

# **L'arbitrabilité des litiges dans l'arbitrage commercial international**

**Hocine Farida**

Maître de conférences (A)

Faculté de droit et des sciences politiques

Université Mouloud Mammeri de Tizi-Ouzou

## **Introduction**

Devenu un mode incontournable de résolution des litiges du commerce international, l'arbitrage bénéficie de la faveur des Etats qui reconnaissent son importance particulièrement dans certains secteurs de l'industrie où la compétence technique des arbitres est appréciée. De plus, l'arbitrage est une justice privée qui offre de nombreuses garanties et qui peut donc être considéré comme solution intermédiaire entre la conciliation, solution amiable et la justice étatique.

Ceci dit, même si le recours à l'arbitrage demeure très libre et fait l'objet d'une pratique quasi universelle, il n'est admis que moyennant quelques restrictions, destinées notamment à garantir la liberté individuelle et à protéger l'intérêt général, alors quelles sont ces restrictions qui dessinent les contours de l'arbitrabilité des litiges du commerce international?

Il est sans nul doute que tout litige ne peut être arbitral soit parce que l'une des parties n'a pas l'aptitude à compromettre, soit que le litige objet de l'arbitrage n'est pas de nature à être résolu par ce mode

privé de règlement des différends ; motifs qui établissent la notion d'arbitrabilité(I) qui a pour corollaire la disponibilité des droits litigieux. Par conséquent, si en principe le droit national permet aux personnes de compromettre et de régler leurs différends par des arbitres, il peut aussi l'interdire, dans certains cas, au nom de l'ordre public qui est considéré, dans ce cas de figure, comme un butoir aux pouvoirs de l'arbitre<sup>1</sup>, car la large faveur faite à l'arbitrage des litiges du commerce international ne débouche pas sur l'arbitrabilité générale des conflits<sup>2</sup> (II).

### I. Sur la signification de l'arbitrabilité

Il convient, en premier lieu de définir l'arbitrabilité et son corollaire à savoir la disponibilité des droits litigieux.

#### I.1. Notion d' l'arbitrabilité

Le terme d'arbitrabilité désigne « *la qualité qui s'applique à une matière, à une question ou à un litige, d'être soumis au pouvoir juridictionnel des arbitres* »<sup>3</sup>. Cette faculté attachée à un litige d'être résolu par la voie de l'arbitrage affecte nécessairement la

---

<sup>1</sup> V. DAVID René : *Le droit du commerce international. (Réflexions d'un comparatiste sur le droit international Privé)*. Édition ECONOMICA. Paris, 1987.P 270 et s ; E. LOQUIN : *ARBITRAGE*. JCl, Procédure civile, Fasc 1024, n°02. 2009.

<sup>2</sup> Cf. J-B. RACINE : *L'arbitrage commercial international et l'ordre public*. Édition LGDJ. Paris, 1999. P140 ; J-M. MOUSSERON, J. RAYNARD, R. FABRE, J-L. PIERRE : *Droit du commerce international- Droit international de l'entreprise*. 3<sup>ème</sup> édition, LITEC. Paris, 2003. P540.

<sup>3</sup> Cf. Ph. LEVEL. Op cit. P213

compétence de l'arbitre, puisque le litige non arbitrable doit automatiquement être déféré à la juridiction étatique compétente.

L'arbitrabilité procède d'un souci de protection de l'intérêt général<sup>1</sup>. La notion d'arbitrabilité n'est donc pas indifférente à celle d'ordre public. Celui-ci a une incidence *a priori* en rendant le litige inarbitrable, c'est-à-dire en le soumettant impérativement à une juridiction étatique. Cependant, l'arbitrage international est dominé par un mouvement général de *favor arbitrandum*<sup>2</sup>, le domaine de l'arbitrage s'étend sans cesse, de même que celui de l'arbitrabilité. L'ordre public n'est pourtant pas absent, Il intervient ainsi *a posteriori* lorsqu'un juge étatique est appelé à connaître de la sentence arbitrale à travers un recours en annulation ou une demande d'exequatur.

Dés lors, dans toute législation nationale, il y a restriction à l'accès à la justice arbitrale, soit à l'égard de certaines personnes soit pour certains types de litiges et la possibilité de recourir à l'arbitrage est généralement désignée par le terme « Arbitrabilité<sup>3</sup> ».

Au sens large, le litige n'est pas arbitrable soit lorsque l'une des parties, en raison de sa qualité ou de sa mission particulière ne peut se soumettre à l'arbitrage. L'hypothèse concerne essentiellement

---

<sup>1</sup> V. Ph. FOUCHARD, E. GAILLARD. Op cit. P330,

<sup>2</sup> Cf. B. HANOTIAU :*L'arbitrabilité et la favor arbitrandum : un réexamen* . JDI.1994.P899.

<sup>3</sup> Cf. J. BEGUIN, G. BOURDAUX, M. MENJUCQ, H. RUIZ FABRI, J-M. SOREL, Ch. SERAGUNI, B. LE BARS, D.MAINGUY : *Droit du commerce international*. Édition LITEC. Paris, 2005. P201.

l'Etat, les collectivités publiques et les organismes ou établissements publics. On parle alors de non-arbitrabilité subjective ou de non-arbitrabilité ratione personae. C'est en effet la qualité de l'une des parties au différend arbitral qui fait alors difficulté.

Soit lorsque la matière sur laquelle porte le litige ne peut être soumise à des arbitres, c'est l'hypothèse dans laquelle la question de l'arbitrabilité du litige se pose est celle dans laquelle la matière soumise à l'arbitrage qui se trouve soustraite à ce mode de règlement des différends. C'est alors la non-arbitrabilité objective ou la non-arbitrabilité ratione materiae du litige qui est en cause<sup>1</sup>.

La distinction ainsi établie résulte du fait que si l'arbitrage international est aujourd'hui considéré comme le moyen normal de résolution des différends commerciaux à caractère international, on rencontre toujours des obstacles dans le recours à l'arbitrage.

