

(40) - V. Décret du 05 novembre 1988, portant adhésion à la Convention de New-York avec réserve (J.O.R.A. n° 48, du 23 novembre 1988, p. 1256).

(41) - L'Algérie n'a pas ratifié la Convention de la Banque Mondiale du 18 mars 1965.

(42) - L'Algérie semble accepter également plus difficilement l'arbitrage dans un cadre régional. Ainsi elle a ratifié la Convention créant l'Organisation Arabe pour la Garantie des Investissements. (V. Ordonnance n° 72-16 du 07 juin 1972, J.O.R.A. du 04 juillet 1972, p. 654).

(43) - Par exemple, la convention signée entre l'Algérie et le Maroc, le 15 mars 1963 (J.O.R.A., 1963 p. 483); la convention signée entre l'Algérie et la France, le 27 août 1964 (J.O.R.A., 1965, p. 755); la convention signée entre l'Algérie et le Mali, le 28 janvier 1983 (J.O.R.A., 1983, p. 1135).

(44) - Il s'agit plus précisément du règlement d'arbitrage algéro-français du 27 mars 1983, approuvé suivant échange de lettres en date du même jour. Il est à noter que ce règlement, bien que non publié, est prévu par le protocole de coopération économique conclu entre l'Algérie et la France, en date du 21 juin 1982. Ce protocole a été ratifié par l'Algérie suivant décret n° 82-259, du 07 août 1982 (J.O.R.A. du 10 août 1982, p. 1080).

Pour plus de détails; voir A. MEBROUKINE, *op. cit.*; N. TERKI, *op. cit.*

(45) - L'article 159 de la Constitution du 22 novembre 1977, prévoit: "Les traités internationaux dûment ratifiés par le Président de la République, dans les conditions prévues par la Constitution, ont force de loi".

(46) - V. A. MAHIOU, "La Constitution algérienne et le droit international", *Revue Générale de Droit International Public*, avril-juin 1990, n° 2.

(47) - V. *supra*, note de référence n° 14.

(48) - Pour des raisons parfois incompréhensibles mais aussi à cause de l'interdiction, pour les personnes morales publiques, de compromettre, le négociateur algérien a souvent "préféré pratiquer la politique de la chaise vide" (V. B. ABDERRAHMANE, *op. cit.* p. 6).

(49) - V. A. MEBROUKINE, "La nécessaire adaptation du droit algérien aux nécessités du commerce international", *Révolution Africaine*, n° 1451, Alger, décembre 1991.

(50) - V. R. DAVID, *op. cit.*, p. 98.

(51) - *Idem*, p. 2.

avoir la capacité de contracter, ou la capacité de s'obliger librement, ou la capacité d'aliéner, ou encore celle de transiger, ou jouir de la capacité civile".

(V. R. DAVID, l'arbitrage dans le commerce international, *Economica*, Paris, 1982, p. 239).

(31) - Un auteur a soutenu que "Du fait de cette assimilation explicitement affirmée...", l'établissement public à caractère industriel et commercial est désormais "soumis à des règles qui l'intègrent dans le régime des personnes morales de droit public pour lesquelles la loi prohibe le recours à l'arbitrage".

(V. A. MAHIOU, *op. cit.* p. 710).

(32) - La possibilité de transformer un E.P.I.C. en E.P.E. est prévue explicitement par l'article 47 de la loi n° 88-02 du 12 janvier 1988, précitée.

(33) - On sait qu' en France et sur le plan des rapports internes des E.P.I.C., le Conseil d'Etat a décidé que: "seule une disposition expresse de la loi peut autoriser ces établissements à compromettre, et il ne suffit pas que, par une formule générale, le législateur les ait soumis aux lois régissant le commerce ou même les ait déclarés justiciables des tribunaux de l'ordre judiciaire". Cependant s'agissant des rapports de droit international, la jurisprudence a estimé la prohibition de compromettre ne concernait pas ces établissements qui pouvaient tout comme l'Etat convenir de règles leurs contestations par la voie d'un arbitrage. Ce problème est définitivement résolu par le nouveau code de procédure civile, en son article 1473.

(Pour plus de détails sur toutes ces questions, voir: R. DAVID, *op. cit.*, spécialement pp. 244 et 245).

(34) - J.O.R.A., 1986, p. 1019.

(35) - V. notamment, A. MAHIOU, *op. cit.*, p. 711;

N. TERKI, *op. cit.* p. 595.

(36) - Ainsi la règle classique d'interprétation selon laquelle un texte spécial doit l'emporter sur un texte de portée générale est rejetée en faveur d'une autre interprétation inspirée notamment par l'importance de "l'idée d'autonomie", le besoin "d'attirer et rassurer l'associé étranger", voire par l'exigence des investisseurs étrangers eux-mêmes d'insérer dans les contrats les liant aux entreprises publiques algériennes, une clause d'arbitrage.

(37) - J.O.R.A. du 07 décembre 1991, n° 63.

