arbitres. Cette formule est extrêmement souple, les parties choisissent librement leurs arbitres, le lieu, le droit applicable, la procédure. Toutefois, il peut arriver que la mise en œuvre de ce dispositif bloque en raison du refus d'une des parties ou d'un désaccord entre elles²⁸.

Ainsi, l'arbitrage est en principe le mode alternatif de règlement des litiges, privilégié dans le cadre des contrats internationaux, sous réserve toutefois que le droit national de l'État concerné n'interdise pas le recours à l'arbitrage. Il s'agit là effectivement d'un point névralgique qui tient au fait que l'État souverain apparaît comme une simple partie, ne pouvant revendiquer ses prérogatives de puissance publique face à une convention d'arbitrage dont il est signataire, d'où un certain

²⁷ Son rôle se limite à administrer et à fournir un minimum d'infrastructure opérationnelle aux arbitrages qui ont lieu sous son autorité. Ces centres d'arbitrage peuvent élaborer leur propre règlement d'arbitrage, néanmoins ces institutions s'imposent toutes l'application de principes communs, S. BRACONNIER, J.-B. MOREL, A.-E. RUBIO, *op. cit.*, Fasc. 647, n° 220.

²⁸ La Commission des Nations unies pour le droit du commerce international a élaboré en 1976 un règlement d'arbitrage (CNUDCI) afin d'encadrer la procédure d'arbitrage par un recours subsidiaire à un règlement existant.

nombre d'atermolements et de difficultés. Cependant, les exigences de passation des contrats internationaux ont progressivement obligé l'ensemble des États à revoir leur législation sur ce point²⁹.

En France, les personnes publiques ne peuvent pas avoir recours à l'arbitrage³⁰. C'est l'article 2060 du code civil qui porte cette interdiction, selon laquelle « on ne peut compromettre sur les questions d'état et de capacité des personnes, sur celles relatives au divorce et à la séparation de corps ou sur les contestations intéressant les collectivités publiques et les établissements publics et plus généralement dans toutes les matières qui intéressent l'ordre public. Toutefois, des catégories d'établissements publics à caractère industriel et commercial peuvent être autorisés par décret à compromettre »³¹.

Néanmoins aujourd'hui dans le droit français, l'arbitrage pour les personnes publiques est expressément prévu dans le domaine des marchés publics en matière de liquidation des dépenses de travaux de fournitures (Code des marchés publics, art. 128). Pour le reste, le recours à l'arbitrage est depuis déjà longtemps organisé spécialement par divers traités internationaux relatifs à des ouvrages transfrontaliers (tunnel du Mont-Blanc, tunnel sous la Manche, ligne ferroviaire à grande vitesse entre la

²⁹ Nora SEDDIKI-EL HOUDAIGUI, *op. cit.*, p. 226.

³⁰ « L'arbitrage est probablement inadapté, au moins dans le contexte français, à la solution des litiges liés à l'activité spécifiquement administrative ; en revanche il est suffisamment pratiqué à l'occasion de la mise en œuvre d'activités ou relations à dominante économique ou commerciale (...) », D. LABETOULLE, *op. cit.*, p. 676.

³¹ C'est ainsi que le Conseil d'État, dans son avis n° 339710 du 6 mars 1986 sur le projet Eurodisneyland avait d'ailleurs rappelé « 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 express ou le cas échéant des stipulations de conventions internationales incorporées dans l'ordre juridique interne, les personnes morales de droit public ne peuvent pas se 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 rattachent à des rapports relevant de l'ordre juridique interne », S. BRACONNIER, J.-B. MOREL, A.-E. RUBIO, *op. cit.*, n° 223.

France et l'Espagne)³².

La question s'est posée avec tout autant d'insistance dans les pays du Maghreb qui n'échappent pas, loin s'en faut, à l'internationalisation du droit des affaires. Au fond, la question reste toujours la même : savoir si telle ou telle personne publique dispose de la capacité à compromettre. En Algérie, avant 1988, il existait une réelle méfiance vis-à-vis de l'arbitrage international qui se traduisait par une interdiction de compromettre de principe. Laquelle interdiction frappait non seulement les personnes morales publiques mais aussi toutes les entreprises à capital public (entreprises socialistes)³³. Cette faculté donnée à certains opérateurs publics ne fait aujourd'hui plus de doute et ce, depuis les réformes de 1988³⁴; en ce qui concerne les entreprises publiques la consécration ne date véritablement que du décret législatif de 1993. Il est vrai que, s'agissant des entreprises publiques, à la veille des réformes économiques de 1988, le doute persistait quant à la possibilité de compromettre même pour des entreprises publiques en matière internationale³⁵. En effet, ce sont les textes du 12 janvier 1988, en particulier le texte portant orientation des entreprises publiques économiques (loi n° 88-01) qui a eu le mérite de clarifier les