En premier lieu, l'Etat se réserve parfois la possibilité de recourir à l'arbitrage en raison de sa propre qualité (arbitrabilité subjective)<sup>2</sup>, et en second lieu, l'arbitrage est exclu en raison de la qualité de l'objet lui-même (arbitrabilité objective).

---

<sup>1</sup> Cf. E. GAILLARD : L'arbitrage commercial international. JCL, Procédure civile. Fasc 1058, n° 01. 1994 ; voir également : J. BEGUIN, M. MENJUCQ... Op cit. P 894 et s ; M. BEDJAOUI, D. ELKARKOURI : L'arbitrage commercial international en droit marocain. JDI, n°01. 2001. P 76.

<sup>2</sup> J-M. JACQUET : L'aptitude des personnes morales de droit public à compromettre dans l'arbitrage international. Revue camerounaise de l'arbitrage. numéro spécial(2), 2010. P121.

Seulement cette distinction est loin d'être convaincante. Elle est même ignorée par une partie de la doctrine qui la considère comme un abus de langage<sup>1</sup>, dans le sens où elle recouvre une autre notion qui peut résider soit en une règle de capacité, soit une règle matérielle relative à l'aptitude des personnes morales de droit public à compromettre, or cette solution ne peut convenir en ce qu'elle permettrait à ces personnes de conclure une convention d'arbitrage pour s'en défaire par la suite en invoquant un défaut de capacité<sup>2</sup>.

Il convient donc de mettre l'accent sur la seule arbitrabilité objective afin de recourir à l'arbitrage et définir le terme « arbitrabilité » comme étant l'aptitude d'un litige à faire l'objet d'un arbitrage. Définition adoptée par la doctrine qui estime que la règle interdisant à l'Etat de se prévaloir de son droit pour contester la validité d'une convention d'arbitrage librement acceptée est « *aujourd'hui si généralement*

---

<sup>1</sup> Cf. Ph. FOUCHARD, E. GAILLARD, B. GOLDMAN: *Traité de l'arbitrage commercial international*. Édition LITEC. Paris, 1996. P329; Voir. D. LAGASSE : *L'arbitrage et les entreprises publiques*. In *actes du colloque du CERANI*. P71 ; G. COUCHEZ, J-P. LANGLADE. *Op cit*. P411 ; Ch. JARROSSON : *Arbitrabilité : présentation méthodologique*. RJCom, n°01, 1996. P 1 et s.

<sup>2</sup> Une partie de la doctrine refuse l'appellation "arbitrabilité subjective" par opposition à l'arbitrabilité objective, et préfère parler de "capacité à compromettre". Il est en effet admis que l'arbitrage ne peut porter que sur des droits disponibles ; toute la question est donc de savoir si telle ou telle personne morale ou physique, de droit privé ou public, dispose de la capacité à compromettre. Le problème revêt une importance particulière pour les personnes de droit public, les Etats et leurs démembrements.

*consacrée par les textes internationaux, les droits nationaux et la pratique arbitrale qu'elle constitue indubitablement un principe général de l'arbitrage international<sup>1</sup> »*

Pour sa part, la convention de New York ne se sert pas du terme «arbitrabilité», mais d'une série d'expressions différentes qui, en fait, vise le même concept.

L'article II prévoit que les conventions d'arbitrage seront reconnues dans la mesure où elles portent sur une question *«susceptible d'être réglée par voie d'arbitrage<sup>2</sup>»* et les tribunaux doivent, par conséquent, les soumettre aux tribunaux arbitraux à moins qu'ils ne constatent que ladite convention d'arbitrage est *«caduque, inopérante ou non susceptible d'être appliquée<sup>1</sup> »*. La notion d'arbitrabilité apparaît au sous-paragraphe 1 de l'Article V, qui définit l'éventuel motif de la non-exécution d'une sentence si la partie récalcitrante contre laquelle elle est prononcée est en mesure de fournir la preuve de certains vices. Un de ces vices est défini sous (a) : *« Lorsque la convention d'arbitrage n'est pas valable en vertu de la loi à laquelle les parties l'ont subordonnée ou, à défaut d'une indication à cet égard, en vertu de la loi du pays où la sentence a été rendue »*.

Enfin, le sous-paragraphe 2(a) prévoit que le juge du pays où l'exécution est requise peut la refuser,

---

<sup>1</sup> Cf. Ph. FOUCHARD, E. GAILLARD. Op cit. P 338; V. contra: J-F. POUURET, S. BESSON: Droit comparé de l'arbitrage international. Édition LGDJ. Munich, 2002. P202 ; V. Y. DERAIS : Le statut des usages du commerce international devant les juridictions internationales. Rev, arb, 1973. P145.

<sup>2</sup> Sous paragraphe 1 de l'article II.

éventuellement à son initiative et sans exiger que la charge de la preuve n'incombe à la partie récalcitrante<sup>2</sup>, si : *«d'après la loi de ce pays, l'objet du différend n'est pas susceptible d'être réglé par voie d'arbitrage»*.

Pour ainsi dire, la question de l'arbitrabilité est très certainement l'une des plus difficiles du droit de l'arbitrage<sup>3</sup>. Ch. JARROSSON<sup>4</sup> a fait ce constat en relevant que *« l'arbitrabilité est une question abstraite, délicate, mal cernée, fuyante et qui suscite un certain nombre de malentendus, voir de contresens »*, l'explication tient, en premier lieu, dans le caractère extrêmement imprécis de la notion d'ordre public et à ce propos une distinction doit être faite d'emblée.

