

**La contribution du juge étatique à la constitution du
tribunal arbitral**

**The State Judge's Contribution to the Establishment of the
Arbitral Tribunal**

M'hamed Toufik Bessai
Faculté de droit d'Alger 1

Date de soumission 05-03- 2022 Date d'acceptation final 10-05-2022 Date de publication juin 2022

Résumé :

Les prolégomènes fondamentaux de la matière, à savoir le fondement conventionnel de l'arbitrage et son effet négatif consistant en l'incompétence de plein droit du juge étatique ont été abondamment présentés et éclairés par la doctrine. Il importe donc de ne pas s'y appesantir sauf à s'interroger sur les conséquences de ces deux observations fondamentales sur le déroulement de la procédure arbitrale et plus particulièrement sur la constitution du tribunal arbitral sans laquelle point de procès du tout. Conventionnel tout d'abord, ce mode de règlement des différends doit trouver en la seule convention qui le fonde les moyens de constituer le tribunal qui doit en naître ; Négateur du juge étatique, l'arbitrage ne devrait point y recourir.

Mots clés : juge étatique ; tribunal ; arbitral ; contribution

ABSTRACT

The fundamental prolegomena of the matter, namely the conventional basis of arbitration and its negative effect consisting in the incompetence by compliance to law of the state judge have been abundantly presented and clarified by the doctrine. It is therefore important not to dwell on them but to wonder about the consequences of these two fundamental observations on the conduct of the arbitral procedure and more particularly on the constitution of the arbitral tribunal without which there is no trial at all. Conventional first of all, this method of settling disputes must find in the sole conventions on which it is based the means of constituting the tribunal which must be born from it; As a denier of the state judge, arbitration should not resort to it.

Key words: state judge; court; arbitration; contribution

***Auteur correspondant : M'hamed Toufik Bessai**

Introduction:

Les prolégomènes fondamentaux de la matière, à savoir le fondement conventionnel de l'arbitrage et son effet négatif consistant en l'incompétence de plein droit du juge étatique ont été abondamment présentés et éclairés par la doctrine.¹

Il importe donc de ne pas s'y appesantir sauf à s'interroger sur les conséquences de ces deux observations fondamentales sur le déroulement de la procédure arbitrale et plus particulièrement sur la constitution du tribunal arbitral sans laquelle point de procès du tout.

Conventionnel tout d'abord, ce mode de règlement des différends doit trouver en la seule convention qui le fonde les moyens de constituer le tribunal qui doit en naître ;

Négateur du juge étatique, l'arbitrage ne devrait point y recourir.

Ce serait oublier que la convention ne prévoit pas tout et qu'œuvre des parties, elle peut se heurter comme tout engagement au risque d'inexécution ou à tout le moins à celui du retard dans sa mise en œuvre, l'une des parties pouvant par son inertie ou sa mauvaise foi retarder le déclenchement de l'arbitrage.

Son caractère volontaire peut ainsi être son talon d'Achille.

On remarquera d'emblée bien sûr que le type d'arbitrage le plus exposé aux risques de paralysie est l'arbitrage *ad hoc*, où le règlement de procédure est aussi l'œuvre des parties et où celles-ci doivent puiser les remèdes aux incidents pouvant émailler l'arbitrage, les incidents de désignation du ou des arbitres n'étant pas des moindres.

Privé d'institution qui l'administre, l'arbitrage *ad hoc* est exposé à être le client assidu du juge assistant qu'est le juge étatique pour ces questions, dont celle de la constitution du tribunal arbitral.

Les législations nationales de procédure y font droit et celle de l'Algérie n'y déroge pas sur ce point.

La constitution du tribunal arbitral est une étape très importante du procès arbitral du commerce international.

Les parties sont censées avoir désigné les arbitres ou à tout le moins prévu les modalités de leur désignation.