³² Il est à noter que dans le domaine des contrats de partenariat le législateur a autorisé le recours à l'arbitrage. En effet, aux termes de l'article 1414-12, 1 du code général des collectivités territoriales, issu de l'ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004 sur les contrats de partenariats, « un contrat de partenariat comporte nécessairement des clauses relatives (...) aux modalités de prévention et de règlement des litiges et aux conditions dans lesquelles il peut, le cas échéant, être fait recours à l'arbitrage avec application de la loi française ». Cet article paraît autoriser la seule clause compromissoire, laquelle justement tend à stopper tout litige susceptible de naître à moment donné entre les parties ; *ibid.*, n° 224.

³³ M. TRARI TANI, *Droit algérien de l'arbitrage commercial international*, Coll. Droit pratique, Ed. Berti, Alger, 2007, p. 62.

³⁴ Train de réformes dont la première n° 88-01 portant orientation des EPE accordant aux entreprises publiques ayant une vocation concurrentielle une autonomie de gestion (*JORA* 1988, n° 2), *id. ibid.*, note 140.

³⁵ Et l'on cite souvent à cette occasion un arrêt de la Cour d'Alger du 20 décembre 1986, qui, pour ce motif, a annulé une sentence C.C.I. du 20 décembre 1985, rendue entre une entreprise algérienne et une entreprise française.

choses, à tout le moins au niveau interne³⁶. Après encore quelques avatars³⁷, le problème s'est posé avec une particulière prégnance dans les années 2000 s'agissant de la soumission des marchés publics à l'arbitrage international. Effectivement, les membres du Conseil d'État algérien avaient estimé que les marchés publics n'étaient pas susceptibles d'être soumis à l'arbitrage international et ce en dépit du fait que le Code des marchés publics algérien laissait entrevoir la possibilité de les soumettre à cet arbitrage³⁸. La loi n° 08-09 a mis un terme à ce débat puisqu'en effet les articles 975³⁹ et 1006⁴⁰ se prononcent d'une façon tout à fait claire sur cette question et posent ainsi un cadre légal à l'arbitrabilité en droit public des affaires internationales.

Pour la Tunisie aussi, l'évolution fut lente et teintée d'hésitations. Là encore, un principe général d'interdiction de compromettre frappait initialement l'État et les collectivités publiques, mais il a réduit progressivement⁴¹. En effet, l'évolution législative mais aussi jurisprudentielle antérieure au code de 1994 a considérablement oblitéré la portée de cette prohibition. Une série de lois spéciales et de conventions internationales ont dérogé au principe de l'interdiction de

³⁶ Il a ainsi abrogé l'ordonnance sur l'arbitrage obligatoire et il a été admis avec quelques ambiguïtés l'arbitrage volontaire, *ibid.*, p. 63.

³⁷ Pour plus de détails sur ces épisodes voir *ibid.*, p. 60 à 64.

³⁸ Décret présidentiel n° 02-250 du 24 juillet 2002 portant code des marchés publics, *J.O.* n° 52 du 28 juillet 2002, modifié et complété (articles 50, 101, 102) ; N. ALLIOUCH-KERBOUA-MEZIANI, *op. cit.*, p. 14.

³⁹ « Les personnes visées à l'article 800 ci-dessus (l'État, la wilaya, la commune ou un établissement public à caractère administratif) ne peuvent compromettre, sauf dans les cas prévus par les conventions internationales que l'Algérie a ratifiées ainsi qu'en matière de marchés publics ».

⁴⁰ « 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. Les personnes morales de droit public ne peuvent pas compromettre, sauf dans leurs relations économiques internationales et en matière de marchés publics ».

⁴¹ N. NAJJAR, *op. cit.*, p. 200.

l'arbitrage⁴². Aujourd'hui, dans le code tunisien de l'arbitrage, l'interdiction de compromettre des personnes publiques est toujours clairement exprimée. Cependant, l'article 7 point 5 établit tout de même une distinction nette entre l'arbitrage interne et l'arbitrage international concernant l'État, les établissements publics à caractère administratif et les collectivités locales. Il vient ainsi limiter la portée de cette prohibition en précisant « (...) à l'exception des contestations découlant des rapports internationaux, d'ordre économique, commercial ou financier (...) ». Toutefois, on relèvera que cette disposition (art. 7 point 5) n'a pas mentionné expressément les établissements publics industriels et commerciaux, alors qu'elle n'a pas omis d'évoquer l'établissement public administratif. Cette omission semble signifier que ce type d'établissement n'est donc pas visé par la disposition, ce qui laisse inexorablement planer un doute sur la capacité à compromettre de ces personnes morales publiques⁴³.