L'intervention de l'ordre public au niveau de la convention d'arbitrage, qui permet de dire quels sont les litiges arbitrables et l'intervention de l'ordre public au niveau de la sentence arbitrale qui intéresse les pouvoirs de l'arbitre. Il est certain que si l'arbitre méconnaît dans sa sentence une règle d'ordre public, par exemple, s'il ordonne l'exécution d'un contrat contraire à l'ordre public, cette sentence ne pourra pas être reconnue par l'ordre juridique étatique car dans ce cas de figure, la nullité de la sentence ne découle pas de ce que le litige touche à des questions d'ordre

---

<sup>1</sup> Sous paragraphe 3 de l'article II.

<sup>2</sup> Cf. J. PAULSSON : *L'arbitrabilité, toujours le flou artistique*. Bulletin CCI, Spécial Supplément 1999 : Arbitrage : regard sur la prochaine décennie : actes de la conférence de célébration du 75<sup>ème</sup> anniversaire de la Cour internationale d'arbitrage. Mai 1999. P75.

<sup>3</sup> Cf. E. LOQUIN. Arbitrage. JCI, Procédure civile, Fasc, 1024, n° 35. 2009.

<sup>4</sup> Cf. Ch. JARROSSON : Arbitrabilité. Présentation méthodologique. RJ. Com. 1996/03. P01.

public mais uniquement du fait que l'ordre public a été violé.

Très différent est le cas qui nous intéresse dans la présente étude où l'arbitre statue sur un litige qui n'est pas arbitrable en raison de ses liens avec l'ordre public. Dans ce cas, c'est la convention d'arbitrage qui est nulle, l'ordre public venant limiter la compétence de l'arbitre et non pas seulement ses pouvoirs. Bien entendu, si l'arbitre qui statue à partir d'un tel compromis rend sa sentence, cette sentence sera nulle comme dans le cas précédent, mais elle le sera parce qu'elle aura été rendue sur compromis nul, sans qu'il y ait à rechercher si l'arbitre a ou non respecté, dans sa décision, les règles d'ordre public applicables au litige.

Par conséquent, s'agissant d'apprécier la validité de la convention d'arbitrage, le contrôle se fera sur le terrain des alinéas 2 et 3 de l'article 1006 du CPCA, et non sur l'article 1051 du même code qui vise la conformité de la sentence à l'ordre public international. Il en résulte que le juge de l'annulation pourra vérifier la validité de la convention d'arbitrage au regard de l'arbitrabilité du litige à travers l'ensemble des éléments de fait ou de droit qui a permis à l'arbitre de statuer sur sa compétence<sup>1</sup>.

En clair, la notion d'arbitrabilité ne se conçoit pas seulement au sein de la convention d'arbitrage, mais aussi et surtout au moment de l'exequatur lorsque le juge intervient ; il recherchera si l'arbitre avait le

---

<sup>1</sup> V. A. REDFERN, M. HUNTER : Droit et pratique de l'arbitrage commercial international. 2<sup>ème</sup> édition. LGDJ. Paris, 1994. P116.

pouvoir de compromettre sur telle question car pour lui, l'arbitrabilité du litige concerne avant tout les règles de l'ordre public interne<sup>1</sup>.

La convention de NEW YORK aussi exige, pour obtenir l'exequatur de la sentence arbitrale, que l'objet du litige soit susceptible d'être réglé par voie arbitrale<sup>2</sup>.

Ainsi, l'arbitrabilité du litige se réglera à deux stades :

\* selon la loi d'autonomie en tant que condition de validité de la convention d'arbitrage,

\* et au moment de l'exequatur ou le juge, conformément aux conceptions propres de son pays, décidera si tel litige peut être tranché par voie arbitrale. Dans le cas d'une décision négative, il refusera l'exequatur en application de son ordre public.

## **I.2. Corolaire de l' l' arbitrabilité : La disponibilité des droits**

La convention d'arbitrage étant un acte juridique<sup>3</sup>, la personne qui conclut cette convention en son nom et pour son compte doit être capable et si elle entend conclure un tel acte pour le compte d'autrui, elle doit avoir reçu un pouvoir à cet effet<sup>4</sup>. Ainsi une distinction est faite entre les deux notions ; capacité et pouvoir ; car, parfois confondues dans le langage juridique

<sup>1</sup> Cf. E. CHAMY: L'arbitrage commercial international dans les pays arabes. Thèse de doctorat. Tome 1 et 2. Université PANTHÉON, Paris I. Février 1985. P56; A. REDFERN. M. HUNTER. Op cit. P117.

<sup>2</sup> Voir l'article 5 paragraphes 2.

<sup>3</sup> Cf. J. BEGUIN, J- M. MENJUCQ. Op cit. P884.

<sup>4</sup> V. E. LOQUIN:L'arbitrage du commerce international. Editions JOLY. Paris, 2015 ; P75 ;

courant, ces deux questions doivent, ici comme dans d'autres domaines, être soigneusement distinguées. La capacité concerne l'hypothèse dans laquelle l'on compromet en son nom et pour son propre compte et le pouvoir l'hypothèse dans laquelle l'on compromet dans un intérêt au moins partiellement distinct du sien, qu'il s'agisse de celui d'une autre personne physique, d'une personne morale ou d'une entité non personnifiée.

En exigeant la capacité de compromettre, la question à poser est de savoir laquelle est nécessaire : capacité d'ester en justice ou capacité de disposer ? La réponse est, selon R. DAVID<sup>1</sup>, en fonction de l'optique que l'on a de l'arbitrage :

Si l'arbitrage est considéré comme une simple procédure qui aboutit à la stricte application du droit, à la même solution qu'aurait donnée une juridiction étatique, alors la capacité requise sera celle d'ester en justice.

En revanche, si l'arbitrage peut aboutir à une solution autre que celle qui serait donnée par une juridiction étatique, la capacité requise sera celle de disposer du droit qui être va soumis à la juridiction arbitrale.