(38) - Par contre, les litiges opposant l'Etat à l'une des parties du contrat d'association sont soumis aux juridictions algériennes compétentes. (Article 12, alinéa 2 de la loi n° 91-21, précitée).

(39) - V. A. MEBROUKINE, *op. cit.*, p. 192.

"EL-WATAN", du dimanche 07 juin 1992).

(15) - A titre d'exemple, pour les ouvrages voir:

A. BENCHENEB, "mécanismes juridiques des relations commerciales internationales de l'Algérie, O.P.U, 198;

A. ZAHI, "L'Etat et l'arbitrage" Paris Publisud et Alger, O.P.U., 1981;

Pour les articles voir:

M. ISSAD, "L'arbitrage en Algérie", Revue de l'arbitrage, 1977, n° 3;

N. TERKI "l'arbitrage international et l'entreprise économique en Algérie", Revue de l'arbitrage, 1990, n° 3; voir également les références citées supra note n° 11.

(16) - V. N. TERKI, op. cit.

(17) - V. A. MAHIOU, op. cit.

(18) - A. MEBROUKINE, op. cit.

(19) - Arrêt du 06 novembre 1989 (Société Creusot-Loire contre entreprise publique algérienne) inédit.

(20) - Arrêt du 25 novembre 1990 (Baron et Leveque International S.A. contre une wilaya algérienne), inédit.

(21) - Citée par A. ABDERRAHMANE, op. cit. document n° 6 p. 375.

(22) - J.O.R.A. 25 décembre 1982.

(23) - Décret n° 82-145 du 10 avril 1982, portant réglementation des marchés de l'opérateur public, J.O.R.A. du 13 avril, p. 502.

(24) - V. A. BENCHENEB, "La conclusion des marchés en Algérie", Droit et Pratique du Commerce International, 1982, T. 8, n° 4, p. 553 et s.; N. TERKI, op. cit.

(25) - J.O.R.A. du 13 novembre 1991, p. 1811.

(26) - La matière de la procédure civile relève exclusivement du domaine de la loi, (article 115, Constitution du 23 février 1989).

(27) - V. supra, note de référence n° 3.

(28) - V. supra, note de référence n° 15.

(29) - L'article 20 de la loi n° 88-01, après avoir déterminé le régime juridique des biens relevant du patrimoine de l'E.P.E., dispose, dans son alinéa 4, "qu'ils peuvent en outre faire l'objet de transactions au sens de l'alinéa 1er de l'article 2 de l'ordonnance n° 66-154 du 08 juin 1966". Sur l'interprétation de ce texte voir notamment N. TERKI, op. cit.

(30) - Notons que cette exigence n'est pas propre au droit algérien. On le retrouve, en effet, dans de nombreuses législations qui énoncent que les parties "peuvent compromettre sur les droits dont elles ont la libre disposition, ou encore elles doivent

(6) - Selon l'article 44 de la loi n° 88-01 précitée, l'établissement public à caractère industriel et commercial (E.P.I.C.) est un établissement public qui "peut financer tout ou partie de ses charges d'exploitation par le produit de la vente d'une production marchande est un critère essentiel de la définition de l'E.P.I.C. "Il l'est donc a fortiori pour l'entreprise publique économique, laquelle, produit des biens ou des services destinés à être vendus sur le marché..."

(V. M. BOUSSOUMAH, op. cit. page 82).

(7) - Ordonnance n° 75-44 du 17 juin 1975 J.O.R.A. 1975 n° 53. Cette Ordonnance est abrogée expressément par l'article 46 de la loi n° 88-04 précitée. L'arbitrage public organisé par l'Ordonnance n° 75-44, à l'instar du système d'arbitrage obligatoire prévu dans les droits des pays socialistes, n'est pas considéré comme un véritable arbitrage, dans la mesure où l'autonomie de la volonté qui est une pièce maîtresse dans celui-ci fait défaut.

(V. B. ABDERRAHMANE, L'entreprise algérienne, l'Etat et l'arbitrage commercial, séminaire international, Alger, novembre 1989, p. 230, note n° 8).

(8) - V. L'article 13 de la loi n° 90-02 du 06 février 1990 relative à la prévention et au règlement des différents collectifs du travail et de l'exercice au droit de grève (J.O.R.A. 1990, p. 231), il faut noter que malgré son caractère particulier, cet arbitrage obéit également aux règles de droit commun de l'arbitrage, exceptées les voies de recours qui sont exclues en cette matière. L'article 13 précité, prévoit que la "sentence s'impose aux parties".

(9) - Il n'est évidemment pas question ici de l'arbitrage classique de droit international public qui intervient entre Etats.

(10) - Ordonnance n° 66-154 du 08 juin 1966 J.O.R.A., 1966, p. 454.

(11) - V. A. MAHIOU, "L'arbitrage en ALgérie", Revue Algérienne des sciences juridique, économique et politique, 1989 n° 4, p. 701 et s.; B. ABDERRAHMANE séminaire international, op. cit., p. 7.

(12) - V. A. MEBROUKINE, "Le règlement d'arbitrage algéro-français du 27 mars 1983", revue de l'arbitrage, 1986, p. 191 et s.