¹ Entre autres auteurs, voir notamment Ph. Fouchard, E. Gaillard, B. Goldman, Traité de l'arbitrage commercial international, Paris, LITEC, 1996, p.33, n°s 44 et s., p. 395, n°s 625 à 660, p. 416, n°s 661 à 688 C. Seraglini, J. Ortscheidt, Droit de l'arbitrage interne et international, Paris, Monchrestien, 2013, 944 pages, p. 14 ; n°s 8 et s., p 178, n°s 155 et s., A. Bencheneb, Règlement des litiges et arbitrage commercial international, Alger, GAIA éditions, 2018, 337 pages, p.42, n°s 74 et s., p.111, n°s 85 et s., N. Terki, L'arbitrage commercial international en Algérie, Alger, OPU, 1999, 192 pages, pp. 27 et s. et 65 et s., M.Trari Tani, droit algérien de l'arbitrage commercial international, Alger, Berti éditions 2007, 179 pages, p. 73 et s.

Il peut arriver cependant que des incompréhensions s'élèvent entre les parties qui entravent la constitution du tribunal arbitral et empêchent de facto le règlement de la contestation qui s'élève entre elles.

Dans l'arbitrage institutionnel confié à un organisme d'arbitrage, ces problèmes sont résolus par le règlement d'arbitrage dont se dotent ce type d'institution pourvoyant à la solution de tels incidents.

C'est surtout dans l'arbitrage ad hoc, celui où les parties élaborent elles-mêmes leur propre procédure, que le recours à une tierce autorité peut s'avérer nécessaire pour aller de l'avant et constituer le tribunal arbitral afin que celui-ci accomplisse son office.

Le juge étatique peut être cette tierce autorité.

Le code procédure civile et administrative algérien² (ci-après CPCA) prévoit des titres de compétence limitatifs au juge étatique dans cette œuvre d'assistance à l'arbitrage. (1)

Il confère une série de pouvoirs à ce dernier pour accomplir un tel office. (2)

1. La compétence du juge étatique en tant que juge d'appui :

Cette compétence repose sur des fondements et elle se décline en titres limitativement énumérés.

1.1 Le fondement de la compétence du juge étatique :

Il importe de ne pas perdre de vue que les prétentions juridiques de plaideurs ne peuvent pas laisser indifférent l'ordre juridique étatique du siège d'un arbitrage. Celui-ci est en effet de plus en plus attentif à ce que les conventions d'arbitrage puissent produire leur plein effet et « fonctionner » afin que justice soit rendue. Préoccupation de service public d'éviter le déni de justice et d'être en phase avec les principes généraux de droit.

Le plein effet par elle-même de la convention d'arbitrage crée une obligation pour les parties de s'y conformer en temps utile.

Un juge doit donc venir à la rescousse de son exécution si besoin est.³

On retrouve là un principe universel celui que justice soit toujours rendue et qu'ainsi le déni de justice soit évité en raison de blocages entravant le règlement du

² Loi n° 08-09 du 18 Safar 1429 correspondant au 25 février 2008 portant code de procédure civile et administrative, Journal officiel de la république algérienne démocratique et populaire (ci-après, JORADP) 2008, n°21, p. 2

³ En ce sens, Ph. Fouchard, E. Gaillard, B. Goldman, Traité de l'arbitrage commercial international, op cit. , n° 832, p.500

litige. Obligation volontairement consentie, la soumission d'un litige à l'arbitrage peut prétendre à la protection de l'ordre juridique pour assurer son efficacité et son application.

Le juge étatique possède le pouvoir de coercition nécessaire au respect d'obligations non exécutées. Il est ainsi l'autorité idoine pour voler au secours d'une convention d'arbitrage à exécution problématique.

Un autre fondement, textuel celui-là, peut être trouvé dans l'effet négatif limité de l'existence d'une convention ou d'une clause d'arbitrage.

Le texte de l'article 1045 du CPCA qui édicte l'incompétence automatique du juge étatique en présence d'une telle convention limite cette incompétence au règlement au fond du litige. Il ne l'exclut donc pas ce faisant du règlement des problèmes purement processuels.

