

## **La loi applicable au contrat international : à propos de la réforme de l'article 18 du code civil**

*BESSAÏ M'hamed Toufik*  
Enseignant à la faculté de droit d'Alger.

Le 26 juin 2005, paraissait au n° 44 du journal officiel la loi n° 05-10 modifiant et complétant le code civil et parmi les dispositions de celui-ci, l'article 18, siège de la matière des conflits de loi dans l'espace en fait d'obligations contractuelles, qui subit une réforme en donnant le libellé suivant :

«Les obligations contractuelles sont régies par la loi d'autonomie dès lors qu'elle a une relation réelle avec les contractants ou le contrat.

A défaut c'est la loi du domicile commun ou de la nationalité commune qui sera applicable.

A défaut, c'est la loi du lieu de conclusion du contrat qui sera applicable.

Toutefois, les contrats relatifs aux immeubles sont soumis à la loi de situation de l'immeuble.»

Complète la compréhension générale de la réforme ainsi introduite une disposition finale commune à toute la matière des conflits de lois dans l'espace et qui clôt le chapitre II du code y réservé :

Article 23 quater : En l'absence de texte, il est fait application des principes généraux du droit international privé en matière de conflit de lois»

Suit l'exception admise au jeu normal de la règle de conflit qui est d'exclure l'application de la loi étrangère désignée au cas où elle heurte l'ordre public et les bonnes mœurs du for saisi en se voyant substituer d'office la loi algérienne et d'écarter le choix des parties s'il s'avère frauduleux.

Assurément, l'article 18 subit un large toilettage si l'on a égard à son ancien libellé qui privilégiait dans l'ordre de citation la loi du lieu de conclusion à défaut d'accord des parties au contrat sur la loi dont elles souhaitent l'application<sup>1</sup> et réservait dans un

---

1. Sur les commentaires et analyses fort nombreux au demeurant qu'a suscités cet article il faut se reporter surtout à M. ISSAD, Droit international privé, T1, Publisud, pp. 304 et s. A. BENCHENEB, Mécanismes juridiques des relations commerciales internationales de l'Algérie, OPU, 1984, pp. 279-286.

dernier alinéa le cas des obligations portant sur des immeubles, faisant droit au caractère traditionnellement attractif du statut réel.<sup>2</sup> le texte se voit en effet enrichi de plusieurs alinéas et l'ordre de citation faisant prévaloir l'indice de rattachement qu'est le lieu de conclusion est inversé au profit de la loi d'autonomie qui n'en gagne pas plus, au demeurant en compétence, tant ledit ordre était trompeur<sup>3</sup> dans la mesure où le lieu de conclusion ne se substituait au choix des parties dans la désignation de la loi applicable au contrat que dans le silence de celles-ci, ce qui donne prévalence en définitive au choix de ces dernières lorsqu'il est explicite.

Le nouveau libellé de l'article suggère une tendance certaine mais imparfaite à tempérer le subjectivisme de son ancienne version tant au plan de la solution de principe adoptée qu'à celui des règles alternatives qu'il y substitue au besoin (I) et laisse dans l'ombre sans apporter les clarifications qui y auraient pu être données ni abolir le dualisme qu'il révèle tout le droit international privé des conflits de lois instauré par le droit de l'arbitrage international (II).

## **1. Un subjectivisme tempéré :**

S'il réaffirme non sans un flou théorique la position de principe autonomiste, le nouvel article 18 tente de tempérer celui-ci par une réaction objectiviste désacralisant en fait de loi d'autonomie le seul choix exprès.

I.1 Maladroite réaffirmation autonomiste et tentative de modération objective : la désacralisation du choix exprès :

La solution autonomiste consiste pour le juge saisi à appliquer au contrat international qui lui est soumis la loi que les parties ont choisie dans le corps de leurs stipulations.

---

2. M.ISSAD, Droit international privé, op.cit, P 277, A. BENCHENEB, Mécanismes juridiques..., op. cit., pp. 279 et s, H. BATIFFOL et P. LAGARDE. Droit international privé, Paris LGDJ, 7ème édition, n° 586, P. MAYER, Droit international privé, Paris, Monchrestien, 1987, n° 633 et s.

SAVIGNY cité par P. MAYER, ibidem, n° 637 écrit : «Le lieu où il se trouve est le siège du rapport de droit dont il fournit la matière».

3. c'est, en effet, selon tous les auteurs la loi qui prévaut V. M. ISSAD, Droit international privé, op. cit., p. 306, A. BENCHENEB, Mécanismes juridiques..., op. cit, p. 282, G. BERLIOZ, Le code civil algérien de 1975, et les contrats internationaux, D.P.C.I, 1978, p. 86, G. BLANC, Le contrat international d'équipement industriel: l'exemple algérien. Thèse, Aix Marseille 3, 1982, P.184, E. RIONDET, Les transferts de technologie en Algérie. Approche juridique, Thèse, Picardie, 1981, pp. 459 et s., contra. Cependant C. PEYRARD, La solution des conflits de lois en Algérie, R.C.D.I.P, 1977, pp. 382-414 et spa, pp. 411-414 qui donne pertinence à l'ordre d'énumération et privilégie dès lors le lieu de conclusion.

*La loi applicable au contrat international :  
à propos de la réforme de l'article 18 du code civil*

---

Cette directive légale ne souffrait pas de nuances dans l'article 18 ancien. Au juge était enjoint d'appliquer automatiquement la loi sur laquelle les parties ont exprimé un choix et s'y substituait non moins automatiquement la loi du lieu de conclusion du contrat<sup>4</sup>, en cas de silence de celles-ci. En y faisant droit, le texte de l'ancien article 18, ne s'étendait guère en précisions sur le caractère réel de la relation entre la loi désignée et la situation contractuelle et n'apportait guère de leurs sur le degré de précision d'un tel choix, savoir son caractère explicite ou implicite.

On peut donc légitimement en inférer l'adhésion du législateur de 1975 à une solution autonomiste absolue même s'il est vrai que celle-ci, privilégiant le choix explicite des parties, jure avec son époque d'adoption, tout entière tournée vers la revendication diplomatique développementaliste militant pour un ancrage objective des contrats internationaux, du moins intéressant le développement économique, dans l'ordre juridique du lieu d'exécution érigé par l'Etat diplomate en critère de rattachement systématique<sup>5</sup>.

N'est pas même évoqué, ni à plus forte raison excepté, par le texte ancien le cas de la compétence législative frauduleusement obtenue par les parties qui autoriserait le juge algérien saisi à invalider cette compétence même si certains auteurs ont cru pouvoir affirmer que si la fraude est établie de façon certaine, elle permet d'écarter le choix des parties et de lui substituer soit la loi algérienne soit la loi supplétive du lieu de conclusion, l'hypothèse de choix frauduleux équivalant selon eux à l'absence de choix<sup>6</sup>, tandis que d'autres ont opté pour le fondement de l'ordre public dont son traditionnel effet d'éviction de la loi étrangère choisie permet d'écarter l'application<sup>7</sup>. Le fondement théorique de la solution législative nouvelle semble résider dans la relativisation du choix autonomiste rétabli dans une dimension moins «sacralisante» de la volonté mais cela ne se fait pas sans un flou

---

4. Sur les critiques qu'encourt à juste titre le lieu de conclusion, en dépit du fait qu'il a inauguré dans l'histoire conflictualiste de la matière des actes juridiques, le critère de rattachement fournissant la solution appliquée, avant qu'il ne s'en détache pour rester confiné à la forme des actes, V. les auteurs cités supra en notes n° 1 et 2, *ibidem*.