Comme toute législation en la matière, le droit Algérien a adopté cette seconde solution puisque l'article 1006/1 CPCA énonce, de manière générale, qu'en principe tous les litiges sont arbitrables à condition que la personne, partie au différend, puisse

---

<sup>1</sup> V. R. DAVID. Op cit. P239.

disposer des droits objet du conflit. Or la notion d'indisponibilité des droits et son antonyme « disponibilité » sont difficilement cernées<sup>1</sup>, on peut tout au moins définir cette dernière comme étant la faculté appartenant à un titulaire d'un droit d'en disposer<sup>2</sup>, ainsi l'interprétation juridique qui peut résulter de la libre disponibilité des droits telle qu'énoncée est la suivante : Un droit est disponible lorsqu'il est sous la totale maîtrise de son titulaire, à telle enseigne qu'il peut tout faire à son propos et notamment l'aliéner, voir y renoncer<sup>3</sup>.

Au regard de cette interprétation et d'une manière générale, sont exclus de l'arbitrage, selon les termes du droit de l'arbitrage Algérien, les litiges relatifs au droit virtuel incertain, dont la potentialité à pouvoir en être le titulaire est hypothétique. Aussi comme nous allons le voir, les droits relatifs à l'état et à la capacité des personnes et, en l'occurrence ceux qui portent sur les droits hors du commerce juridique sont exclus de la possibilité d'être soumis à un arbitrage. Enfin, ceux dont l'exercice met en cause un intérêt public et ceux auxquels la loi interdit de renoncer, sont aussi exclus de la possibilité de faire l'objet d'un arbitrage<sup>4</sup>.

Au delà, il est bien difficile de cerner avec précision les droits disponibles, la raison en est que la

---

<sup>1</sup> Voir pour plus de détails ; B. FAUVARQUE-COSSON : Libre disponibilité des droits et conflits de lois. Édition LGDJ. Paris, 1996. P74 et s.

<sup>2</sup> Cf. J. BEGUIN, J- M. MENJUCQ. Op cit. P909.

<sup>3</sup> Cf. P.LEVEL : L'arbitrabilité. Rev, arb, n°02.1992. P213 et s.

<sup>4</sup> V. M. BEDJAOUI, D. EL KARKOURI : L'arbitrage commercial international en droit Marocain. JDI, n°01, 2001. P76 et s.

libre disponibilité des droits n'est, en fait, pas autonome de l'ordre public, elle en est même dépendante puisque tout comme lui elle reste une notion toute relative, elle peut être temporaire ou définitive, totale ou partielle<sup>1</sup>.

A ce propos, Ph. FOUCHARD considère la question d'arbitrabilité comme étant une question institutionnelle et à ce titre, certaines matières sensibles sont remises entre les mains des autorités chargées de les réguler et devant lesquelles l'arbitrage marque le pas<sup>2</sup>.

Mais alors, comment peut-on repérer ces matières ? La méthode proposée par S. GUINCHARD et ses co- auteurs nous donne un faisceau d'indices qui peut être appliqué. Selon eux<sup>3</sup>; ces indices sont entre autres la possibilité au juge de se saisir d'office, l'existence d'une compétence exclusive, la communicabilité de l'affaire au ministère public...etc.

Tous ces indices révéleraient que le législateur tient au respect de certaines règles en dehors de l'existence ou non d'un quelconque litige et qui portent sur des matières qui intéressent de trop près les intérêts fondamentaux de la société telles que la matière pénale ou fiscale.

---

<sup>1</sup>V. J. BEGUIN, J M. MENJUCQ. Op cit. P910. Ch. JARROSSON. Arbitrabilité... Op cit. P06.

<sup>2</sup> Cf. Ph. FOUCHARD, E. GAILLARD...Op cit. P 471 à 478.

<sup>3</sup> Cf. S. GUINCHARD, M. BANDRAC, M. DOUCHY, F. FERRAND, X. LAGARDE, V. MAGNIE, H. RUIS FABRI, L. SINOPOLI, J-M. SOREL: Droit processuel. Droit commun et droit comparé du procès. 2<sup>ème</sup> édition, précis DALLOZ. Paris, 2003. P960.

Aussi, est-il important de savoir dans quelle mesure l'ordre public peut faire échec à la compétence du tribunal arbitral ?

## **II. Limites de l'arbitrabilité**

On peut distinguer la capacité de compromettre des personnes privées de celle de l'Etat et des personnes publiques. Aux personnes privées, il est reconnu qu'elles peuvent compromettre sur les droits dont elles ont la libre disposition, quant aux personnes morales de droit public, la Convention de New York de 1958, abandonne cette question à la loi qui, selon l'autorité saisie d'une demande d'*exequatur* de la sentence, est applicable aux parties concernées. Cela signifie que chaque Etat prend, à ce sujet, la règle qui lui convient et décide souverainement si son gouvernement, ses établissements publics ont ou non la capacité de compromettre,

A ce titre, l'article 1006 CPCA dispose que « *on ne peut compromettre sur les questions concernant l'ordre public, l'état et la capacité des personnes.*

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

### **II.1. Ordre public, état et capacité des personnes**

De prime abord, l'enseignement que l'on peut tirer de l'énoncé de cet article est qu'il pose une limite générale à l'arbitrabilité de même qu'il précise la nature des droits indisponibles qui sont l'exception à la

règle stipulée dans l'alinéa qui le précède<sup>1</sup> dans le sens ou, selon une première interprétation, le premier paragraphe de l'article 1006 serait une application particulière de la règle plus générale du même article dans son deuxième paragraphe. Cela reviendrait à définir la disponibilité d'un droit de manière négative : « *seraient dès lors disponibles tous les droits autres que ceux portant sur les matières énumérées à l'article 1006/2* ». Cette thèse rend inutile l'existence du premier paragraphe puisqu'il ne fait que reformuler différemment celui qui le suit.

Seulement la première phrase du texte marque une ambiguïté dans le sens ou elle brasse un champ très vaste car les questions qui touchent à l'ordre public sont nombreuses, variées et variables<sup>2</sup>.