En effet, l'article 1045 du CPCA édicte que « *Le juge est incompétent pour statuer sur le fond⁴ à partir du moment où l'instance arbitrale est pendante, ou lorsqu'il constate l'existence d'une convention d'arbitrage à condition que celle-ci, soit invoquée par l'une des parties.* »

L'expression « sur le fond » indique que la porte de l'intervention procédurale du juge étatique n'est pas fermée.⁵ Ce qui renforce la légitimité de l'appui du juge étatique et ce faisant la disposition du CPCA la consacrant.

Le CPCA édicte cependant des titres de compétence stricts au juge étatique dans sa compétence internationale

1.2 : Les titres de compétence du juge étatique d'appui⁶ :

Le juge étatique algérien est compétent en tant que juge d'appui, précise le CPCA lorsque le siège de l'arbitrage est localisé en Algérie ou lorsque la loi de procédure choisie par les parties à l'arbitrage est la loi algérienne.

C'est ainsi qu'après avoir consacré dans la partie relative aux règles particulières à l'arbitrage commercial international en son article 1041 alinéa 1er, le principe de la liberté des parties

- de désigner le ou les arbitres,
- de pourvoir par elles mêmes, le cas échéant à leur révocation ou leur remplacement,
- ou de prévoir la référence à d'un règlement d'arbitrage pour ce faire,

le CPCA édicte dans les deux alinéas suivants du même article que :

⁴ C'est moi qui souligne

⁵ En ce sens A. Bencheneb, règlement des litiges et arbitrage commercial international, op.cit, n°102, p.118

⁶ Expression empruntée à A. Bencheneb, ibid, n° 103, passée du reste dans la langue arbitrale connue et dont l'origine est à chercher en Suisse. M. N. Terki, l'arbitrage commercial international en Algérie, op.cit, sp. p. 81 et s. utilise quant à lui le terme assistance pour désigner l'office du juge étatique sollicité pour pallier les incidents procéduraux en particulier ceux inhérents à la constitution du tribunal arbitral. Ph. Fouchard, E. Gaillard, et B. Goldman, Traité de l'arbitrage commercial international, op. cit, n° 822, p.500, utilisent quant à eux l'expression « concours » qu'ils semblent privilégier pour évoquer l'assistance ou la coopération à l'arbitrage du juge étatique,

A défaut d'une telle désignation, et en cas de difficulté pour la désignation, la révocation ou le remplacement des arbitres, la partie la plus diligente peut :

1 - dans le cas où l'arbitrage se situe en Algérie, saisir le président du tribunal du lieu de l'arbitrage ;

2 - dans le cas où l'arbitrage se situe à l'étranger et l'égard duquel les parties ont prévu l'application des règles de procédure en vigueur en Algérie, saisir le président du tribunal d'Alger.

(...) »

Chacun des deux tirets de cet alinéa constitue un titre de compétence du juge étatique dans sa fonction d'appui. A savoir que le juge étatique assistant de l'arbitrage est algérien si le **siège de l'arbitrage est algérien ou si loi algérienne de procédure pour l'arbitrage concerné a été choisie par les parties.**⁷

Ce sont là des éléments de rattachement à l'ordre judiciaire algérien sagement rappelés par le CPCA car il n'est pas indiqué d'allonger inconsidérément la compétence internationale du juge du for étatique.⁸

Ils sont du reste la réplique en droit interne de la convention de New York de 1958 à laquelle l'Algérie a adhéré en 1988⁹ et dont l'article V-d désigne par défaut les règles du siège de l'arbitrage

A bon escient, la loi ne rappelle pas le privilège de juridiction des articles 41 et 42 et n'introduit pas la nationalité algérienne de l'une des parties comme critère de compétence internationale même supplétive du juge algérien.

En fait, disposition spéciale à l'arbitrage international, le texte de cet article est une exception à ce privilège qui ne saurait prospérer ici.