5. Voir à cet égard le discours politique à l'international algérien contemporain de l'adoption de l'ancien article 18, et militant dans les forums où cette question pouvait être évoquée, pour une solution ancrée dans l'ordre juridique du lieu d'exécution, censé à même de défendre les intérêts de l'Etat partie via son démembrement économique (société nationale le plus souvent) à la relation contractuelle. Un exemple topique de ce discours est le Mémoire déposé par l'Algérie à la conférence des souverains et chefs d'Etats de l'OPEP en 1975, (inédit) où ce pays, présentant son contrat type de développement (contrat produit en main), soumet l'idée que la délocalisation juridique et judiciaire de celui-ci ne sert pas les objectifs de tels engagements.

6. M. ISSAD, *op. cit.*, p. 310

7. A. BENCHENEB, *Mécanismes juridiques...*, *op. cit.*, p. 282

théorique jetant quelque obscurité sur les fondements de la solution qui est assise sur une définition extrême de la loi d'autonomie, inattentive semble-t-il à toute l'évolution subie par celle-ci.

Il semble bien, en effet, que le législateur ait adhéré à une définition restrictive et ce faisant réductrice de la loi d'autonomie en droit international privé.

En exigeant qu'un lien réel soit établi entre cette loi et le contrat ou les contractants, le législateur semble circonscrire la loi d'autonomie à la seule possibilité d'exprimer un choix législatif express. Ce qui est un alignement un peu chronologiquement à contre courant sur la conception subjective absolue de la loi d'autonomie. Le libellé arabe du texte de l'alinéa 1er de l'article 18 atteste à l'envi, au demeurant, de la compréhension qu'a le législateur de la loi d'autonomie : il s'agit bien du seul choix exprès des parties.

Il se trouve pourtant que celle-ci a depuis longtemps en effet reçu des atténuations doctrinales qui lui assignent d'une certaine manière la prise en compte de l'ancrage objectif du contrat qui n'est en définitive qu'une autre manière de choisir, le contrat étant tout entier, et pas seulement sa clause de *professio juris*, l'œuvre de la volonté commune des parties, y compris en cela le choix du lieu d'exécution, celui de la monnaie de compte ou de paiement, la langue de sa rédaction ou celle de l'élection de for, toutes expressions diverses de la localisation que les parties font de leur relation contractuelle et de laquelle le juge «cueille» le droit qui doit la régir<sup>8</sup>.

Prescrire comme le fait ici le législateur que la loi d'autonomie doit être en relation avec le contrat ou les contractants, c'est en doctrine bien assimilée formuler une tautologie tant loi d'autonomie désigne la loi que la localisation objective par les parties, de leur relation contractuelle signale au juge.

Il n'est guère besoin de s'étendre ici sur les critiques formulées à l'endroit de la conception absolue de la loi d'autonomie qui encourt des reproches certains dont le plus percutant est sans doute qu'elle n'offre aucune explication du cercle vicieux qu'elle engendre, savoir, qui de la loi ou du contrat déclare celle-ci compétente et, partant comment éviter que la loi choisie ne soit pas qu'un simple élément du contrat et pouvant conduire de ce fait, peut, dans les conséquences ultimes d'une telle acception, à dénuer ce dernier de toute loi si telle est la " loi-volonté " des parties. C'est une règle, qui, parce qu'elle suppose l'aptitude préalable des parties à choisir leur loi, fournit un fondement non négligeable à l'internationalisation du contrat<sup>9</sup> entendue ici comme sa dénationalisation juridique et son ancrage dans un espace transnational favorisant sa soumission aux seules stipulations des parties

---

8. H. BATIFFOL ET P. LAGARDE, *Droit international privé*, op. cit., n° 573 et s., P. Mayer, op. cit., n° 689

9. En ce sens, A. BENCHENEB, *Mécanismes juridiques...*, op. cit., p. 282.

déconnectées de toute espèce de droit étatique et par laquelle, partant, le législateur algérien consacrerait une règle de droit matériel admise au plan international en tant que principe de droit international privé commun des nations<sup>10</sup>.

On peut dire, en effet, même si c'est en l'absence déplorable de jurisprudence, que le libellé de l'article 18 semble offrir une grande latitude aux parties dans le choix de la loi applicable au contrat international<sup>11</sup>. Faut-il trouver là l'explication de la réaction objectiviste de l'amendement apporté au texte ?

C'est de l'adoption d'un présupposé doctrinal consacrant la conception subjective de la loi d'autonomie que dérive la réaction de l'alinéa 1er in fine de l'article 18 : «dès lors qu'elle a une relation réelle avec le contrat ou les contractants» qui n'est en fait qu'un des éléments, dans sa conception objective, de la définition de la loi d'autonomie. En d'autres termes la loi d'autonomie bien comprise ne peut aboutir à une loi étrangère au contrat, tant la clause expresse de *professio juris*, élément parmi d'autres du choix des parties, peut être démentie à d'autres endroits du contrat, par des clauses non moins issues de la volonté des parties et duquel le juge peut déduire un autre choix.

C'est en définitive à la banalisation de la clause de *professio juris* qu'aboutit l'évolution objectiviste de la loi d'autonomie.

La loi d'autonomie n'est pas le seul choix exprès des parties, elle est aussi diffuse dans toute l'œuvre volontaire qu'est le contrat.

On peut en dire autant de tous les indices généraux ou particuliers qui permettent de localiser objectivement le contrat. Le lieu de conclusion peut être lui aussi un élément exprimant le choix des parties, dans la mesure où il clôt l'œuvre contractuelle avant la signature de ses auteurs et fait donc partie de celle-ci.

Semblable observation peut-être faite de l'élément qu'est du critère alternatif qu'est la nationalité commune ou le domicile commun, tous inappropriés, car aussi bien le lieu du domicile commun que la nationalité commune ne sont que des indices particuliers intrinsèques au contrat, de la localisation objective par les parties de leur opération nécessitant leur renforcement et leur confirmation par d'autres indices généraux comme le lieu de conclusion ou le lieu d'exécution. Cet indice ignoré des pays anglo-saxons, accueilli par l'Allemagne lorsque la nationalité commune était allemande, consacré en Italie, et en Espagne ne semble

---

10. Ph. LEBOULANGER, Ph. LEBOULANGER, Les contrats entre états et entreprises étrangères. Recherches sur la privatisation de l'activité de l'Etat dans les relations économiques internationales, thèse, Paris 2, 1982, p. 326 et s.

11. A. BENCHENEB, Mécanismes juridiques..., *ibidem*, p.283, M. ISSAD, Droit international privé, op. cit., p. 305, G. BLANC, Le contrat international d'équipement..., Thèse, op. cit., p. 184.

pas indiqué, seul, dans la mesure où le caractère économique et patrimonial des intérêts mis en jeu par la relation contractuelle est prépondérant<sup>12</sup>.

De ce qui précède, il résulte que la réflexion sur la pertinence de la solution choisie doit se situer en dehors des présupposés doctrinaux adoptés et donc en dehors du terrain conceptuel assigné par le libellé de l'article.

Il vaut donc mieux substituer, en suivant en cela du reste la rédaction originale arabe de l'article, l'expression «loi expressément choisie par les parties «à celle de la rédaction française» de loi d'autonomie» figurant dans la traduction officielle, et donc envisager l'examen de l'article 18 en envisageant le cas du choix exprès et celui des alternatives ou exceptions, selon les cas, à ce choix dans la désignation de la loi devant régir le contrat.

L'article 18 circonscrit l'admission du choix exprès par les parties de la loi devant régir leur engagement aux seules hypothèses où celui-ci est validé par un lien avec le contrat ou les parties.

On ne peut mieux dire que le choix exprès n'est qu'un élément de rattachement parmi ceux à prendre en considération dans la recherche de la loi devant régir le contrat. Il doit être corroboré par des éléments pris du contrat, donc de l'œuvre de volonté qu'est celui-ci, ou d'autres pris de la situation objective des contractants, en l'occurrence mais non exhaustivement, de leur nationalité ou de leur domicile et on se demande à raison dès lors la redondance que constitue l'alinéa qui suit :

«A défaut c'est la loi du domicile commun ou de la nationalité commune qui sera applicable».