Il est parfaitement compréhensible que le législateur estime ne pas devoir abandonner le règlement de certains types de litiges à ce mécanisme privé qu'est l'arbitrage. Même en matière internationale, ce souci est légitime. L'exemple du divorce ou de la filiation suffit à s'en convaincre, aussi, la difficulté ne réside-t-elle pas dans le principe de la non arbitrabilité de certaines matières, mais dans la détermination des critères et de l'étendue de cette non arbitrabilité, ainsi que des modalités selon lesquelles elle doit être constatée. Car on peut s'interroger : l'article 1006/2 et 3 est-il une simple illustration de droits indisponibles, la libre disponibilité étant le

---

<sup>1</sup> L'article 1006/1 dispose : Toute personne peut compromettre sur les droits dont elle a la libre disposition » : Sont arbitrables les droits disponibles et, a contrario, ne le sont pas les droits indisponibles.

<sup>2</sup> Qualifiée "d'inutile et d'équivoque" par P. LEVEL. Op cit. P232.

critère retenu à l'article 1006/1 pour définir l'arbitrabilité ou bien énonce-t-il d'autres domaines soustraits à l'arbitrage au delà du critère tiré de la libre disposition ?

A l'évidence, l'expression « questions concernant l'ordre public » est générale et se révèle difficile à interpréter comme le souligne, à juste titre, R. DAVID. L'auteur considère que toutes les matières, en un sens, intéressent l'ordre public ; « *si elles ne l'intéressaient pas, elles ne feraient pas l'objet de règles de droit<sup>1</sup>* ». Pour cette raison, il est nécessaire d'interpréter la formule légale d'une manière plus étroite si l'on veut conserver un champs d'application à l'arbitrage et cela dépend, assurément, de la confiance que l'on peut avoir en ce mécanisme privé des différends, que l'on considérait, dans le passé, avec une certaine défiance et qui est devenu, au moins en matière internationale, un mode normal de règlement des différends.

Se serait un contre sens que de considérer comme inarbitrable tout litige dès lors qu'il entretiendrait un lien quelconque avec l'ordre public<sup>2</sup>, y a-t-il des matières qui, de nos jours, ne soient pas soumises à une réglementation d'ordre public, notamment par l'effet du développement de l'ordre public économique ? Tout le droit des contrats est aujourd'hui régi par une telle réglementation<sup>3</sup>. Faut-il donc le soustraire à

---

<sup>1</sup> Cf. R. DAVID. Op cit. P258.

<sup>2</sup> Voir pour plus de détails. J. BEGUIN, M. MENJUCK. Op cit. P905 et s.

<sup>3</sup> V. Ch. JARROSSON. Arbitrage commercial. J CL, commercial, fasc, 203, 1998. n° 34.

l'arbitrage, dont il constitue pourtant le terrain d'élection ? Le fait que les textes donnent mission au juge étatique de vérifier la conformité de la sentence à l'ordre public, distinctement de la validité de la convention d'arbitrage, ne postule-t-il pas que l'arbitre peut légitimement appliquer cet ordre public ? Pour cette raison, on s'orientera vers une autre interprétation de l'article 2006 CPCA, selon laquelle le domaine de l'alinéa 1 et celui de l'alinéa 2 sont distincts. En effet, l'article 1006/2, en excluant de manière générale l'arbitrage dans un certain nombre de matières qui intéressent l'ordre public, vise l'ordre public au sens premier, c'est-à-dire certaines règles qui ont pour finalité directe d'assurer le respect d'intérêts supérieurs de la société. Le premier paragraphe lui, se rattache plutôt à ce qu'il est convenu d'appeler l'ordre public de protection car les intérêts qui sont en cause sont des intérêts privés, des droits subjectifs.

Par conséquent, et à la lumière des dispositions de l'article 1006 CPCA, Le litige est non arbitrable dans deux hypothèses. D'une part, la convention d'arbitrage est illicite car elle donne à l'arbitre mission de violer l'ordre public étant convenu que l'alinéa 1 dispose que toute convention d'arbitrage qui porte sur un litige mettant en cause des droits dont les parties n'ont pas la libre disposition est nulle car ayant un objet illicite. D'autre part, dans d'autres domaines, il y a des questions touchant à l'ordre public qui sont, par leur nature même, soustraites à l'arbitrage<sup>1</sup>. Dans ces hypothèses, il y a coïncidence exacte entre l'ordre

---

<sup>1</sup> V. J-B. RACINE. *Op cit.* P540.

public de fond et l'ordre public juridictionnel qui commande l'exclusion de l'arbitrage.

Autrement dit, une différence doit être faite entre :

- Les matières qui, comme celles citées à l'article 1006/2 et 3, sont en elles-mêmes inarbitrables (état et capacité des personnes<sup>1</sup>, les droits attribués au contractant en état de faiblesse tant que les impératifs de protection n'ont pas cessés...). Et cela quelle que soit la solution qui pourrait être apportée au litige par l'arbitre : Les questions visées par ces textes sont exclues du domaine de l'arbitrage globalement, indépendamment de la question de savoir si en jugeant, les arbitres, compte tenu de leur mission, seraient dans la situation de porter atteinte à l'ordre public. Il en résulte que l'arbitre doit se dessaisir immédiatement, sans examiner le fond du litige, dès lors qu'il constate le lien du litige avec l'un de ces blocs de matières dont la connaissance est réservée au juge étatique, une exclusion traditionnelle de l'arbitrage consacrée dans le droit comparé<sup>2</sup> ;

Les questions d'état comprennent tout ce qui permet d'individualiser juridiquement les personnes par rapport à l'Etat, le fait d'être vivant ou mort, l'âge, le sexe, la nationalité, la situation familiale, la filiation, le mariage, le divorce appelées noyau dure de l'exclusion de l'arbitrage<sup>3</sup>.