(13) - Comme on le verra, en plus d'une tendance générale (doctrine, jurisprudence, pratique...) favorable à l'arbitrage international, l'important dispositif législatifs mis en place en 1988 a eu pour conséquence d'opérer une profonde mutation dans ce domaine. (V. Loi n° 88-01 et 88-06 du 12 janvier 1988, portant sur les réformes économiques, J.O.R.A. du 13 janvier p. 18 et s. précitées).

(14) - Projet de loi complétant l'ordonnance n° 66-154 du 08 juin 1966 portant Code de procédure civile, déposé devant le Conseil Consultatif National. (V. le journal

dans l'une de ses dispositions que: "La reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères sont régies par la Convention de New York du 10 juin 1958, pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères". Selon le projet de réforme, la reconnaissance et l'exécution forcée des sentences arbitrales rendues à l'étranger ou en matière d'arbitrage international, sont obtenues si l'existence des ces sentences est établie et si leur reconnaissance ou exéquatour n'est pas contraire à l'ordre public.

Notons que, contrairement à l'expression "manifestement contraire à l'ordre public international" contenue dans l'article 1479 du Code de procédure civile français le projet de réforme du Code de procédure civil algérien exige pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales, qu'elles ne soient pas "contraires à l'ordre public".

## NOTES DE BIBLIOGRAPHIE

(1) - V. M. BOUSSOUMAH, "la notion d'entreprise publique en droit algérien", Revue Algérienne des Sciences Juridiques, Economique et Politique, n° 1 Mars 1989, P. 29.

(2) - V. par exemple l'article 24bis de l'ordonnance n° 69-02 du 17 janvier 1969 complétant la loi de finances de la même année, Journal Officiel de la République Algérienne (J.O.R.A.), 1969, p. 34.

(3) - Portant loi d'orientation sur les entreprises publiques économiques, J.O.R.A. du 13 janvier, p. 18.

(4) - Cette définition est contenue dans l'article 3, alinéa 3, de la loi n° 88-01 précitée.

La même définition est reprise par l'article 2, alinéa 1, de la loi n° 88-04 du 12 janvier 1988 modifiant et complétant l'ordonnance n° 75-59 du 2 septembre 1975 portant code de commerce et fixant les règles particulières applicables aux entreprises publiques économiques (J.O.R.A. 13 janvier, p. 18 et suivantes).

(5) - V. les articles 2 et 5 de la loi n° 88-01 et l'article 2, alinéa 2, de la loi n° 88-04 précitée.

passé entièrement sous silence la question de savoir si on peut contester la validité de la convention d'arbitrage pour le motif qu'elle aurait été conclue par un "Etat ou toute autre personne morale publique", ou que "les règles par application desquelles le litige devrait être tranché présenteraient un caractère d'ordre public".

En éludant ces deux questions, le projet de réforme se différencie de la législation française de 1981 (art. 1473, du Code de procédure civile français).

Par ailleurs, le projet de réforme ne semble apporter aucune modification au droit en vigueur, en ce qui concerne la question de la capacité, pour l'Etat et les personnes morales publiques, de compromettre.

L'organisation de l'arbitrage quant à elle, ne semble pas devoir retenir particulièrement notre attention.

Il convient juste d'observer que le concours de l'autorité judiciaire est prévu pratiquement dans les différentes étapes de la procédure arbitrale (nomination et récusation des arbitres, mesures conservatoires, administration de la preuve, etc...)

Cette observation est, d'ailleurs, valable pour toute la réglementation contenue dans le projet de réforme. Toutefois le concours de l'autorité judiciaire est conçu comme une aide apportée par cette dernière au tribunal arbitral, en cas de besoin.

En ce qui concerne la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales, il faut souligner que, jusqu'à une date récente, le régime applicable aux sentences rendues à l'étranger ou en matière d'arbitrage international, était dominé par une très grande incertitude.

Un important changement est intervenu, suite à l'adhésion de l'Algérie à la Convention de New-York de 1958.

En vue de faciliter l'application de la Convention de New-York, le projet de réforme se réfère explicitement à cette dernière, énonçant

En se référant à l'expression "intérêts du commerce international", entendue souvent d'une façon très large, le projet de réforme s'aligne sur les droits modernes, dans leur conception de l'arbitrage international. Cette conception est imposée par les spécificités du commerce international. Ce dernier éprouve un réel désir d'échapper au droit étatique et de se soumettre à son propre droit(51).

## **B) LA REGLEMENTATION DE L'ARBITRAGE INTERNATIONAL.**

L'ensemble des dispositions du projet de réforme ont trait au champ d'application de l'arbitrage international, à son organisation, à la reconnaissance et l'exécution forcée des sentences arbitrales rendues à l'étranger ou en matière d'arbitrage international et enfin aux voies de recours.

On vient de savoir qu'en ce qui concerne le champ d'application de la règlementation, contenue dans le projet de réforme, le projet le conçoit d'une façon très large.