Cela sans compter la maladresse rédactionnelle commune aux deux versions officielles du texte du reste, et qui consiste à faire précéder une telle alternative au choix exprès de l'expression sibylline «a défaut» qui ne nous indique pas s'il s'agit du défaut de choix exprès ou du défaut de «relation réelle» de ce choix exprès «avec le contrat ou les contractants».

Il est évident que l'article 18 tente d'explicitement sa conception de la loi d'autonomie en l'alignant sur la thèse de la localisation objective du contrat développée ailleurs, le juge déduisant des éléments, tous volontaires, tirés du contrat et pas seulement de la seule clause de *professio juris*, élément parmi d'autres, la loi devant régir l'opération contractuelle. L'article 18 a ce faisant, «objectivisé» le choix des parties mais n'a pas apporté, comme il l'édicte expressément, de conditions d'application à la loi d'autonomie comme pourrait le laisser croire à tort son libellé, la loi d'autonomie s'entendant à notre sens de la loi

---

12. H. BATIFFOL ET P. LAGARDE, *Droit international privé*, op. cit., n° 573 et s., P. Mayer, op. cit., n° et 584 et S.

résultant de la prise en compte de tous les éléments assurément tous rattachés à l'œuvre volontaire des parties, y compris en cela mais pas seulement, leur choix exprès.

Le législateur a sans doute voulu -mais très maladroitement-, condamner sous l'appellation réductrice de loi d'autonomie, les excès du choix exprès, modalité mais non la seule de cette loi et cas extrême parmi ceux qu'embrasse celle-ci sous cette appellation. Réagissant ainsi, en réalité, sous l'appellation de la loi d'autonomie, au seul choix exprès, le législateur ferait montre d'un subjectivisme modéré au sens où l'entendent certains auteurs<sup>13</sup> ou souscrirait à la théorie localisation objective qu'ont systématisée d'autres auteurs<sup>14</sup>. Le garde fou qu'introduit le législateur dans l'article 23 quater du code, savoir l'éviction au profit de la loi algérienne du for en présence de tout choix frauduleux est une exception somme toute classique qui ne fournirait pas le fondement suffisant pour écarter un choix qui bien qu'arbitraire par rapport à l'économie de l'opération ne constituerait pas pour autant un cas de fraude, le choix d'une loi tierce et impartiale pouvant séduire les parties. La conception absolue de la loi d'autonomie, c'est à dire le respect inconditionnel du choix exprès, validerait à coup sur, si elle était acceptée, un tel choix.

C'est, au contraire, au rejet de ce dernier que conduit la condition exigée par le législateur, savoir l'existence d'un rapport entre le choix exprimé et le contrat ou les parties.

Le législateur n'accepte donc plus, au contraire de ce qu'il édictait dans le libellé de l'ancien article 18, de loi compétente qui n'ait un lien avec la sphère contractuelle, savoir ses acteurs ou sa matière.

Il s'agit sans doute de l'économie de l'opération pour ce qui concerne la matière contractuelle et des éléments attachés à la personne des contractants comme la nationalité ou le domicile.

On retrouve ici, une réaction objectiviste, qui, écartant la prise en compte et partant, la sacralisation du seul choix exprès, restaure la loi d'autonomie dans son intégrité théorique, considérant l'œuvre contractuelle comme étant une construction des parties, la nationalité ou le domicile commun comme l'économie de l'opération, en faisant partie à titre d'indices généraux ou d'indices particuliers intrinsèques. Ce sont du reste en fait, ces indices que le législateur érige en critères alternatifs de ce que, sous le vocable de loi d'autonomie, il aurait dû dénommer choix exprès.

---

13. H. BATIFFOL ET P. LAGARDE, Droit international privé, *ibid.*

14. P. Mayer, *ibid.*

Et le législateur de réintroduire par ce truchement, procédant, ce faisant, à une véritable redondance... la loi d'autonomie qu'il entendait pourtant écarter en cas de choix exprès inadéquat ou d'absence de choix exprès : la nationalité ou le domicile commun et le lieu de conclusion tous critères exprimant en réalité sous une autre forme la volonté des parties et sur lesquels les critiques apportées par la doctrine ont été évoquées plus haut.

Le législateur, dans cette énumération de critères alternatifs au choix exprès omet cependant celui qui a le plus de titres à se voir pris en compte : le lieu d'exécution.

## **1.2. Les critères alternatifs posés ou la persistance dans l'omission du lieu d'exécution :**

Les critères alternatifs substitués au choix exprès invalidé ou à son absence, sont dans l'ordre, la nationalité ou le domicile communs, d'une part, et le lieu de conclusion, d'autre part.

### **1.2.1. De l'insuffisance et de la non pertinence des critères alternatifs posés**

Le lieu de conclusion bénéficie encore dans cette nouvelle rédaction des faveurs que lui accordait l'article 18 ancien. C'est donc à la réaffirmation d'une préférence que l'on assiste ici et ce en dépit de la déconsidération et des critiques dans lesquelles la tient la doctrine dominante pour laquelle ce n'était pas un choix heureux de la part du législateur en matière de relations internationales, le lieu de conclusion pouvant être multiple, quelquefois fortuit, les parties se rencontrant là où elles ont en eu l'occasion<sup>15</sup>. Il faut signaler qu'en matière de conclusion, les contrats internationaux d'équipement et de services se signent souvent à Alger et que, de ce fait, cette règle subsidiaire, lorsqu'elle trouve l'occasion de s'appliquer, désigne ainsi le droit algérien mais rien n'indique que cela soit toujours le cas. C'est donc une règle de conflit pouvant donner compétence à un autre droit que le droit algérien, même si, l'essentiel, l'exécution du contrat et ses résultats, intéressent l'ordre juridique algérien.

L'adoption et l'application d'une telle règle pourrait ainsi faire manquer le but poursuivi, de voir s'appliquer le droit objectivement lié à l'opération, comme le donne à penser la réserve objectiviste annoncée au fronton de l'article et consistant à ne valider le choix exprès que s'il a des liens avec l'opération.

---

15. En ce sens, M. ISSAD, *Droit international privé*, op. cit., p. 306, A. BENCHENEB, *Mécanismes juridiques...*, op. cit., p. 286, Ph. LEBOULANGER, *Les contrats entre Etats et entreprises étrangères...*, op. cit., p. 291.

L'occurrence d'être liés à l'opération est plus susceptible d'advenir pour le domicile commun ou la nationalité commune et ils peuvent certainement amener le juge à désigner une loi ayant quelque rapport de pertinence avec la cause. C'est peut-être là le secret ou la raison de sa prééminence dans la déclinaison par l'article 18 des critères alternatifs. Mais sont ils suffisants pour autant pour désigner pris ainsi isolément car non cumulatifs, dans le libellé de l'article, le doit applicable à l'opération. Comment a-t-on pu dans le cas de l'absence de choix exprès par les parties, ainsi ériger en critères alternatifs, donc insuffisamment pertinents pris en eux-mêmes, de simples indices particuliers intrinsèques que la quête de la loi d'autonomie en bonne doctrine fait passer en revue par le juge dans sa recherche de la loi applicable, en les soumettant tout autant au test de leur cohérence et soutien réciproques qu'à celui de leur nécessaire adéquation avec les intérêts patrimoniaux que charrie le contrat, savoir le respect de l'économie de l'opération<sup>16</sup>.

Le respect de l'économie de l'opération aurait été mieux assuré du reste, par l'accueil qui aurait du être fait last but not least au lieu d'exécution dont les titres à figurer au premier rang des critères alternatifs sont nombreux et assurément plus sérieux.

### **I.2.2. Un rendez vous manqué ou la non consécration du lieu d'exécution du contrat :**

Cette règle de rattachement, appelée classiquement *lex loci executionis*, aurait pour résultat, si elle était adoptée, de désigner automatiquement en l'absence ou en cas d'invalidité du choix des parties, la loi du lieu d'exécution des contrats, vraisemblablement dans la plupart des cas algérien, dans l'hypothèse des contrats d'équipement et d'assistance technique, que ses agents économiques publics ou privés seront de plus en plus nombreux conduits à passer eu égard au programme ambitieux de développement économique envisagé ces temps-ci.