Pour sa part, le code mauritanien pose dans son article 8 le principe et son exception : « on ne peut compromettre (...) dans les contestations concernant l'État, les établissements publics et les collectivités locales, à l'exception des contestations découlant de rapports internationaux d'ordre économique, commercial ou

⁴² La jurisprudence a suivi également cette voie, ainsi l'affaire *Entrepouse contre Société tunisienne d'électricité et de gaz* (Trib. 1^e instance Tunis, 22 mars 1976, *Rev. Arb.*, 1976.263, n. F. Mechri) a inauguré une série de décisions visant à limiter l'interdiction de l'arbitrage dans les contrats impliquant l'État et les personnes morales de droit public aux seuls litiges de droit interne. En 1987, le Tribunal de première instance de Tunis jugeait, dans une affaire *Bec frères contre Ministère de l'Équipement* (Trib. 1^e instance Tunis, référé, 17 oct. 1987, *Bec frères – GTAF c. État tunisien*) confirmé à la Cour d'appel de Tunis le 1^{er} fév. 1988, *Rev. Arb.*, 1988.732, n. F. Mechri) qu'il « était fondé à nommer un arbitre aux lieu et place de l'État, qui refusait de le faire » au motif que « les dispositions limitant l'aptitude de l'État et des collectivités publiques à compromettre n'étaient pas applicables aux relations internationales » pour lesquelles il ne fallait se référer « qu'aux règles du commerce international, aux traditions et usages en la matière, seuls applicables entre les parties », cité *id. ibid.*

⁴³ Nora SEDDIKI-EL HOUDAIGUI, *op. cit.*, p. 229-230.

financier ». En rupture avec la loi tunisienne, le texte mauritanien prévoit explicitement tous les établissements publics⁴⁴.

De toute évidence, la question du droit à compromettre des personnes publiques est étroitement liée à celle de l'internationalité. Elle se pose avec plus d'insistance aussi bien pour les droits tunisien, mauritanien qu'algérien. Il est vrai que de la qualification "d'international" dépendra l'autorisation ou non à compromettre pour cette catégorie de personnes⁴⁵.

A cet endroit, la législation marocaine semble la plus contraignante vis-à-vis des entités publiques. Comme pour les autres pays du Maghreb, le Maroc a fait montre pendant longtemps de réticence concernant l'arbitrage des opérations du commerce impliquant l'État et ses démembrements. C'est finalement une loi nouvelle qui est venue lever l'interdiction faite aux personnes morales de droit public d'avoir recours à l'arbitrage⁴⁶. Si cette question ne fait donc plus vraiment polémique aujourd'hui, il apparaît toutefois que des conditions contraignantes balisent étroitement le droit de compromettre des personnes morales de droit public. C'est l'article 310 du Code de procédure civile marocain, qui énonce, aussitôt après l'interdiction de principe⁴⁷, que l'État, les collectivités locales et les organismes dotés de prérogatives de puissance publique peuvent envisager l'arbitrage pour « les contestations pécuniaires qui en résultent (...) à l'exception de celles concernant l'application d'une loi fiscale » et le texte de préciser ensuite « Nonobstant les dispositions du 2e alinéa de l'article 317

⁴⁴ *Id. ibid.*

⁴⁵ *Id. ibid.*

⁴⁶ L'essentiel des débats porte alors sur la possibilité de compromettre d'un établissement public et sur celle de l'opposabilité d'une clause d'arbitrage international à un établissement public marocain à caractère industriel et commercial.

⁴⁷ « Les litiges relatifs aux actes unilatéraux de l'État, des collectivités locales ou autres organismes dotés de prérogatives de puissance publique ne peuvent faire l'objet d'arbitrage (...) ».

ci-dessous, les litiges relatifs aux contrats conclus par l'État ou les collectivités locales peuvent faire l'objet d'une convention d'arbitrage dans le respect des dispositions relatives au contrôle ou à la tutelle prévus par la législation ou réglementation en vigueur sur les actes concernés ».