Il convient maintenant de nous pencher sur la Convention d'arbitrage. S'agissant de cette dernière, d'emblée on constate une rupture avec la distinction traditionnelle entre le compromis et la clause compromissoire. Le projet de réforme ne parle que de convention d'arbitrage qui, énonce-t-il, "régit autant les litiges futurs que ceux déjà nés".

Tirant les conséquences de cette pleine reconnaissance de la clause compromissoire, le projet de réforme admet le principe fondamental de l'autonomie de celle-ci, en disposant que "La validité d'une convention d'arbitrage ne peut pas être contestée pour les motifs que le contrat principal ne serait pas valable...".

C'est pratiquement là, le seul motif pour lequel la validité d'une convention d'arbitrage ne peut pas être contestée. Le projet de réforme

A ces multiples raisons, il convient d'ajouter qu'en ce qui concerne le droit applicable aux contrats liant les entreprises algériennes à leurs partenaires étrangers la pratique révèle que c'est la loi algérienne qui est le plus souvent désignée.

Or, le droit algérien est, par certains de ses aspects, totalement inadapté aux exigences du commerce international. Ceci a abouti, parfois, à des situations paradoxales. Par le caractère rudimentaire de certaines de ses dispositions, la loi algérienne, qui est censé pourtant protéger les intérêts de l'entreprise nationale, devient source d'ennuis, voire de préjudice dans certains cas, pour cette dernière(48).

Certaines dispositions du Code de procédure civile, illustrent parfaitement cette situation. L'archaïsme de ces dispositions est exemplaire en matière d'arbitrage(49) où ce dernier est totalement ignoré dans son aspect international, alors que de nombreux droits modernes tendent à admettre un système de double réglementation, selon qu'il s'agit des rapports de droit interne ou international.

Ce sont là les principales raisons qui sont à l'origine du projet de réforme du Code de procédure civile en matière d'arbitrage qui tend ainsi à satisfaire une exigence fondamentale du commerce international qu'est "la reconnaissance, dans chaque droit national, du fait international"(50).

2) Le principe de la reconnaissance de l'arbitrage international est clairement posé dès le début du projet de réforme. L'article 1er de ce dernier énonce: "Il est inséré au livre VIII de l'Ordonnance n° 66-154 du 08 juin 1966 (portant Code de procédure civile) un chapitre IV intitulé "des dispositions particulières à l'arbitrage international".

La première de ces dispositions particulières est consacrée à la définition de l'arbitrage international. C'est l'article 458 bis du projet qui contient cette définition. Celle-ci est énoncée comme suit: "Est international l'arbitrage qui met en cause des intérêts du commerce international".

## **DEUXIEME PARTIE**

### **CONCEPTION DE L'ARBITRAGE INTERNATIONAL DANS LE PROJET DE REFORME DU CODE DE PROCEDURE CIVILE**

Sans se dissimuler ce qu'a d'imparfait et d'incomplet l'essai de regroupement qui suit, on présentera ici quelques brèves observations sur l'arbitrage international, en ce qui concerne, tout d'abord, sa reconnaissance (A) et, ensuite, sa règlementation (B).

#### **A) - LA RECONNAISSANCE DE L'ARBITRAGE INTERNATIONAL.**

1) Des raisons évidentes ont poussé le gouvernement à élaborer un projet de loi(47) dans lequel, il reconnaît l'arbitrage dans le domaine du commerce international. Parmi les motifs de ce changement d'attitude, il faut citer surtout la prise de conscience de la place de choix qu'occupe l'arbitrage en tant que procédé de règlement des différends nés du commerce international . Cela, d'autant plus que l'Algérie aspire à jouer un rôle important dans ce domaine et que les sociétés étrangères n'ont cessé d'exercer des pressions sur leurs partenaires algériens pour les amener à accepter des clauses d'arbitrage.

Dans les contrats les liant avec leurs partenaires étrangers, les entreprises algériennes, sans attendre une intervention du législateur, avaient, depuis longtemps et comme signalé plus haut, accepté la clause compromissoire. Cette pratique a été suivie d'une évolution au plan de la règlementation, de la jurisprudence et de la doctrine, évolution qui a vu son aboutissement dans l'adoption des lois sur les réformes économiques et l'adhésion de l'Algérie à la Convention de New-York, durant l'année 1988.

27 mars 1982(44). Dans cet accord l'Algérie a été encore plus loin en acceptant la mise en place d'un règlement général d'arbitrage pour tous les litiges pouvant naître de l'exécution des contrats passés entre les entreprises publiques algériennes et leurs partenaires français.

L'ensemble de ces engagements s'inscrit dans la tendance actuelle favorable à ce mode de règlement des différends et a une signification de plus en plus précise à savoir, l'alignement de l'Algérie sur les règles du droit international.