En faveur de ce facteur de rattachement militent nombre d'arguments.

«C'est par l'exécution, écrit à ce propos un auteur, qu'un contrat intéresse suffisamment l'ordre juridique algérien»<sup>17</sup>.

C'est au lieu d'exécution que se concrétisent les effets voulus par les parties, si l'on a en vue le fait que ces dernières ont pour objectif, au delà de la conclusion du contrat, son exécution.

---

16. H. BATIFFOL ET P. LAGARDE, Droit international privé, op.cit., n° 573 et s., p. Mayer, op.cit., n° et 584 et S.

17. M. ISSAD, op. cit., p. 306.

Toute l'attente des parties est orientée «vers l'exécution écrit un auteur célèbre<sup>18</sup>. En outre, du fait qu'il est aisément localisable, par son extériorisation matérielle, il est d'une utilisation commode.

De même que nombre de détails de l'exécution, pour des raisons pratiques, ne peuvent être organisés que par la *lex loci solutionis*<sup>19</sup>. De plus, en raison de cette facilité d'identification, c'est ce lieu dont les tiers prennent facilement connaissance<sup>20</sup>.

L'intérêt de ces derniers étant celui du plus grand nombre, c'est forcément l'intérêt général qui est localisé au lieu d'exécution<sup>21</sup>.

Enfin, et surtout, le développement, but que poursuivent nombre de contrats passés dans le cadre des programmes gouvernementaux de développement économique récemment entrepris, intéressent de toute évidence et au premier chef, l'ordre juridique encadrant l'économie réceptrice de l'opération poursuivie par le contrat<sup>22</sup>.

---

18. SAVIGNY qui a eu une influence directe sur la jurisprudence allemande écrivait : «auf diese ist also die ganze Erwartung der parteien gerichtet», *System des heutigen römischen Rechts*, VIII, p. 208, cité par H. BATIFFOL et P. LAGARDE, *Droit international privé*, op. cit., n° 580, note, n° 5, ce qui veut dire, à propos des parties que «toute leur attention est orientée vers le lieu d'exécution».

En ce sens aussi P. MAYER, *droit international privé* op. cit., n° 718 : «C'est au lieu d'exécution que se localise naturellement le contrat : un contrat n'est rien d'autre qu'un mécanisme juridique destiné à procurer la réalisation des projets formés par les contractants; il est tout entier tendu vers cette réalisation et il est normal qu'elle serve à le caractériser». Pour la même idée, en droit international privé algérien, V. M. ISSAD, *Droit international privé*, op. cit., p. 306, A. BENCHENEB, *Mécanismes juridiques...*, op. cit., pp. 285- 286.

19. V. P. MAYER, *ibidem*, n°738, H. BATIFFOL et P. LAGARDE, *ibidem*, n° 612

20. P. MAYER, *ibidem*

21. H. BATIFFOL et P. LAGARDE, *ibidem*, n° 580

22. Ph. LEBOULANGER, *Les contrats entre états et entreprises étrangères. Recherches sur la privatisation de l'activité l'Etat dans les relations économiques internationales*, thèse, op. cit., p. 289, écrit : «il est certes incontestable que sur le terrain des conflits de lois, la loi de l'Etat cocontractant exerce un effet attractif qui conduit souvent à la localisation, totale ou partielle, du contrat dans l'ordre juridique du droit de l'Etat, mais il ne s'agit là que de l'application normale de la méthode conflictualiste, la loi de l'Etat étant d'abord celle du lieu d'exécution». Et l'auteur de citer en illustration en note de bas de page n° 22, la sentence C.C.I./N°1776/1970 rendue par un tribunal arbitral présidé par le doyen BATIFFOL : «the contract has important objective links with the state of Kuwait (...) Now the place of execution constitutes where there is no other more specific indication of the position, the principle effective link of a contract with a specific State. In fact, it is on the execution the aim of the contract, that according to saivigny's expression, all the attention of the parties is concentrated».

Traduction personnelle : «le contrat a d'importants liens objectifs avec l'Etat du KOWEIT (...). Actuellement, le lieu d'exécution constitue, là où il n'existe pas d'indications plus précises le principal lien effectif d'un contrat avec un Etat donné. En fait, c'est vers l'exécution, but du contrat que, selon l'expression de SAVIGNY, toute l'attention des parties est orientée.»

La loi en vigueur au lieu d'exécution, dans la mesure où sa teneur sert vraiment le développement économique, surtout dans ses dispositions intéressant le transfert de technologie, les garanties d'exécution, la responsabilité du prestataire de service (obligation de moyen ou de résultat), normes de qualité etc. et mieux à même de fournir les règles d'appréciation de la réussite de l'opération ou de l'inexécution de cette dernière et des conséquences qui ont découlent.

En outre, l'objection que l'on peut légitimement opposer au lieu d'exécution lorsqu'il est multiple<sup>23</sup>, désignant ainsi plusieurs lois pouvant avoir égale aptitude à s'appliquer, chacune pour la partie du contrat qui la concerne, nuisant ainsi à l'unité de solution législative au contrat<sup>24</sup>, n'est pas opérante dans les cas les plus nombreux que sont les contrats d'équipement et de services que passent les agents économiques algériens.

Il est vrai que, la prestation importante du paiement s'effectue à l'étranger mais, commune à toute sorte de contrats, elle n'en exprime pas l'essentiel<sup>25</sup>.

La notion de «prestation caractéristique» initiée par la jurisprudence suisse<sup>26</sup>, mise à l'honneur par des conventions internationales<sup>27</sup> et consacré par la pratique algéro-française<sup>28</sup>, vient à rescousse de la loi algérienne du lieu d'exécution.

---

23. Objection que prévoient tous les auteurs consultés: P. MAYER, *Droit international privé*, op. cit., n° 720, H. BATIFFOL et P. LAGARDE, *Droit international privé*, op. cit., n° 580.

24. M. ISSAD, *Droit international privé*, op. cit., p. 311.

25. V.P. MAYER, *Droit international privé*, op. cit., n° 720, H. BATIFFOL et P. LAGARDE, *Droit international privé*, op. cit., n° 581.

26. Tribunal fédéral suisse, 12 février 1952 pour la vente, considérant qu'il s'agissait de la prestation du vendeur, R.C.D.I.P, 1953, p. 390, note FLATTET.

27. La convention du Rome du 19 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles, R.C.D.I.P, 1980, p. 875, CLUNET, 1981, p. 818, et devenue le droit international privé commun aux pays de l'Union Européenne, retient cette notion au §2 de son article 4, mais pour en faire une autre utilisation, à savoir, privilégier la loi du lieu de résidence de celui qui fournit la prestation caractéristique. Cette convention, dans un souci de protection du consommateur, a privilégié la loi de résidence de celui qui reçoit la prestation caractéristique lorsque c'est un consommateur (article 5). C'est à une telle manière d'utiliser la notion de prestation caractéristique qu'appelle dans le cas algérien la loi du lieu d'exécution, c'est à dire la loi du lieu où s'exécute la prestation caractéristique qui se confond avec le lieu de résidence de son récepteur public agissant dans le champ de l'économie réceptrice de cette prestation, tous ces rattachements intervenant dans le cas de la convention de Rome à défaut de choix certain et exprès (article 4 §1). V. pour un commentaire de cette convention, P. LAGARDE, *Le nouveau droit international privé des contrats après l'entrée en vigueur de la Convention de Rome du 19 juin 1980*, RCDIP, 1991, p. 287 et S.