Ces critères réduisent à ce qui est nécessaire les critères de la compétence du juge algérien fut-elle supplétive, à savoir l'existence des points de contact avec l'ordre judiciaire algérien fondant son intervention ;

De même, la compétence du juge d'appui est strictement conçue dans le cadre volontaire de l'arbitrage. Elle ne peut avoir effet que si les parties n'ont pas désigné un autre tiers qui pourrait accomplir cet office supplétif.

2. Les missions du juge d'appui dans la constitution du tribunal arbitral :

Ces missions sont énumérées en creux dans le libellé de l'article 1041 alinéa 1^{er}

Ce sont de

⁷ Souligné par nous

⁸ Dans le même sens pour la France, Ph. Fouchard, E. Gaillard, B. Goldman, traité de l'arbitrage commercial international, op.cit. n°836, p.502

⁹ Loi n° 88 du 12 juillet 1988, JORADP 1988, P. 771

- désigner le ou les arbitres,
- de pourvoir (...) le cas échéant à leur révocation ou leur remplacement,

Le juge étatique doit prêter assistance aux parties qui rencontrent des difficultés dans la mise en œuvre de leur convention d'arbitrage en particulier celles ayant trait à la désignation du ou des arbitres ou la révocation et le remplacement de celui ou ceux-ci.

Quels sont les pouvoirs ou les modalités d'exercice dont dispose le juge étatique pour accomplir ces missions ?

2.1 Les normes de référence de la mission :

il faut se demander ici à quelles normes précises ou à quelles règles de conduite va se référer le juge étatique pour mener ces missions.

Doit-il vérifier la validité de la clause compromissoire à laquelle il prête son concours ?

Est-il tenu au respect d'une critériologie particulière pour récuser et/ou désigner le ou les arbitres ?

2.1.1 La vérification de l'existence et la validité de la convention d'arbitrage fait-elle partie des pouvoirs de l'arbitre ?

Le juge étatique d'appui doit-il vérifier la validité de la clause compromissoire avant de procéder à la désignation à laquelle la partie la plus diligente le convie ?

Le CPCA est muet sur ce point dans sa partie spéciale à l'arbitrage international.

Doit-il s'inspirer des dispositions générales sur l'arbitrage lui permettant de refuser toute désignation en cas de clause compromissoire ou de compromis manifestement nul (le).

L'article 1009 édicte en effet que *si la clause compromissoire est, soit manifestement nulle, soit insuffisante pour permettre de constituer le tribunal arbitral, le président du tribunal le constate et déclare n'y avoir lieu désignation.*

De même, la règle de la validité de la clause compromissoire ou du compromis en sus du caractère international de l'arbitrage figurent au fronton des dispositions spéciales à l'arbitrage commercial international (articles 1039 et 1040) qui définissent ce qu'est un arbitrage international et édictent l'obligation de validité de la clause compromissoire ou du compromis.

La célérité de la décision en matière d'arbitrage international peut pâtir d'un examen de la convention d'arbitrage par le juge d'appui, l'objectif du système étant de permettre au plus vite la constitution d'un tribunal.

C'est pourquoi cette sanction n'est sans doute pas reprise dans les dispositions spéciales à l'arbitrage international.

Rien n'interdit cependant en lieu et place d'une simple requête, le recours à un référé¹⁰ en guise de sollicitation du juge d'appui qui se contenterait d'une apparence de droit et qui, en raison des débats qu'il permet offre les moyens à ce même juge de s'assurer de l'existence et de la validité apparente du compromis et donc de lui donner plein effet en opérant la désignation des arbitres qui lui est demandée.¹¹

2.1.2 Les critères de référence du juge étatique dans l'accomplissement de cette mission

Le juge d'appui doit-il s'appuyer sur les critères que les parties ont insérés dans leur convention dans le chef du ou des arbitres ou doit il se fonder sur les critères énumérés par le CPCA dans la partie du texte relative à l'arbitrage en général ?