Cette position est renforcée sur le plan du droit interne par deux séries de dispositions. Il s'agit en premier lieu des textes constitutionnels consacrant expressément la primauté du Traité sur la loi. En effet contrairement à la simple assimilation du traité à la loi prévue dans la Constitution de 1976(45), l'article 123 de la Constitution du 23 février 1989 prévoit: "Les Traités ratifiés par le Président de la République dans les conditions prévues par la Constitution sont supérieurs à la loi".

Cette supériorité du Traité par rapport à la loi, semble ouvrir de nouveaux horizons pour le juge ordinaire. Celui-ci peut désormais et "sans crainte d'excéder ses pouvoirs" écarter la loi contraire à un Traité(46), à cette seule condition que ce dernier ait été introduit régulièrement dans l'ordre juridique interne.

La seconde série de dispositions concerne les textes de droit interne qui se réfèrent aux accords internationaux de l'Algérie en la matière. On en trouve un exemple intéressant dans le projet de réforme du Code de procédure civile. Ce projet tendant à introduire dans ce Code "des dispositions particulières à l'arbitrage international", se réfère explicitement à la Convention de New-York du 10 juin 1958.

Il convient maintenant de se demander quelle conception de l'arbitrage international peut-on dégager de ces dispositions.

Encouragée par les nouvelles dispositions de la loi sur l'autonomie des entreprises publiques économiques, elle n'a pas hésité à considérer que l'article 20 de la loi n° 88-01 du 12 janvier 1988 l'emporte sur la loi n° 88-14 du 19 août 1986. Par conséquent le recours à l'arbitrage international n'est pas exclu dans ce domaine(35). Cette interprétation, pourtant, moins imposé par l'élément juridique que par des considérations d'ordre pratique(36) est celle admise par le législateur lui-même. En effet la nouvelle loi sur les hydrocarbures n° 91-21 du 04 décembre 1991(37) modifiant et complétant la loi n° 86-14 du 19 août 1986 prévoit explicitement la possibilité de recourir à l'arbitrage international, pour tout ce qui concerne les litiges nés de l'interprétation ou de l'application du contrat d'association entre l'entreprise nationale et son associé étranger en cas d'échec de la conciliation prévue(38).

## **LE DROIT INTERNATIONAL DE L'ARBITRAGE.**

L'idée selon laquelle l'Algérie est, sinon hostile, du moins très méfiante à l'égard de l'arbitrage international(39), ne peut plus être soutenue avec la même conviction qu'il y a quelques années.

En effet l'adhésion de l'Algérie à la Convention de New-York du 10 juin 1958 portant reconnaissance et exécution des sentences arbitrales étrangères(40) marque un tournant décisif dans l'attitude de l'Algérie face à l'arbitrage international comme procédé de règlement des différends. Même s'il y a encore des hésitations sur le plan multilatéral(41), force est de reconnaître que sur le plan bilatéral, l'Algérie accepte plus facilement l'arbitrage international(42).

Cette acceptation ne se limite pas aux traditionnelles conventions d'entraide judiciaire conclues par l'Algérie et qui se réfèrent à la reconnaissance et à l'exécution des sentences arbitrales(43). En plus de l'acceptation de l'arbitrage dans le cadre d'accords bilatéraux relatifs à certaines activités, il faut surtout souligner l'accord algéro-français du

commercial est telle dans certains cas que la possibilité de transformation de ce dernier en entreprise publique économique est prévue par la loi(32).

En outre, il est important de signaler que le décret exécutif n° 91-434 du 09 novembre 1991, portant réglementation des marchés publics prévoit dans son article 02 que ses dispositions sont applicables exclusivement aux établissements publics à "caractère administratif".

Ce qui précède permet de conclure qu'il n'est pas impossible de continuer à soutenir l'interprétation selon laquelle l'établissement public à caractère industriel et commercial échappe à l'interdiction de compromettre, édictée par l'article 442 du Code de procédure civile, pour toutes ses activités soumises aux règles du droit commercial du moins sur le plan des rapports internationaux(33).

2) La loi n° 86-14 du 19 août 1986(34) régissant les investissements étrangers dans le secteur des hydrocarbures, offre un exemple intéressant de la position du législateur sur la capacité des entreprises publiques à compromettre.

L'article 63 de ladite loi dispose que "les contestations et les litiges nés de la présente loi est des textes pris pour son application, relèvent des juridictions algériennes compétentes conformément à la législation en vigueur. Cependant les constestations et les litiges relatifs à l'association en matière d'hydrocarbures, peuvent être préalablement portés devant une commission de conciliation, conformément à la législation en vigueur".

Il résulte de cet article que le règlement des litiges dans le domaine des hydrocarbures relève des juridictions algériennes. Par conséquent tout recours à l'arbitrage en ce domaine est exclu.

Malgré la clarté des dispositions de l'article 63 précité, la doctrine ne s'est pas résignée à les accepter sans interprétation.

Pourtant ce texte semble laisser quelques zones d'incertitude. En plus de l'utilisation inappropriée du terme "transaction"(29), la question se pose de savoir ce qu'entend le législateur par le renvoi à l'alinéa 1er, de l'article 442 du Code de procédure civile(29) selon lequel la capacité à compromettre de la personne morale ne peut s'exercer que "sur les droits dont elle a la libre disposition". Ce renvoi ne risque-t-il pas de constituer un obstacle au libre recours à l'arbitrage?(30).