28. Cette notion a été accueillie par un accord bilatéral, l'échange de lettres franco-algérien du 27 MARS 1983, auquel est annexée le règlement d'arbitrage proposé et applicable aux contrats passés entre ressortissants des deux pays qui y font référence et dont l'article 10.4 dispose : «la loi applicable au fond du litige sera celle de lieu où s'exécute la prestation la plus caractéristique du contrat». V. CLUNET, 1985, p. 989.

Le territoire algérien peut-être, en effet, le lieu où s'exécutera l'essentiel du contrat, sa prestation caractéristique, la réalisation d'un ensemble industriel complet, en état de marche, d'assistance technique recherchée, la transmission du savoir faire poursuivie ou le partenariat envisagé<sup>29</sup>.

La notion de prestation caractéristique singularise un contrat et va jusqu'à lui fournir son objet ce par quoi il accomplit sa fonction économique estimant à juste titre les auteurs qui ont du droit une vision économique<sup>30</sup>.

Le droit algérien trouverait ainsi dans la notion de lieu d'exécution un facteur de rattachement supplétif, objectif, sérieux, effectif et par dessus tout systématique<sup>31</sup>, et ce sans encourir le grief d'un nationalisme primaire.

La fourniture d'un tel fondement supplétif à la compétence de la loi algérienne témoignerait, au surplus, d'une attitude respectueuse de cohérence juridique, si tant est que le droit soit un ensemble de propositions logiques et nécessaires.

Une telle position ne risque pas en outre de heurter les convictions juridiques d'auteurs de droit international privé et, partant, de juristes d'entreprise toujours sollicités dans la négociation et la rédaction des contrats. La *lex loci solutionis*, non inconnue des auteurs et qui n'est pas, dans leur optique, un facteur de rattachement ordinaire<sup>32</sup>, n'en perd pas pour autant la vocation à s'offrir en critère supplétif.

C'est à titre d'exception à la *lex contractus*, qu'est toujours de leur point de vue, la loi choisie par les parties, que le lieu d'exécution peut donner compétence à la loi qui y est en vigueur, soit pour des raisons de commodité<sup>33</sup>, soit pour des raisons d'ordre public de ce même lien<sup>34</sup>.

---

29. Une sentence de la CCI rendue dans un litige opposant une entreprise libanaise à une entreprise suisse a vu le tribunal appliquer le droit libanais sur le fondement de la prestation caractéristique délivrée au lieu libanais de l'exécution. Sentence n° 6500 Clunet 1992, p. 1016, Obs, J.J.A.

30. V.G. FARJAT, Droit privé de l'économie, Paris P.U.F, 1975, p. 191.

31. M. ISSAD, Droit international privé, op. cit., p. 306 écrit à ce sujet : «si le souci du législateur algérien est de voir appliquée sa loi au contrat conclu en Algérie ou avec une société algérienne, le lieu d'exécution paraît certainement plus significatif au stade actuel de notre économie». Faut-il ajouter ici que demandeuse à ce jour d'équipements et de technologie, l'économie algérienne est dans des dispositions qui maintiennent aujourd'hui toute leur pertinence aux propos de cet éminent auteur.

32. M. ISSAD, Droit international privé, op.cit., P.306, la considère comme une règle de rattachement subsidiaire. De même H. BATIFFOL et P. LAGARDE, Droit international privé, op.cit., N°612, P. MAYER, Droit international privé, op. cit., n° 738 et s.

33. H. BATIFFOL et P. LAGARDE, *ibidem*, P. MAYER, *ibidem*.

34. H. BATIFFOL et P. LAGARDE, *ibidem*, «Mais la loi locale peut disposer des actes d'exécution accomplis sur son territoire en des termes tels que son esprit les vise quelle que soit la loi applicable au contrat originaire et bien que la substance des obligations soit le cas échéant, en cause (...) en soumettant exportations, importations ou paiement à l'autorisation administrative...» ; V. aussi P. MAYER, *ibidem*, n° 740.

Ce ne serait donc pas donner corps à la systématisation d'un facteur de rattachement exceptionnel et à l'extension sans partage de son domaine que l'on assisterait avec l'adoption à titre de critère supplétif au choix exprès, du lieu d'exécution mais bien à une solution de rechange bien plus objective et en cela supérieure et au lieu de conclusion que l'évolution historique a fini par cantonner à juste titre à la forme des actes, et à la nationalité ou domicile communs des parties qui ne suffisent pas, pris isolément, à fournir le fondement systématique et général des solutions alternatives au choix exprès.

Ainsi, désacralisant le choix exprès, improprement dénommé loi d'autonomie, relativisant dans une réaction objectiviste ce dernier, substituant automatiquement, en faisant l'économie de la recherche implicite de la loi d'autonomie, la loi de la nationalité commune ou du domicile commun et à défaut celle du lieu de conclusion en dépit des critiques légitimes qu'il encourt unanimement, l'amendement législatif ajoute au rendez vous manqué du lieu d'exécution, celui de rétablir une cohérence perdue du droit international privé algérien du conflit de lois.

## **II. Règles de conflit étatiques et arbitrage international : la dichotomie persistante**

La réforme du conflit de lois en matière de contrats internationaux inaugurée par la réforme du code civil en son article 18 doit aussi, pour un examen complet être analysée au regard de tout le droit international privé algérien des conflits de lois. Celui-ci ne se limite pas à la seule déclinaison de principes de l'article 18 du code civil mais aussi, tant il est vrai que la compétence judiciaire a un impact certain sur la compétence législative, aux règles de compétence au fond édictées par le droit processuel, et notamment les règles spéciales à l'arbitrage commercial international qui édictent une solution de droit applicable au fond du litige, et donc au contrat international objet du litige, que l'article 18 ne semble pas avoir pris en compte, perdant ainsi, ce faisant, l'occasion de rétablir quelque peu la cohérence de la matière, perturbée, depuis la promulgation du décret législatif émettant des règles spéciales à l'arbitrage commercial international<sup>35</sup>, par l'existence d'une dichotomie incompréhensible entre le droit applicable aux contrats soumis à l'ordre judiciaire étatique et le droit applicable aux contrats justiciables de l'arbitrage commercial international.

L'article 18 n'utilise du reste que la seule expression restrictive de loi, laissant dans l'ombre, et sans solution, les autres sources de règles que sont les usages du commerce international et la jurisprudence, la loi, c'est bien connu, n'étant pas tout le droit.

---

35. Décret législatif n° 93-09 du 25 avril 1993, modifiant et complétant l'ordonnance n° 66-154 du 8 juin 1966 portant code de procédure civile, JORADP n° 27, 1993, p. 42.

Personne n'ignore pourtant depuis longtemps le rôle joué dans la matière des contrats internationaux, par le droit d'origine non étatique appelé «droit spontané», ou plus savamment «Lex mercatoria» à propos de laquelle les auteurs n'ont pas tari de commentaires et de publications<sup>36</sup>.

Il est vrai qu'un écho de cette prise en compte apparaît dans le corps de la réforme de 2005 mais elle n'est pas le fait de l'article 18. C'est un article édictant un principe général commun à toute la matière des conflits de lois dans l'espace et qui clôt le chapitre qui y est consacré : l'article 23 quater qui édicte qu'en l'absence de texte, il est fait application des principes généraux de droit international en matière de conflit de lois.

Mais il s'agit de l'expression du souci tout naturel pour le service public qu'est la justice d'assurer en tout état de cause, une réponse à la requête des plaideurs, dans le cas d'absence de solution textuelle au conflit de lois en présence. Précaution toute théorique pour la matière des contrats qui ne pêche pas, loin s'en faut, par manque de règles de conflits étatiques et que l'examen plus haut opéré de l'article 18 confirme sans doute.

Il s'agit plutôt d'observer que cette réalité de même que le droit en vigueur dans d'autres matières n'ont pas été pris en compte car l'arbitrage commercial international relativise le choix exprès et contourne par de véritables règles matérielles internationales le raisonnement conflictualiste du droit international privé étatique.