Le juge d'appui est-il tenu par la règle de l'imparité ou doit-il s'en affranchir si telle est la volonté des parties dans leur convention d'arbitrage ?

Autant de questions qui jettent une lumière crue sur la question de l'applicabilité des dispositions générales sur l'arbitrage contenues dans le CPCA dans les articles 1006 à 1038 du CPCA.

Il n'est pas impossible tout d'abord, en dépit de leur généralité, de les appliquer à la matière spéciale de l'arbitrage commercial international car de notre point de vue ils constituent le droit commun de l'arbitrage, l'élément d'extranéité en faisant un arbitrage international ne les dispensant pas ici d'un respect minimal des conditions rationnelles qu'il émet sur la compétence des arbitres leur intégrité de même que l'assurance de leur impartialité notamment quant à l'absence de conflit d'intérêts.

Il faut avec des auteurs envisager que les « dispositions communes » des articles 1014 à 1018 s'appliquent à l'arbitrage international, motif étant pris de ce que les titres des chapitres et sections du code n'ayant qu'une valeur indicative non normative, c'est leur substance qui fait sens et qui doit recevoir application et ce en dépit de l'effet nuisible ici obscurcissant¹² du sens que revêtent les titres

De même l'acceptation de leur mission par les arbitres désignés par le juge étatique est une condition évidente.

Seule l'imparité peut poser problème si les parties- hypothèse rarissime- ont convenu du contraire dans leur convention.

L'intervention du juge étatique étant conçue comme l'assistance et l'appoint à l'application de la clause compromissoire ou du compromis, il serait contraire au caractère volontaire de l'arbitrage de leur imposer une condition extérieure à leur volonté mais est-il pensable dans le même temps que le juge étatique se satisfasse d'un nombre d'arbitres source de blocage ultérieur tant est que sa mission est de donner plein effet à la convention d'arbitrage et que justice soit rendue ?

¹⁰ En ce sens, A. Bencheneb, op.cit., n°31, P144

¹¹ Avec l'inconvénient, il est vrai que le jugement de référé supporte la voie de recours qui rallongera la procédure voulue par principe rapide dans l'arbitrage.

¹² A. Bencheneb, op.cit, n° 10, p.136

Les mêmes questions viennent à l'esprit quant à la récusation éventuelle préalable à la désignation d'un arbitre.

Des solutions existent dans la partie du texte du CPCA édictant les règles générales de l'arbitrage. La raison, l'unité du texte et le caractère non contraignant des sous titres et titres annonçant les articles milite en faveur de l'applicabilité de ceux-ci.

Il en résulterait que les dispositions de l'article 1016 relatives à la récusation sont extensibles à l'arbitrage commercial international et qu'ainsi « *Un arbitre peut être récusé :*

1 - lorsqu'il ne répond pas aux qualifications convenues entre les parties ;

2 - lorsqu'il existe une cause de récusation prévue par le règlement d'arbitrage adopté par les parties ;

3 - lorsque les circonstances permettent de douter légitimement de son indépendance, notamment en raison de l'existence, directe ou par personne interposée, d'intérêts, de liens économiques ou familiaux avec une partie.

Une partie ne peut récuser un arbitre qu'elle a désigné ou qu'elle a contribué à désigner que pour une cause dont elle a eu connaissance après cette désignation.

Le tribunal arbitral et l'autre partie doivent être informés sans délai de la cause de récusation.

En cas de litige et si les parties ou le règlement d'arbitrage n'ont pas réglé la procédure de récusation, le juge compétent statue par ordonnance à la requête de la partie la plus diligente.

Si l'on conçoit en outre que la mission du juge étatique est de se mettre au service des parties et donc aider à la mise en œuvre de la convention d'arbitrage pour qu' *in fine* l'arbitrage soit rendu, de telles dispositions doivent aussi figurer dans le bréviaire du juge étatique.

Faciliter donc l'accomplissement de l'œuvre arbitrale est un fardeau que porte le juge assurément.