Mais l'ambiguïté essentielle relevé dans le texte de la loi sur l'autonomie concerne les établissements publics industriels et commerciaux. La loi prohibe-t-elle réellement le recours à l'arbitrage pour ces entités? Deux arguments au moins plaident pour une réponse positive. Un premier argument, assez faible, est tiré du fait qu'en autorisant explicitement les entreprises publiques économiques à recourir à l'arbitrage, le législateur semble en limiter le bénéfice à ces seules entités. Un second argument est fourni directement par l'article 04 de la loi 88-01 précité suivant lequel les établissements publics sont des "personnes morales de droit public"(31).

Certes la loi assimile l'établissement public aux personnes morales de droit public dans ses dispositions générales. Mais le législateur ne semble pas tirer toutes les conséquences qu'implique une telle assimilation. En effet en déterminant le régime juridique des établissements publics à caractère industriel et commercial, il a établi une distinction très claire selon qu'il s'agit de ses rapports avec les tiers ou de ses relations avec l'Etat. Ainsi selon l'article 45, alinéa 1er de la loi n° 88-01 du 12 janvier 1988; "L'établissement public à caractère industriel et commercial est régi par les règles applicables à l'administration dans ses relations avec l'Etat. Il est réputé commerçant dans ses rapports avec les tiers et est soumis aux règles du droit commercial".

D'ailleurs la perméabilité des frontières entre entreprise publique économique et établissement public à caractère industriel et

Les dispositions contenues dans le décret de 1982 (reprises par le décret de 1991), qui sont de caractère règlementaire et donc n'ayant aucune influence sur l'article 442 du Code de procédure civile(26) avaient tout de même ce mérite de susciter des débats qui n'étaient certainement pas étrangers à l'évolution législative qui allait suivre.

b) Limitation de la portée de l'interdiction de compromettre dans la législation.

1) La loi n° 88-01 du 12 janvier 1988(27) pose clairement le principe de la pleine application du droit commercial aux entreprises publiques économiques. En effet selon l'article 03, alinéa 3, de cette loi, l'entreprise publique économique "est une personne morale, régie par les règles de droit commercial...". Ce principe est réaffirmé par l'article 07 de la même loi. Cet article d'un intérêt tout particulier pour l'autonomie prévoit: "L'entreprise publique économique a la pleine capacité juridique de stipuler, s'engager et contracter, d'une manière autonome, par le biais de ses organes habilités à cette fin par les statuts, conformément aux règles de commerce et aux dispositions législatives en vigueur en matière d'obligations civiles et commerciales.

En se référant en des termes aussi clairs à l'application des règles de droit commercial, ces dispositions semblent suffire à elles seules pour autoriser les E.P.E. à recourir à l'arbitrage.

Mais compte tenu des débats qui ont eu lieu à propos de l'article 442, alinéa 3, du Code de procédure civile(28), le législateur a préféré prendre position explicitement sur ce point. En effet l'article 20, alinéa 4, de la loi n° 88-01 du 12 janvier 1988 reconnaît aux entreprises publiques économiques la pleine capacité de recourir à l'arbitrage "au sens de l'alinéa 1er de l'article 442 de l'Ordonnance n° 66-154 du 8 juin 1966".

En vertu des nouvelles dispositions introduites par le dit décret, le caractère d'établissement public administratif de l'O.P.G.I. a disparu. Par ailleurs ces mêmes dispositions ont confirmé que l'O.P.G.I. "est doté de la personnalité civile et de l'autonomie financière".

Durant la même année 1982, qui marque d'ailleurs un tournant dans la tendance favorable à l'arbitrage international, un important texte réglementaire a vu le jour. Il s'agit du décret du 10 avril 1982(23), dont les dispositions sont souvent invoquées par la doctrine(24) pour soutenir l'interprétation restrictive de l'interdiction édictée par l'article 442, alinéa 3, du Code de procédure civile. Ce décret a été abrogé et remplacé par le décret exécutif n° 91/434 du 09 novembre 1991 portant réglementation des marchés publics(25).

L'article 02 de ce dernier décret réserve l'application de ses dispositions "exclusivement aux marchés objet des dépenses des administrations publiques, des institutions nationales autonomes, des wilayates, des communes et des établissements publics à caractère administratif..." (art. 02).

Mais, cette restriction n'a pas empêché l'article 51 du décret n° 91-434 précité, de continuer à exiger que tout marché doit mentionner "la loi applicable et la clause de règlement des litiges". Cette disposition est identique à celle contenue dans l'article 55 du décret du 10 avril 1982. Par conséquent, même de portée limitée, le débat, ouvert en 1982, est loin de se terminer.