---

36. V. la synthèse de B. GOLDMAN, la lex mercatoria dans les contrats et l'arbitrage internationaux : réalité et perspectives, CLUNET 1979, pp. 475 – 505, ainsi que celles de Ph. KAHN, La vente commerciale internationale, Paris, Sirey, 1961, pp. 365-367, Lex Mercatoria et pratiques des contrats Internationaux l'expérience française, Le contrat économique international. Stabilité et évolution, Bruxelles, Bruylant -Pedone, 1975, pp. 171- 211., Un «droit commun international sorte de jus gentium moderne» écrivent H. BATIFFOL et P. LAGARDE, Droit international privé, op.cit., N°578, V. aussi Y.L OUSSOUARN et J. D. BREDIN, Droit du commerce international, Paris, Sirey, 1969, pp.696-676, Ph. FRANCESKAKIS, Droit national et droit international privé, Mélanges MAURY, Paris, 1966, T.1, p.113, A. KASSIS, Théorie générale des usages du commerce. Droit comparé, contrats et arbitrages internationaux, lex mercatoria, Paris, L.G.D.J, 1984, pp.269 et s., B. GOLDMAN, Rapport Général. Le rôle de la pratique dans la formation du droit, (journées suisses), Paris, Economica, 1983, p. 178, s'interroge sur le point de savoir s'il ne faut pas ajouter un tiers-ordre aux deux ordres étatique et international. V. aussi, J. TOUSCOZ, Le rôle des acteurs non étatiques dans la formation des normes en droit international du développement, colloque, La formation des normes en droit international du développement, Paris, Alger, CNRS-OPU, 1984, pp.121-129, B. OPPETIT, La notion de sources du droit et le droit commercial international, Les sources du droit, Archives de philosophie du droit, 1982, pp. 43-53., M. VIRALLY, Un tiers-droit ?, Etudes offertes à B. GOLDMAN, Paris Librairies techniques, 1982., pp. 373-386, P. LAGARDE, approche critique de la lex mercatoria, ibidem, pp.125-150.

## **II.1 Arbitrage international et aptitude des parties à choisir leur loi :**

Jusqu'ici considérée du seul point de vue de la place qui lui est faite par la loi algérienne, la latitude des parties de choisir leur loi doit être examinée au regard de l'accueil que lui fait l'arbitrage international fréquemment prévu par les contrats internationaux signés par les opérateurs économiques algériens.

Il est d'autant plus intéressant de le savoir lorsqu'on est averti des doutes nourris par la doctrine à l'égard du respect par les arbitres du principe de relativisation de l'autonomie de la volonté des parties et des limites qui lui sont posées par les législations internes<sup>37</sup>.

Il faut ajouter que le suffrage favorable des opérateurs dont s'autorise l'arbitrage international, en raréfiant en outre, le contentieux des contrats devant les tribunaux étatiques, ne confère à l'examen de règles secrétées par ces derniers qu'un intérêt purement théorique tournant toute l'attention des observateurs vers la recherche de l'autonomie réelle attribuée par les arbitres à la volonté des contractants dans le choix de la loi qui sera applicable à leur engagement.

Il faut savoir en outre que si l'arbitrage développe des solutions qui lui sont propres, c'est en raison du fait essentiel qu'il n'est le gardien de l'ordonnement d'aucun ordre juridique<sup>38</sup>.

Au contraire, du juge étatique, l'arbitre n'a, en effet, pas de for à respecter qui le tienne par des règles de conflit légales.

Rétorquer que le siège de l'arbitrage peut être un substitut possible, car aisément localisable et pouvant donc fournir à l'arbitre saisi, ces règles<sup>39</sup>, n'est pas pertinent car l'origine contractuelle de l'arbitrage est un puissant facteur d'indépendance de

---

37. Constatation de nombres d'auteurs. Il suffit ici de reporter à J. ROBERT, *L'arbitrage, droit interne, droit international privé*, Paris, DALLOZ, 1983, N°324. Y. LOUSSOUARN et J. D. BREDIN, *Droit du commerce du commerce international*, Paris, Sirey, 1969, p. 45, E. LOQUIN, *Le pouvoir des arbitres à la lumière de l'évolution récente du droit de l'arbitrage international*, CLUNET, 1983, pp. 308 et 315.

38. En ce sens, E. LOQUIN, *Le pouvoir des arbitres*, à *ibidem*, pp. 308 et s, P. LEVEL, *Juriscasseur droit international*, fascicule 585 n° 57 écrit que «tout le particularisme de la juridiction arbitrale tient à ce qu'il n'y a pas de for étatique au sens où on l'entend en droit judiciaire international.»

On peut citer, à cet égard, cette extrait significatif d'une sentence arbitrale rendue sous les auspices de la C.C.I dans l'affaire n° 1776, CLUNET, 1975, p. 666: «bien qu'il soit généralement admis que les juges décident de la loi applicable en suivant les règles de conflit de lois de l'Etat au nom duquel ils rendent justice, dans la mesure où ils ne reçoivent les pouvoirs d'aucun Etat.»

39. V. G. SAUSER HALL, *L'arbitrage en droit international privé*, *Annuaire de l'Institut de Droit International* 1952, T.1, p. 571, dont les conclusions ont été adoptées par le congrès d'Amsterdam de l'institut.

cette institution à l'égard de la règle de conflit en vigueur au siège, de même que l'argument décisif du caractère fortuit de ce siège ajouté à l'absence de lien objectif de l'ordre juridique du siège avec le fond du litige, inclinent au rejet de ce que l'on peut aisément qualifier de solution d'ultime recours pour ne pas dire de *pis-aller*<sup>40</sup>.

la volonté des parties, ici libérée des règles de conflit étatiques se donne libre cours non seulement de créer des règles de conflit propres conférant aux arbitres qui ne s'en privent pas le pouvoir d'imaginer et d'élaborer des règles extra légales<sup>41</sup> contribuant pour une grande part à la formation d'un corpus de normes identifiés par les auteurs et connus désormais sous la dénomination maintenant répondue et consacrée de *Lex Mercatoria*<sup>42</sup>, cette dernière évolution tendant au dépassement des solutions conflictualistes par l'édition de normes directement applicables à l'espèce sans le détour devenu inutile de règles de conflits.

C'est sans doute la raison pour laquelle, les contrats internationaux désignent toujours à l'arbitre la loi qu'il appliquera pour régler l'éventuel différend pouvant naître, prévenant, bien maladroitement les vellétés créatrices et autonomistes de celui-ci.

Cette désignation se comprend d'autant plus que les arbitres si l'on en croit les solutions jusqu'ici observées<sup>43</sup> respectent certes, toujours le choix des parties, lorsque comme souvent pour le cas algérien, ce dernier est clair et précis.

Cette solution est, au demeurant, celle que retiennent les règlements d'arbitrage<sup>44</sup>.

---

40. En ce sens J. ROBERT, *L'arbitrage...*, op.cit., note N°45, N°324 qui relève qu'aucune sentence publiée n'y fait droit. V. aussi PH. FOUCHARD, *L'arbitrage commercial international*, Paris, DALLOZ, 1965, n° 551.

41. V. H. BATIFFOL, et P. LAGARDE, *Droit international privé*, op.cit., N° 578, P. MAYER, *Droit International privé*, op.cit. , N° s 328 et s.

42. B. GOLDMAN, *la lex mercatoria dans les contrats et l'arbitrage internationaux : réalité et perspectives*, CLUNET 1979, pp. 475 505. Ph. KAHN, *Lex Mercatoria et pratiques des contrats Internationaux l'expérience française*, *Le contrat économique international. Stabilité et évolution*, Bruxelles, Bruylant -Pedone, 1975, pp. 171- 211.