De même que les questions de capacité, en particulier la capacité de contracter, sont déterminées par la loi nationale de la personne physique de même

<sup>1</sup> Généralement appelés droits extrapatrimoniaux insusceptibles de faire l'objet d'un arbitrage.

<sup>2</sup> Cf. J. ROBERT, B. MOREAU : Arbitrage international. In répertoire DALLOZ. T 1, 1997. P3 et s.

<sup>3</sup> Cf. P. ANCEL. Arbitrage. J Cl. Procédure civile, fasc, 1024, 1986, n° 12 ; V.J.- B.RACINE. Op cit. P541.

pour les décisions d'émancipation qui ne peuvent être prononcées que par le juge de tutelle<sup>1</sup>.

Pour la personne morale, sa capacité est régie par la loi de l'Etat où elle a fixé son siège social. C'est à cette loi que le juge se référerait, en principe, pour apprécier sa capacité de compromettre, s'il devait raisonner en termes de conflits de lois.

Il est également soustrait à l'arbitrage les litiges intéressant l'Etat et les collectivités publiques, questions réservées en principe à la compétence exclusive des tribunaux administratifs. Il peut sembler, partant de ces exemples, que lorsque le législateur attribue la connaissance exclusive d'une catégorie de litiges à un ordre de juridiction étatique, il entend, du même coup, les soustraire à l'arbitrage.

- Et celles qui sont arbitrables, mais qui, parce que des règles d'ordre public doivent s'appliquer, peuvent conduire à l'annulation de la sentence qui ne les aurait pas respectées<sup>2</sup>; l'arbitre dans ce cas, peut appliquer un texte d'ordre juridique, ce qu'il ne peut pas faire c'est de juger si la règle en question est violée. En effet, le caractère contractuel et privé de l'arbitrage interdit au tribunal arbitral, dans les matières régies par des dispositions impératives, de sanctionner une violation de l'ordre public puisqu'une telle prérogative appartient aux seuls tribunaux de l'Etat<sup>3</sup>.

En résumé, on peut affirmer qu'en ce qui concerne l'ordre public, à proprement parler, il existe deux sortes de fonctions. En premier lieu, il y a l'ordre

---

<sup>1</sup> Articles 453 CPCA et suite.

<sup>2</sup> Cf. Ch. JARROSSON. Op cit. n° 34.

<sup>3</sup> Cf. J. BEGUIN, M. MENJUCK. Op cit. P906; V. R. DAVID. Op cit. P258.

public qui considère qu'au nom de l'intérêt général de la société, le litige ne peut être réglé que par un juge étatique ; l'arbitrage est exclu car les droits litigieux sont rendus indisponibles par les liens très étroits qu'ils entretiennent avec l'Etat, ses institutions ou les intérêts essentiels de la société. En second lieu, il y a l'ordre public qui emporte uniquement des restrictions à la mise en œuvre et à l'exercice de cette disponibilité ; dès lors, il appartient à l'arbitre de résoudre le litige dans le respect de l'ordre public et d'en tirer les conséquences tel que le prononcé d'une nullité d'ordre public<sup>1</sup>.

De ce raisonnement découlent deux conclusions : la première est que le tribunal arbitral a le pouvoir d'appliquer une règle d'ordre public et de sanctionner sa violation, et la seconde est qu'il est impossible à ce même tribunal de remettre en cause une compétence étatique exclusive à l'exemple de la matière pénale qui touche directement aux prérogatives souveraines de l'Etat, ce qui se traduit notamment par l'intervention directe de la puissance publique dans le litige. Il en résulte une inarbitrabilité absolue de la matière, qui trouve son prolongement dans l'absence de pouvoir de l'arbitre de prononcer des sanctions pénales et assimilées. Le droit pénal est ainsi l'archétype de la matière inarbitrable.

## **II.2. La prohibition faite aux personnes morales de droit public**

L'article 1006/2 CPCA pose le principe que les contestations intéressant les personnes morales de droit public sont soumises à la compétence des juridictions administratives, compétence qui est d'ordre public

---

<sup>1</sup> V. Ch. JARROSSON. Op cit. P04 et 05 ; P. LEVEL Op cit, 1992. P215.

puisque ces contestations touchent de très près l'intérêt général sauf exception légale comme le prévoit le même article : «...sauf dans leurs relations économiques internationales et en matières de marchés publics ».

En premier lieu, il s'agit de déterminer qu'elles sont ces personnes morales visées par la prohibition de compromettre énoncée dans l'article précité et à ce propos, l'article 800/2 CPCA précise qu'il est question de l'Etat, la commune ou un établissement public à caractère administratif, ce qui, à contrario, laisse entendre que les entreprises publiques n'entrent pas nécessairement dans le champ de la prohibition puisqu'elles sont constituées sous la forme de société commerciale régie par le code de commerce.

Force est de constater que le législateur Algérien, depuis l'indépendance à nos jours, s'adapte aux mutations économiques en modifiant, au gré des nécessités pratiques<sup>1</sup>, le code des marchés publics. En effet, les premiers textes en matière de marchés publics furent ceux de l'ordonnance n° 69-90 du 17 juin 1967 utilisant la terminologie de «code des marchés publics<sup>2</sup>», suivis par le décret n° 82-145 du 10/04/1982 portant réglementation des marchés publics<sup>3</sup>, qui écarte l'ancienne appellation «marchés publics<sup>4</sup>» admettant

<sup>1</sup> V. M. KOBAN : Les marchés publics de l'opérateur public ou la réforme des marchés publics. Etude du décret n° 82-145 du 10 avril 1982. OPU, ALGER. 1985. P52 et s.

<sup>2</sup> V. JORA n° 52 du 27/06/1967, la même terminologie fut utilisée dans les modifications ultérieures ; -Ordonnance n° 74-09 du 30 janvier 1974 portant réaménagement du code des marchés publics. JORA n° 13 du 12/02/1974, P158 ; - Ordonnance n° 76-11 du 20/02/1976 modifiant le code des marchés publics. JORA n° 20 du 09/03/1976. P230.