Dispose-t-il pour autant dans l'arsenal des actes judiciaires du bon instrument ?

2.1.3. L'acte d'exercice de la mission :

On est bien en peine de trouver dans le libellé du CPCA relatif à cet aspect de la mission du juge étatique d'appui, par quel type de décision celui-ci intervient.

Est-ce l'ordonnance sur requête ? on est tenté de la penser puisque dans les missions supplétives du juge relatives à l'arbitrage interne c'est ce type de décision qui est évoqué.

Article 1016 relatif à la récusation : l'ordonnance sur requête qui est une forme de justice de l'urgence compréhensible dans une matière comme l'arbitrage.

L'article 1009 quant à lui édicté pour régler l'intervention du juge d'appui pour l'arbitrage interne reste muet. Le juge étatique ici le président du tribunal *du lieu de conclusion du contrat ou de son exécution*¹³ « désigne » édicte t-il à ce sujet.

Le texte de l'article 1041 quant à lui édicte bien que le juge est « *saisi* » mais rien n'est dit sur l'acte par lequel celui-ci répond à cette saisine aux fins d'appui pour la constitution du tribunal arbitral.

On peut supposer ici que l'acte du juge d'appui prévu pour le déroulement de l'instance comme l'aide à l'administration de la preuve (article 1048) est l'ordonnance sur simple requête.

*Art. 1048. Si l'aide de l'autorité judiciaire est nécessaire pour l'administration de la preuve ou pour prolonger la mission des arbitres ou valider des actes de procédure ou pour d'autres cas, le tribunal arbitral, ou les parties d'entente avec lui, ou la partie la plus diligente autorisée par lui, peuvent **requérir, sur simple requête**, le concours du juge compétent. (...).*

Il n'est pas douteux que cette solution puisse ou doive être étendue à tous les actes judiciaires d'intervention du juge étatique d'appui à l'effet de régler avec la célérité l'incident originel : celui sans lequel point d'arbitrage n'est possible : sa constitution.

Tous ces actes supportent-ils (dans tous les sens de ce terme eu égard à la célérité exigée des procédures) un recours ?

On peut constater à cet égard un élément de réponse possible.

Le juge étatique, peut dans le cas de la récusation évoqué dans les dispositions générales relatives à l'arbitrage opérer par le truchement d'une ordonnance sur requête -moyen d'urgence s'il en est- non susceptible de recours.

Pourquoi, dans la même matière - internationale qui plus est- et sur des questions qui posent le problème de l'application de la convention arbitrale, particulièrement la constitution du tribunal arbitral, le juge étatique d'appui ne jouirait il pas des mêmes armes.

Conclusion :

Telles sont, brossées à grands traits, les quelques interrogations et réflexions qui viennent à l'esprit relativement à la contribution du juge étatique à la constitution contrariée du tribunal arbitral.

Plus fondamentalement, cette question relève d'une plus grande problématique celle de la cohabitation entre justice arbitrale et justice étatique. Ils révèlent la coopération fonctionnelle qu'ont dû concevoir pour cohabiter, l'« ordre juridique mercatique » et l'ordre juridique étatique ainsi que l'a relevé il y a déjà trois décennies déjà la doctrine pertinente.¹⁴

¹³ Sic confusion relevée par A.Bencheneb entre le droit applicable à la procédure et celui applicable au fond.

¹⁴ G.Delaume, « L'arbitrage transnational et les tribunaux nationaux », Clunet 1984, PP.521-547, où l'auteur fait un examen de diverses législations internes traduisant cette « coopération ».
Ph.Kahn, droit international économique, droit du développement, , *lex mercatoria* , : concept unique ou pluralité d'ordres juridiques » , Etudes offertes à Berthold Goldman, Paris, LITEC, 1982, p.99

Les ponts entre ce deux ordres ont fini par être jetés. Le législations adoptées le montrent, en ce compris pour la thématique objet du présent article.