43. V.J.D.M. LEW, *La loi applicable aux contrats internationaux dans la jurisprudence des tribunaux arbitraux*, *le contrat économique international*, op. cit., note n° 50, p. 152. Ayant basé son étude sur un échantillon comprenant environs un millier de sentences arbitrales rendues sous les auspices de la C.C.I, cela confère une certaine autorité à ses observations. E. LOQUIN, *Le pouvoir des arbitres...*, op.cit., p. 334, écrit dans le même sens : «lorsque celles-ci (les parties) ont désigné les règles de droit applicables, l'arbitre est tenu par cette désignation V. par exemple sentence C.C.I. n° 483, 1976, CLUNET.1977, p. 950.

44. V. convention Européenne sur l'arbitrage commercial international du 22 avril 1961, article VII, texte publié par J. ROBERT, *L'arbitrage...*, op. cit., p. 401 V. article 42 al. 1 de la convention portant création du C.I.R.D.I., *ibidem*, p. 440 V, aussi article 13.3 du règlement d'arbitrage de la C.C.I, *ibidem*, p. 440, V. enfin article 33.1 du règlement de la C.N.U.D.C.I, *ibidem*, p. 455.

On ne peut attendre moins d'un mode de règlement tirant sa force et son autorité de la volonté des contractants. Ainsi, celui de la Chambre de Commerce Internationale, auquel se réfèrent dans la majorité des cas, les contractants algériens<sup>45</sup> précise en son article 13 que ce n'est qu'à défaut de choix par les parties de la loi applicable que l'arbitre recherchera la règle de conflit jugée par lui appropriée à l'espèce qui lui est soumise.

Le choix clair et précis lie l'arbitre qui, en principe, n'a pas pouvoir de substituer son propre choix à celui que les contractants expriment<sup>46</sup>.

On peut en déduire le respect quasi-dogmatique des arbitres à l'endroit de la volonté des parties dont ils tirent somme toute autorité.

Mais c'est compter sans l'évolution reflétée, au reste, par tous les règlements d'arbitrage qui confèrent à l'arbitre, nonobstant tout choix des parties, le pouvoir de faire appel, en tout état de cause, aux usages du commerce international<sup>47</sup> dont l'application virtuelle peut ainsi tempérer, par l'ouverture à des règles extra étatiques<sup>48</sup> la volonté pourtant claire et précise le plus souvent des parties au contrat, en faveur d'une loi déterminée.

Cela octroie aux arbitres le pouvoir de relativiser le choix des parties et d'autonomiser les règles qu'ils appliquent par rapport à celles des ordres étatiques desquels lesdits règlements les affranchissent partiellement du moins, désormais.

Ainsi, il résulte de ce qui précède que la capacité des parties de choisir leur loi peut n'être que théorique au regard des institutions arbitrales et ce en dépit du fait paradoxal que la compétence de ces dernières procède du choix souverain des contractants. Ces dernières baignent en effet dans un environnement conceptuel créateur de normes nationales.

---

45. Cette constatation est faite par A. BENCHENEB, *Mécanismes juridiques...*, op. cit., note N°4, p. 307. M. ISSAD, *l'arbitrage en Algérie*, Revue de l'arbitrage, 1977, p. 248. V. du même auteur, *La pratique de l'arbitrage international en Algérie*, Actes du 1er colloque euro-arabe sur l'arbitrage, London, New York, Hambourg, Honk Kong, Lloyd's of London press LTD, 1987, p.118.

46. E. LOQUIN, *Le pouvoir des arbitres...*, op.cit., p. 334- 335.

47. J. ROBERT, *L'arbitrage*, op. cit., n° 328 règlement d'arbitrage de la C.C.I. (article 13 n°5), ibidem, p 446, V. le règlement d'arbitrage de la C.N.U.D.C.I (article 33.3 ibidem, p. 465, Convention Européenne de l'Arbitrage (Article VII.1 in fine), ibidem, p. 411 seule la convention de Washington créant le C.I.R.D.I n'y fait pas droit, l'article 42 n'en faisant aucune utilisation.

48. En ce sens, A. BENCHENEB, *Mécanismes juridiques*, op.cit., n° 4, p. 319.

## **II.2. Arbitrage international et droit non étatique : la *lex mercatoria***

La possibilité donnée au tribunal arbitral de juger en l'absence de choix des parties en appliquant au fond du litige les règles de droit et usages qu'ils jugeront appropriés, installe de suite le contrat dans une logique d'internationalisation le déconnectant de son ancrage objectif pourtant recherché par la réforme de l'article 18. En effet, l'adjectif «approprié» n'implique pas nécessairement pour l'arbitre, comme semble le penser un éminent auteur<sup>49</sup>, qui décèle une parenté conceptuelle avec le droit procédural suisse dans l'expression très précise et suggestive adoptée par ce dernier de «la loi du pays avec lequel il présente les liens les plus étroits», la localisation objective du contrat. Les virtualités d'une telle expression dans un contexte d'affranchissement des droits étatiques qu'implique l'arbitrage pourraient conduire l'arbitre à trouver appropriés tout aussi bien d'autres règles que celles qu'une localisation objective l'aurait conduit à désigner.

Si quelques sentences rapportées<sup>50</sup> permettent de faire droit à un ancrage objectif ramenant le contrat à son contexte de déploiement et aux impératifs d'une justice contractuelle compensatrice de l'inégalité de développement, il n'en reste pas moins que l'arbitrage est le mode juridictionnel par lequel la *lex mercatoria* s'est épanouie et a pu contester aux droits étatiques qu'une localisation objective aurait certainement désignés, l'empire que le positivisme leur reconnaît.

La *lex mercatoria*, ensemble de règles, pratiques et usages secrétés par les «milieux» du commerce international<sup>51</sup> ne manque pas d'imprégner la pratique algérienne.

---

49. N. TERKI, *L'arbitrage commercial international en Algérie*, Alger, OPU, 1999, p. 111

50. J. PAULSSON, *le Tiers monde dans l'arbitrage commercial international*, CLUNET, 1983, p. 6.

51. Un «droit commun international sorte de *jus gentium* moderne» écrivent H. BATIFFOL et P. LAGARDE, *Droit international privé*, op.cit., note N° 4, N°578, V. la synthèse de B. GOLDMAN, *la lex mercatoria dans les contrats et l'arbitrage internationaux, réalité et perspectives*, op.cit., pp. 475-505, ainsi que celle de Ph. KAHN, *La vente commerciale internationale*, Paris, Sirey, 1961, pp. 365-367, V. aussi Y. LOUSSOUARN et J. D. BREDIN, *Droit du commerce international*, op.cit., pp. 696-676, Ph. FRANCESKAKIS, *Droit national et droit international privé*, Mélanges MAURY, Paris, 1966, T.1, p. 113, A. KASSIS, *Théorie générale des usages du commerce. Droit comparé, contrats et arbitrages internationaux, lex mercatoria*, Paris, L.G.D.J, 1984, pp.269 et s., B. GOLDMAN, *Rapport Général, Le rôle de la pratique dans la formation du droit*, (journées suisses), Paris, economica, 1983, p. 178, s'interroge sur le point de savoir, s'il ne faut pas ajouter un tiers-ordre aux deux ordres étatiques et international. V. aussi, J.TOUSCOZ, *Le rôle des acteurs non étatiques dans la formation des normes en droit international du développement*, Colloque sur la formation des normes en droit international du développement, Paris, Alger, CNRS-OPU, 1984, pp. 121-129, Ph. KAHN *la lex mercatoria et l'expérience française*, op. cit, B. OPPETIT, *La notion de sources du droit et le droit commercial international*, *Les sources du droit*, archives de philosophie du droit, 1982, PP.43-53. M. VIRALLY, *Un tiers - droit ?*, Etudes offertes à B. GOLDMAN, Paris, Librairies techniques, 1982, PP.373-386, P. LAGARDE, *approche critique de la lex mercatoria*, ibidem, pp. 125-150.

Les parties empruntent des règles à ce corpus d'usages, qu'elles appliquent directement à leur affaire, peu soucieuses des règles de conflits de lois étatiques<sup>52</sup>.

Ces règles spéciales au commerce international se rencontrent dans nombre d'aspects matériels de la relation contractuelle.