On peut donc dire que comme par le passé, l'obligation pour les co-contractants de mentionner dans leur contrat la loi applicable et la clause de règlement des litiges, laisse raisonnablement supposer qu'un tel choix existe. Plus précisément, l'obligation pour les parties de mentionner la clause de règlement des litiges n'a de sens que si celles-ci ont la possibilité d'opter pour l'arbitrage. En effet, si tel n'était pas le cas, le rédacteur du décret de 1991 aurait expressément exclu tout recours à l'arbitrage.

comme un commerçant et qui ne compte donc pas parmi les personnes morales publiques visées par l'article 442, alinéa 3, du Code de procédure civile. Quant au second cas (Arrêt de la Cour de Tizi-Ouzou) il y est précisé que les sentences rendues sont conformes à la réglementation algérienne des marchés publics.

Cette jurisprudence exprime donc une tendance très favorable à l'arbitrage international. Ce qui, du reste, ne fait que s'inscrire dans un courant général appuyé par la politique gouvernementale. Cette dernière est traduite dans la doctrine administrative et même dans des textes à caractère réglementaire.

La doctrine administrative a été fixée notamment dans un conseil interministériel en date du 09 novembre 1982. L'objet en était précisément "la clause compromissoire dans les contrats conclus avec les entreprises étrangères".

En date du 18 novembre 1982 une circulaire émanant du Premier Ministère(21) a tracé les grandes lignes de la politique gouvernemental en la matière.

S'agissant tout d'abord des personnes morales pouvant recourir à l'arbitrage, la circulaire apporte les précisions suivantes: "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".

Mais, conscient des nécessités du commerce international, des pressions exercées par les entreprises étrangères et enfin de l'étroitesse de la marge de manoeuvre que laisse l'interprétation de l'article 442, alinéa 3, du Code de procédure civile, le gouvernement s'est engagé dans la même circulaire à procéder à la modification de "la nature juridique des co-contractants algériens".

C'est ainsi que l'article premier de l'ordonnance n° 76/93 du 23 octobre 1976 portant création des Offices de Promotion et de Gestion Immobilières (O.P.G.I.) a été modifié par décret du 25 décembre 1982(22)

tendances principales. La première tendance donne au texte en question un caractère général et absolu. Cette interprétation va jusqu'à englober les entreprises publiques dans le champ de l'interdiction de compromettre y compris dans leur activité touchant au commerce international.

Une autre tendance interprète l'interdiction en cause d'une façon très restrictive. Cette tendance se justifie essentiellement par les besoins du commerce international(16). Pourtant il n'est pas impossible de lui trouver un fondement dans le droit interne. Ce fondement peut résulter notamment de la distinction que la doctrine tend à établir parmi les personnes morales publiques entre, d'une part les personnes morales administratives et, d'autre part, le reste des personnes morales relevant de l'Etat(17). Ces dernières ne seraient pas concernées par l'interdiction de compromettre.

Quoi qu'il en soit, c'est cette interprétation qui est consacrée dans la pratique par les opérateurs algériens du commerce international.

Ces opérateurs ont depuis longtemps accepté la clause compromissaire dans leurs contrats internationaux(18).

La jurisprudence, de son côté, n'a pas hésité à reconnaître dans des termes clairs, la validité d'une clause compromissaire insérée dans un contrat international liant une entreprise publique algérienne. Mieux encore une telle clause compromissaire est reconnue alors même que la partie algérienne était une personne morale publique administrative, en l'occurrence une wilaya (département).

La jurisprudence dont il est question résulte de deux arrêts rendus, le premier par la chambre commerciale de la Cour d'Alger(19), et le second par la chambre administrative de la Cour de Tizi-Ouzou(20).

Ce qu'il faut souligner ici c'est que l'un et l'autre de ces deux arrêts se réfèrent explicitement et en tout premier lieu aux stipulations contractuelles conformément au principe suivant lequel "le contrat fait la loi des parties" (art. 106 du Code Civil algérien).

C'est dans la suite de l'argumentation qu'on découvre qu'il s'agit dans le premier cas (Cour d'Alger) d'une entreprise nationale agissant

la question de la capacité de l'entreprise publique à recourir à l'arbitrage international, de dire quelques mots sur la conception de ce dernier dans le projet de réforme du Code de procédure civile.

## **PREMIERE PARTIE**

### **LA CAPACITE DE L'ENTREPRISE PUBLIQUE DE RECOURIR A L'ARBITRAGE INTERNATIONAL**

Pour répondre à la question de savoir dans quelle mesure l'entreprise publique algérienne peut recourir à l'arbitrage international, il convient de se placer successivement sur le plan du droit interne et sur le plan du droit international.

#### **A) DROIT INTERNE.**

L'article 442 du Code de procédure civile après avoir posé le principe selon lequel "toute personne peut compromettre", ajoute, dans son troisième alinéa, comme signalé précédemment, que "l'Etat et les personnes morales publiques ne peuvent pas compromettre". Avant que la portée de cette interdiction ne soit limitée par le législateur, elle l'a été tout d'abord par l'interprétation.

a) Limitation de la portée de l'interdiction de compromettre, par l'interprétation.