De façon tout à fait concrète, la réglementation édictée par le texte intervient en attribuant compétence à une autorité à seule fin d'apprécier si le recours à l'arbitrage n'est pas contraire à l'intérêt général⁴⁸. Les collectivités locales disposent donc d'une autonomie placée néanmoins sous la réserve des tutelles. Il est donc possible d'avoir recours à l'arbitrage selon les mêmes procédés que pour l'État, cet arbitrage relevant ainsi du régime propre à l'État. Selon toute vraisemblance, de telles dispositions laissent comprendre que le recours à l'arbitrage a certes été envisagé, mais la démarche est enserrée dans le corset étroit de la protection des intérêts de l'État. De la sorte, les aléas et incertitudes ont vocation à être les plus réduits possibles du fait de ces mécanismes de contrôle. L'État marocain paraît en l'espèce, ne pas complètement renoncer à toute protection du droit public permettant, par là même, la défense des prérogatives de puissance publique⁴⁹. C'est ainsi que la législation marocaine en matière d'arbitrage a estimé que les conventions d'arbitrage devaient systématiquement faire l'objet d'une approbation, selon des procédés internes particuliers⁵⁰.

⁴⁸ Il est prévu une procédure particulière adaptée à la spécificité des personnes en cause. Cette procédure particulière est évoquée par l'article 310 lui-même qui fait référence à l'article 317 de la loi de l'arbitrage qui traite de l'exigence d'écrit et de mention obligatoire, telle la désignation des arbitres, qui peut être écartée en faveur de dispositions particulières prévues par une loi spéciale. Cette législation spécifique envisage l'obligation de recourir au droit applicable et aux règles procédurales spéciales, Nora SEDDIKI-EL HOUDAIGUI, *op. cit.*, p. 228.

⁴⁹ La loi marocaine a donc distingué l'État et les collectivités locales disposant de prérogatives de puissance publique des entreprises et des établissements publics. Concernant les entreprises publiques marocaines dites également établissement public industriel et commercial, elles sont soumises à un mécanisme de contrôle plus allégé que celui de l'État, *ibid.*, p. 229.

⁵⁰ La disposition visée ayant trait aussi bien à l'arbitrage interne qu'international, énonce :

Conclusion

Largement influencé par le phénomène de la mondialisation économique, le droit public des affaires international a pris la forme de contrats publics, intégrant en leur sein un élément d'extranéité.

Les sources de ces partenariats se caractérisent par leur très forte hétérogénéité, tendant toutefois vers un but principal qui demeure l'ouverture à la concurrence, tout en sécurisant juridiquement ces opérations. A cet endroit, l'arbitrage à l'échelle internationale revêt de réels intérêts, mais soulève aussi quelques réticences de la part d'États encore soucieux de préserver leur contrôle, plus ou moins étroit, sur ces opérations supranationales.

Il reste néanmoins acquis qu'il existe de réelles avancées de l'arbitrage dans le domaine du droit public des affaires internationales, des avancées certes prudentes, toujours teintées de circonspections, mais qui n'en demeurent pas moins tangibles. L'évolution peut paraître heurtée, quelque peu empirique et dictée par les circonstances et les opportunités, mais on y décèle des convergences et au fond ces progrès vont dans le même sens, celui d'un élargissement, d'une ouverture accrue à l'arbitrabilité. Chaque pays chemine sur cette voie à son rythme, avec ses flux et ses reflux, mais toujours dans le sens

« les entreprises publiques soumises au droit des sociétés commerciales peuvent conclure des conventions d'arbitrage dans les formes et conditions déterminées par leur conseil d'administration ou de surveillance ou par leur organe de gestion ». Concernant les établissements publics, le même article de la loi, prévoit que « Nonobstant les dispositions du 2^e alinéa de l'article 317 ci-dessous, les établissements publics peuvent conclure des compromis d'arbitrage dans les formes et conditions déterminées par leur conseil d'administration. Les conventions comportant des clauses d'arbitrage font l'objet d'une délibération spéciale du conseil d'administration » (art. 311 de la loi marocaine sur l'arbitrage). C'est donc le conseil de direction de l'entreprise publique ou de l'établissement public qui valide le recours à l'arbitrage et pose les règles à tenir aussi bien dans le cadre d'un compromis que dans celui de la clause d'arbitrage, *Id. ibid.*

d'une arbitrabilité croissante avec en ligne de mire une plus grande cohérence globale, une lisibilité renforcée. Le bon sens pousse dans cette direction, le besoin aussi.

Mais, pour l'heure, il semble difficile d'évoquer une harmonisation internationale en matière d'arbitrabilité de ces partenariats; toutefois malgré les différences et préventions qui subsistent d'un pays du Maghreb à l'autre un processus de normalisation paraît s'amorcer et laisse augurer que cette solution juridique alternative s'imposera à terme.