<sup>3</sup> JORA n°15 du 13/04/1982. P502.

<sup>4</sup> Les termes utilisés sont « réglementation des marchés de l'opérateur public ».

implicitement que certains marchés de l'opérateur public relevaient du droit public alors d'autres relevaient du droit privé<sup>1</sup>.

Puis, la promulgation du décret présidentiel n° 02-250 du 24 juillet 2002 portant réglementation des marchés publics qui reprend encore une fois la formule de marchés publics mais, met fin à la fois à toute ambiguïté dans l'interprétation des textes et à plusieurs années de pratiques dérogatoires au principe interdisant aux personnes morales de droit public d'avoir recours à l'arbitrage. Enfin, le dernier amendement en date apporté au code des marchés publics par le décret présidentiel n°15-247 du 16/09/2015<sup>2</sup>; à préciser que la multiplication de ces dérogations témoigne non seulement d'une évolution progressive de l'attitude, traditionnellement réservée voire hostile, des pouvoirs publics à l'égard la soumission à l'arbitrage des litiges intéressant les personnes publiques, mais encore de l'intérêt que suscite désormais l'arbitrage dans la sphère publique<sup>3</sup>.

En second lieu, il faut revenir sur la notion de marché public telle qu'énoncée dans l'article 1006/3 CPCA et pour cela, le nouveau code des marchés publics en fait une description très précise en son article 2 :

*« Les marchés publics sont des contrats écrits au sens de la législation en vigueur, passés à titre onéreux avec des opérateurs économiques, dans les conditions prévues dans le présent décret pour répondre à des*

<sup>1</sup> Cf. M. KOBTAN. Op cit. P52.

<sup>2</sup> Décret présidentiel n° 15-247 du 16/09/2015. JORA n°50, daté du 20/09/2015.

<sup>3</sup>. Voir synthèse des travaux du séminaire : ALGÉRIE ; les marchés publics et comment répondre aux appels d'offres. Organisé par UBIFRANCE le 16 juin 2008 à EUROMED. Marseille.

*besoins du service contractant, en matière de travaux, de fourniture, de services et d'études».*

L'intérêt de cette définition est qu'elle intègre une contrainte formelle ; le décret présidentiel impose, de la sorte, la procédure écrite ce qui ne semble pas superflu compte tenu des sommes énormes engagées et du fait que le contrat fait la loi des parties, l'engagement entre les personnes contractantes ne peut porter que sur les clauses prévues au contrat et uniquement celles-ci. Ceci oblige à bien définir le contenu des prestations objet du marché et également leurs modalités de réalisation.

Le service contractant est la personne publique contractante au sens de l'article 6 du même décret qui distingue entre :

- les organismes soumis, par nature, au code des marchés publics à savoir l'Etat et ses établissements publics à caractère administratif, les wilayas et les communes.

- les établissements publics soumis à la législation régissant les activités commerciales, lorsque ceux-ci sont chargés de la réalisation d'une opération financée totalement ou partiellement, sur concours temporaire ou définitif de l'Etat ou des collectivités territoriales.

Concernant l'objet du marché public, il est soit<sup>1</sup> : L'acquisition de fourniture, la réalisation des travaux, la prestation de services ou la réalisation d'études.

De prime abord, l'objet du marché public, tel qu'énoncé manque de précision dans la mesure où il est difficile de distinguer entre les différents objets

---

<sup>1</sup> Voir article 29 du décret présidentiel n°15-247.

énumérés. Ainsi le recours au code civil peut nous permettre de faire la distinction.

Pour distinguer les travaux des fournitures et des services, il suffit de faire la distinction entre le contrat de vente et le contrat d'entreprise. L'article 351 du code civil dispose que *«la vente est un contrat par lequel le vendeur s'oblige à transférer la propriété d'une chose ou tout autre droit patrimonial à l'acheteur qui doit en payer le prix »*.

Le contrat d'entreprise, terminologie moderne de la notion de contrat de louage d'ouvrage ou d'industrie, est *«le contrat par lequel l'une des parties s'oblige à exécuter un ouvrage ou à accomplir un travail moyennant une rémunération que l'autre partie s'engage à lui payer<sup>1</sup> »*.

Qu'est ce qui distingue fondamentalement ces deux types de contrat et en quoi leur différence peut-elle nous aider pour distinguer les différents objets des marchés ?

Leur différence vient de ce que dans le contrat de vente, une personne réalise une chose sans savoir à qui elle va la vendre, alors que dans le contrat d'entreprise, la personne réalise quelque chose sur demande expresse de quelqu'un. Cette distinction permet dans la majorité des cas de distinguer les marchés d'acquisition de fourniture des marchés de réalisation de travaux ou de prestation de service. Et on dit « majorité des cas » parce qu'il existe des marchés d'acquisition de fourniture qui ne sont pas des contrats de ventes, tels les marchés de location de biens. En résumé il y a un marché de fourniture lorsque l'objet de la

---

<sup>1</sup> Article 549 code civil.

transaction porte sur un produit standard par lequel le vendeur réalise " sa chose " sans savoir à qui il va la livrer.

Maintenant reste à différencier entre réalisation de travaux et prestation de services. La notion de marché de travaux est bien connue. Il s'agit de toutes les réalisations qui ont un ancrage dans le sol, se sont les marchés conclus avec des **entrepreneurs**, qui ont pour objet soit l'exécution, soit conjointement la conception et l'exécution d'un ouvrage ou de travaux de bâtiment ou de génie civil répondant à des besoins précisés par la personne morale contractante qui en exerce la maîtrise d'ouvrage<sup>1</sup>. Un ouvrage est le résultat d'un ensemble de travaux de bâtiment ou de génie civil destiné à remplir par lui-même une fonction économique ou technique. Quant à la prestation de services c'est tout ce qui n'est pas qualifié de travaux ou de fourniture ce qui comprend des prestations aussi variées que le nettoyage, la communication, la maîtrise d'œuvre... Le marché de prestation de service correspond à de la main d'œuvre sans concrétisation d'un ouvrage. Dans cette sous distinction il convient de placer tous les contrats de maintenance, les contrats d'entretien de locaux.