Ainsi en est-il de toutes les règles concernant la rémunération dont le code des marchés publics lui-même, par exemple, autorise l'application en matière de commerce international.

Ces règles sont toutes celles que la Chambre de Commerce Internationale, par le biais de guides, met à la disposition des opérateurs du commerce international<sup>53</sup> et que l'Algérie ne s'est pas fait faute d'utiliser dans ses contrats.

En témoignent aussi toutes les modalités de livraison CIF, FAS, et FOB, qui sont celles prévues par les «incoterms» de la C.C.I. qui est une des clauses la plus représentatives de ces usages du commerce international<sup>54</sup>, outre les clauses de force majeure revisitées dans une optique d'exécution en nature du contrat, conservant à celui-ci toute sa vigueur en faisant produire à celle-ci un effet qu'elle n'a pas en droit interne : la simple suspension du contrat.<sup>55</sup>

Mieux encore, les parties, en l'occurrence ici l'Algérie, ont participé directement à l'enrichissement de cette *lex mercatoria* par l'utilisation des formules contractuelles «clé en main» lourde et «produit en main», l'élaboration desquels

---

52. Ph. LE BOULANGER, Thèse, op.cit., note n°8, pp. 312- 316 sur la menace que fait peser la *lex mercatoria* en tant qu'ensemble de règles matérielles de droit privé international sur la méthode conflictuelle basée sur la désignation de la loi applicable par le procédé de la règle de conflit, V. aussi Y. LOUSSOUARN, Cours général de droit international privé, R.C.A.D.I., 1973, P.275-383- sp. p303. Ce que cet auteur appelle le droit «spontané» V. aussi M. ISSAD, Droit international privé, op.cit., note n° 3, p. 105 et s., H. BATIFFOL et P. LAGARDE, Droit international privé, op.cit., n° 252 et s.

53. V. G. STOUFLET, L'œuvre normative de la C.C.I dans le domaine bancaire, Etudes offertes à B.GOLDMAN, op.cit., note n° 60, pp. 362-371. F. EISEMANN, Considérations sur les règles et usances relatives aux crédits documentaires (édition révisée de 1974) *fertschrift fur jahannes BARMANN*, pp. 553-562, Y. DERAIS, Le statut des usages du commerce international à la lumière de l'expérience de la C.C.I., *Revue de l'arbitrage*, 1973, pp. 112-169.

54. A. KASSIS, Théorie générale des usages , op.cit., PP.275-276.

55. Ph. KAHN, Force majeure et contrats internationaux de longue durée, CLUNET, 1975, PP.467-485 ; H. LESGUILLONS. majeure imprévision, *wegfalle der geschäfts grandläge*, D.P.C.I, 1979, pp. 507 - 553 ; M. FONTAINE, les clauses de force majeure dans les contrats internationaux, D.P.C.I., 1979, PP.469-506., B.OPPETIT, l'adaptation des contrats internationaux aux changements de circonstance, CLUNET 1974, PP. 794-812. N. TERKI, L'imprévision dans les contrats internationaux de longue durée, DPCI, 1982, p. 9 et s.

l'Algérie n'est pas étrangère<sup>56</sup>. La doctrine les a classées, au demeurant dans l'arsenal des techniques juridiques secrétées par la *lex mercatoria*<sup>57</sup>.

L'insertion de l'Algérie dans l'économie mondiale par le biais de ces contrats ne peut lui éviter, en effet de faire une place aux tendances importantes qui s'y font jour et, parmi elles, celles consistant à délocaliser les contrats par le biais de tous ces usages non réglementés par des lois internes, en dépit du réel effort accompli pour leur assurer un ancrage local.

De ce point de vue, et en dépit des doute émis ça et là sur la *lex mercatoria*<sup>58</sup>, force est de constater que le contrat international connaît, au travers de cette dernière une délocalisation certaine, phénomène qu'un auteur appelle «internationalisation des contrats par leur privatisation»<sup>59</sup>.

Le règlement des différends où s'observe la même tendance est, pour une grande part, responsable de cette délocalisation.

Et le décret législatif de 1993 portant réforme du code de procédure civile ne se fait pas faute d'en prendre acte en consacrant une partie de ses dispositions à un corpus de règles spéciales à l'arbitrage commercial où non seulement l'obstacle relatif à l'interdiction de compromettre dans leurs relations commerciales internationales pour des acteurs ayant une part prépondérante dans le commerce international d'équipements et de services du pays, savoir les personnes morales de droit public, est levé mais où une règle de conflit spéciale à la matière de contrats du commerce international est édictée et comporte une directive générale au tribunal arbitral compétent leur enjoignant de tenir compte des stipulations des parties en la matière quant au droit applicable au litige, cette dernière expression n'étant pas fortuite, tant il est vrai qu'à l'inverse de la loi, l'expression droit est propice à l'accueil de normes non étatiques dont les règles et usages du commerce international sont une partie non négligeable. De même qu'est permis au tribunal arbitral de trancher le litige en l'absence de choix exprès des parties «en application des règles de droit et des usages qu'il estime appropriés»<sup>60</sup>.

---

56. V. Mémoire déposé par l'Algérie à la conférence de l'O.P.E.P, Alger, 1975, inédit.

57. M. SALEM et M. A. SANSON, Les contrats «clés en main» et les contrats «produits en main» Technologie et vente de développement, Paris, 1979, pp. 200 et s.

58. A. KASSIS, Théorie générale des usages, op.cit., note n°82, pp.287 et s; P.L AGARDE, Approche critique de la *lex mercatoria*, Etudes offertes à B.GOLDMAN, op.cit., pp. 125150; M. VIRALLY, Un tiers-ordre?, Ibidem, pp.373-385

59. Ph. LEBOULANGER, Les contrats entre Etats et entreprises étrangères..., op.cit., p. 326.

60. Article 458 bis 14 du décret législatif n° 93-09 du 25 avril 1993, op . cit.

Enfin et surtout le changement législatif achève de consacrer l'évolution suivie par la pratique en permettant aux parties d'instituer l'arbitre amiable compositeur, lui permettant de «créer» et d'appliquer les règles qu'il aura lui-même élaborées<sup>61</sup>.

Ne pas prendre en compte les solutions libérales subjectivistes du droit algérien de procédure en matière d'arbitrage commercial international c'est d'une certaine manière vider de son contenu effectif la réforme objectiviste entreprise et rétrécir l'empire des règles de conflit étatiques introduites en laissant perdurer le dualisme instauré dans les solutions du conflit de lois en matière de relations contractuelles commerciales internationales de l'Algérie.

## **Conclusion :**

En réformant son droit international privé des contrats, le législateur a apporté quelques lueurs sur sa volonté de ne pas tourner le dos au libéralisme qu'il affichait en la matière.

Il y apporte une dose d'objectivisme et suggère dans la même veine, des critères alternatifs critiquables du point de vue du subjectivisme modéré qu'il semble avoir adopté.

Il n'accorde ce faisant, par le caractère automatique de l'application des critères de substitution au choix exprès, aucune chance à une loi d'autonomie bien comprise qui consiste toujours en la quête d'un choix implicite ici complètement ignoré.

Les critères de rattachement alternatifs adoptés ne se distinguent pas eux aussi par le respect de la quête d'une loi appropriée pourtant annoncée au fronton de l'article 18.

La non prise en compte du lieu d'exécution en est une preuve.

Enfin, son ignorance du droit qui se déploie à l'ombre de l'arbitrage commercial international tel que le régit le code de procédure civile dans les dispositions qu'il y consacre, fait manquer son but à cette recherche de fondement objectif à loi applicable au contrat international, tant il est vrai que les permissions qui sont accordées à l'arbitre dans ce droit vont jusqu'à l'étape extrême de l'affranchir de tout règlement par le conflit de lois, négation même, s'il en est, des principes de l'article 18 lui-même.

---

61. Article 458 bis 15, Ibid.