L'interdiction édictée par l'article 442, alinéa 3, du Code de procédure civile a suscité un intense débat<sup>(15)</sup> visant notamment à déterminer l'exacte portée qu'il faut lui reconnaître.

La question se pose notamment de savoir si cette interdiction se limite aux rapports juridiques internes ou concerne également les contrats internationaux. Mais la question se pose aussi de savoir quelles sont les personnes morales visées par cette interdiction. Ainsi plusieurs interprétations ont été avancées. En fait elles se résument à deux

## **b) L'arbitrage en Algérie.**

D'emblée, il convient de préciser que certaines formes particulières d'arbitrage que connaît le droit algérien, tel par exemple l'arbitrage obligatoire inter-entreprises(7) ou l'arbitrage en matière de droit social(8), ne retiendront pas notre attention.

Ainsi il ne sera question ici que de l'arbitrage de droit commun(9). L'essentiel de la réglementation de ce dernier est contenu dans le livre VIII du Code de procédure civile(10). Mais si l'arbitrage interne trouve dans cet ensemble de règles, un cadre juridique, force est de reconnaître que ce dernier ignore l'arbitrage international. Cette situation est paradoxale, au regard de la pratique.

En effet, par ignorance ou par manque de tradition, l'arbitrage interne est quasiment inexistant(11). Par contre et malgré l'absence de tout texte le prévoyant, on constate un usage très fréquent de l'arbitrage international. Le choix de ce mode de règlement des différends se remarque tout particulièrement dans les contrats liant les entreprises publiques algériennes et leurs partenaires étrangers, à tel point que le "recours aux juridictions étatiques tend à devenir exceptionnel"(12).

Or, l'article 442, alinéa 3, du Code de procédure civile dispose que "l'Etat et les personnes morales publiques ne peuvent pas compromettre". La question se pose donc de savoir dans quelle mesure l'entreprise publique peut valablement compromettre dans ses relations internationales.

La réponse à cette question est doublement intéressante. En effet même si l'article 442, alinéa 3, du Code de procédure civile, a résisté jusqu'ici à tout changement, force est de reconnaître que le droit algérien a connu sur ce point une importante évolution(13). Mieux encore cette évolution semble se continuer par une importante réforme du Code de Procédure civile tendant à une acceptation plus large de l'arbitrage(14) dans le domaine du commerce international. Il convient donc, après la présentation du point de vue du droit algérien actuel sur

étapes suivantes: de 1962 à 1970 ce fut l'entreprise autogérée, en 1971 on passe à l'entreprise socialiste et enfin à l'entreprise autonome en 1988. Ces étapes correspondent à autant de statuts juridiques pour l'entreprise publique. Entre temps et en 1980, il y eut la restructuration organique et financière de l'entreprise publique, qui annonce déjà les changements qui allaient avoir lieu par la suite, dans le cadre des réformes de l'année 1988.

Durant toute cette période qui a précédé les dites réformes, la législation caractérisée par un manque certain de conceptualisation se contentait de procéder à l'énumération des catégories d'entreprises(2).

2) Malgré le fait qu'elle utilise à son tour le procédé d'énumération la loi n° 88-01 du 12-01-1988(3) affine mieux la notion d'entreprise publique dont le statut a subi une profonde mutation. Ainsi, en vertu de cette loi, l'entreprise socialiste avec toute les lourdeurs bureaucratiques qu'on lui connaît, est devenu l'entreprise publique économique. Cette dernière, bien qu'elle soit propriété directe ou indirecte de la collectivité publique est définie comme étant une personne morale régie par les règles de droit commercial(4).

Par conséquent, elle prend les formes de droit privé. En effet l'entreprise publique économique est constituée sous la forme d'une société par actions ou d'une société à responsabilité limitée(5).

Ce statut juridique lui confère une totale autonomie de gestion, ainsi qu'un patrimoine propre.

Les biens relevant du patrimoine, précise l'article 20 de la loi 88-01, "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".

En plus de tous ces éléments, la définition de l'entreprise publique repose également sur un critère essentiel à savoir l'activité de production marchande(6).

**L'INTERVENTION DES PERSONNES PUBLIQUES  
ET PARAPUBLIQUES DANS L'ARBITRAGE  
INTERNATIONAL COMMERCIAL  
(point de vue du droit algérien) \***

**Par Abdelmadjid ZAALANI \*\***

**INTRODUCTION.**

**a) la notion d'entreprise publique(1).**

1) S'agissant de la détermination de l'exacte notion d'entreprise publique, il convient d'emblée de souligner la difficulté de cette tâche. En effet, aux multiples statuts qu'a connus l'entreprise publique algérienne de 1962 à nos jours, il faut ajouter le manque de conceptualisation dans la législation.

C'est ainsi que le statut juridique de l'entreprise, a connu autant de transformations que les changements d'orientation politique de l'Etat. De ce fait l'entreprise publique a évolué à travers les trois grandes

---

\* chargé de cours, Institut de Droit - Université d'Alger.

\*\* Communication présentée au Congrès de l'U.I.A. Berlin 1992.