Pour les marchés de réalisation d'étude appelé aussi, marchés de prestation intellectuelle, ils font référence à la production de matière grise, de la réflexion pure tel que le marché pour faire une étude hydrogéologique ; Recherche d'une nouvelle ressource en eau souterraine ou encore l'étude géotechnique liée à la réalisation d'opérations d'infrastructures sur un réseau routier.

---

<sup>1</sup> CF. LINDITCH : Le droit des marchés publics. 4<sup>ème</sup> édition. DALLOZ. Paris, 2006. P24 et s.

Ainsi, suite au désengagement de l'Etat de la sphère économique, la prolifération des marchés publics, quelque soit leurs objets, sera amenée à être considérable. Car au-delà des contrats classiquement confiés aux entreprises privées, quelles soient nationales ou internationales, c'est désormais le cœur des missions, jadis administratives, qui est transféré contractuellement et le champ d'intervention du privé se retrouvera alors élargi et par voie de conséquence, le recours à l'arbitrage sera inévitable ce que confirment les dispositions de l'article 1006/3 CPCA et celles des articles 95 et 153/7 du code des marchés publics<sup>1</sup>. Evolution remarquable alors qu'historiquement, le débat sur l'arbitrage en droit public a essentiellement porté sur la question de la capacité des entreprises publiques économiques à compromettre, débat qui, aujourd'hui, a perdu de sa substance en raison des transformations statutaires qu'elles ont subies.

Remarquable aussi, la consécration par le nouveau droit de l'arbitrage commercial international d'une règle matérielle essentielle en matière internationale, à savoir l'aptitude de l'Etat et des personnes publiques à compromettre dans les litiges relatifs au commerce international. L'existence d'une règle matérielle admettant l'arbitrabilité des litiges impliquant un Etat est aussi une preuve quant à la modernité d'un système juridique et à son caractère attractif, pour preuve, les dispositions de l'article 975 CPCA qui stipulent que « *Les personnes visées à l'article 800 ci-dessus ne peuvent compromettre sauf dans les cas prévus par les conventions internationales que l'ALGERIE a ratifié ainsi qu'en matière de*

---

<sup>1</sup> Le paragraphe 11 de l'article 95/2 prévoit l'insertion obligatoire d'une clause de règlement des litiges et la loi applicable.

*marchés publics* », en sachant qu'il est question de plusieurs conventions bilatérales et multilatérales ratifiées à ce jour<sup>1</sup>.

La mission de l'Etat a aujourd'hui évolué, puisque l'Etat intervient aussi hors de l'espace de souveraineté en tant qu'opérateur du commerce international. Il devient de ce fait normal qu'il puisse, pour les litiges découlant du commerce international, être soumis au même juge auquel sont soumis les autres opérateurs du commerce international, à savoir l'arbitre. En effet, Si une personne publique estime, que l'arbitrage n'assure pas une défense adéquate des intérêts publics qu'elle représente, elle peut fort bien s'abstenir de donner son consentement. En revanche, dès lors que l'arbitrage a été accepté en connaissance de cause, il devient difficile de soutenir qu'en raison des intérêts publics dont elle a la charge, une personne publique devrait pouvoir échapper à l'arbitrage dont elle a pourtant librement convenu avec son partenaire.

D'ailleurs, pour les personnes privées qui contractent avec un Etat, l'arbitrabilité de ces litiges se révèle être une garantie essentielle accordée par cet Etat et un indice que ce dernier entend bien respecter ses engagements contractuels et ne pas user de ses prérogatives souveraines afin d'obtenir ce qu'il n'a pas pu obtenir par la négociation contractuelle. L'arbitrage est une garantie, et ce n'est pas nécessairement, de la part des partenaires privés, une défiance vis-à-vis de la justice de cet Etat et une présomption de partialité et de parti pris, mais une appréhension compréhensible face

---

<sup>1</sup> V. F.HOCINE : *Le droit algérien de l'arbitrage commercial international instrument d'incitation a l'investissement étranger. Revue critique de droit et sciences politiques. UMMTO. n°01, 2008. P59 et s.*

au juge d'un Etat, qui peut consciemment, ou même inconsciemment, être sensible aux thèses de son Etat, dans la justice duquel il est intégré.

## **CONCLUSION**

Le droit Algérien tente de conquérir l'arbitrage international : l'autonomie de la clause compromissoire par rapport au contrat principal ; sa validité sans condition de commercialité ; l'aptitude de l'Etat à compromettre ; les premiers pas de l'arbitrabilité des matières qui étaient auparavant d'ordre public<sup>1</sup>. Le législateur donne un satisfecit à ce mode de règlement des différends internationaux ; il édicte une réglementation minimale, essentiellement procédurale.

Mieux, en se contentant de prévoir les modalités de l'intervention des juridictions Algériennes, sans énoncer aucune règle relative à la convention d'arbitrage, et en renvoyant, pour le reste, à la volonté des parties et des arbitres, il invite le juge à poursuivre son œuvre en vue d'élaborer un régime spécifique de l'arbitrage international surtout en matière de capacité de compromettre. En effet, l'étude comparée des législations en vigueur, à l'instar de la législation algérienne, montre que le domaine de l'arbitrabilité est en permanente extension alors que le contrôle du respect par la sentence de l'ordre public est de plus en plus allégé.

---

<sup>1</sup> T. GOLOUBTCHIKOVA- ERNST : *L'extension de l'arbitrabilité dans l'arbitrage commercial international*. Article disponible sur : <mailto:tge@weissbergavocats.com>. 12 mars 2016. P11.