L'arbitrage commercial international

Par
Houria YESSAD
Maître-Assistante Chargée de cours
Faculté de droit
Université Mouloud Mammeri
Tizi-ouzou.

« il n'est pas, en dernière analyse, de paix sociale et économique – et de paix tout court- sans sécurité juridique et respect du droit, lesquels sont eux-mêmes inconcevables en dehors de recours juridictionnels organisés .

l'arbitrage international est appelé à occuper, parmi ceux-ci le premier rang » *.

Introduction

Il est courant de constater l'évolution des lois dans le temps et le développement des droits existants ou l'apparition de nouvelles réglementations en fonction des besoins de la société nationale ou internationale.

Le 17éme et le 18éme siècle ont vu le développement du droit maritime. Suite au développement de cette forme de

* - Carabiber Charles : l'arbitrage international de droit privé L.G.D.J. 1960.

commerce, le 19éme siècle a vu l'apparition de la responsabilité objective sans faute suite à la révolution industrielle et à l'apparition du machinisme et enfin le 20éme siècle a vu en outre l'apparition d'un nouveau droit, le droit aérien.

Il est de même de l'arbitrage, qui ne peut ignorer les transformations profondes du commerce international et son développement considérable depuis le début du siècle et surtout depuis la deuxième guerre mondiale. L'arbitrage a dû donc s'adapter aux nouvelles données du commerce international pour apporter au règlement des différends ce dont il avait besoin : rapidité, garantie et justice.

Et dans le contexte d'un droit commercial international en évolution continue, le règlement des différends est certainement un problème d'importance particulière pour lequel l'arbitrage conventionnel représente souvent la meilleure solution.

En effet, les avantages offerts par l'arbitrage sont nombreux, bien connus mais parfois idéalisés .Rapidité, caractère confidentiel, adaptabilité aux circonstances, confiance en vers les arbitres sont indubitablement des caractéristiques fondamentales recherchées dans les règlements des conflits du commerce international de façon à le rendre le plus indolore possible, cependant, pour éviter que ce système optimal ne se fonde que sur la bonne foi des parties intéressées, il faut impérativement que la convention arbitrale soit obligatoire et la sentence arbitrale exécutoire.

Car le recours à l'arbitrage, en matière international, permet d'écarter le respect de toutes les règles de procédures, que sont tenus d'observer les tribunaux nationaux, il permet aussi de respecter un formalisme allégé, car les droits de défense doivent malgré tout, y être respectés tels le principe du contradictoire et la nécessité d'un débat loyal.

- La médiation et la conciliation :

L'arbitrage n'est pas une médiation ni une conciliation. Dans la médiation et la conciliation, la décision de mettre fin au litige relève de la seule compétence des parties. Si un tiers intervient comme médiateur ou conciliateur, c'est pour aider les parties à instruire le dossier et le cas échéant, pour identifier les voies par les quelles un accord pourrait être proposé aux parties, mais il ne peut que proposer les termes d'un accord dont l'adoption relève de la seule volonté commune des parties qui demeure souveraine.

- Le caractère international de l'arbitrage :

Il n'existe pas de cohérence internationale de la définition du caractère international d'un arbitrage commercial. La convention de New-York de 1958 laisse place à une incertitude quant à son champ d'application. La loi type de la CNUDCI de 1985 énonce qu'un arbitrage est international si « les parties à une convention d'arbitrage ont, au moment de la conclusion de la convention, leur établissement dans des Etats

différents. La définition est déjà très large. La loi type continue en énonçant « ...ou bien un des lieux ci-après est situé hors de l'Etat dans lequel les parties ont leur établissement :

i)- Le lieu d'arbitrage, s'il est stipulé dans la convention d'arbitrage ou déterminé en vertu de cette convention ;

ii)- Tout lieu où doit être exécutée une partie substantielle des obligations issues de la relation commerciale ou le lieu avec lequel le différend a le lien le plus étroit.

iii)- ou enfin si les parties sont convenues que l'objet de la convention d'arbitrage a des liens avec plus d'un pays. »

La conception de la CNUDCI est trop large dans la mesure où elle laisse en définitive la qualification internationale à la disposition de la volonté des parties. Le caractère international de l'arbitrage ne dépend pas de la volonté des parties , et la nationalité des parties n'a aucune incidence sur la qualification internationale de l'arbitrage.

Mais le caractère international l'arbitrage dépend de la nature de l'opération économique qui est à l'origine du litige.

Pour la cour de Paris, le caractère international doit être déterminé en fonction de la réalité du processus économique à l'occasion duquel il est recherché ; il suffit que l'opération réalise un transfert de biens, de services ou de fonds à travers les frontières .Sont à contrario inopérants la nationalité des

parties, la loi applicable au contrat ou à l'arbitrage, ainsi que le lieu de l'arbitrage [1].

Ce critère, instauré et suivi en droit français , est adopté par l'Algérie et certains pays arabes (La Tunisie, L'Egypte, Oman , Le Liban) qui attachent un intérêt à la qualification de l'internationalité .Toutefois le législateur algérien (égyptien, tunisien, omanais) opte également pour un second critère fondé sur des éléments juridiques qui élargissent l' internationalité de manière contestable.

Ainsi l'arbitrage en Algérie (ainsi qu'en Egypte,Tunisie, Oman) est international si :

1)-le lieu de l'arbitrage, stipulé dans la convention d'arbitrage ou déterminé en vertu de cette convention, est situé hors de l'Etat dans lequel les parties ont leur établissement ,

2)- les parties sont convenues expressément que l'objet de la convention d'arbitrage a des liens avec plus d'un pays ,

3)- les deux parties à l'arbitrage se sont mises d'accord pour avoir recours à une organisation permanente d'arbitrage [2].

Section1 : Evolution de l'arbitrage

Dans les sociétés les plus primitives, la façon de trancher les litiges par le biais de l'arbitrage fut probablement la seule alternative au recours à la force. Dans les groupes à peine plus

[1] - Vidal Dominique, droit français de l'arbitrage commercial international, ed. bilingue, Gualino, édition .E.J.A, Paris, P 24 et suiv.

[2] - Nathalie Najjar , l'arbitrage dans les pays arabes faces aux exigences du commerce international, L.G.D.J., Paris, 2004, Pp 3-4.

évolués, le règlement des différends était confié à une ou plusieurs personnes choisies par le groupe afin de former un organe d'administration de la justice. La résolution par les parties en litige de se soumettre quelle qu' en soit la raison, à la décision d'un tiers autre que le juge officiel du groupe, relève de l'arbitrage qui devient ainsi la forme alternative de règlement des différends, la méthode privée par opposition à la méthode publique.

La première source de l'arbitrage est donc une source privée : elle consiste en la résolution par les parties de régler leur différend en appelant la décision finale d'un tiers choisi par elles- mêmes et selon une procédure établie à l'avance. Etant donné cette nature privée, il est évident que l'exécution de la sentence arbitrale était elle aussi totalement laissée à la volonté des parties.

Bien que l'arbitrage soit ancien, se fit le droit romain qui donna au compromis son individualité juridique. Si, en droit romain classique , l'accord d'arbitrage n'était considéré comme ét&nt productif ni d'obligation ni d'action, sous Justinien, le compromissum trouva finalement sa place parmi les conventions reconnues comme étant contraignantes.

L'Islam , à son tour, a adopté une position claire et explicite en matière d'arbitrage. La validité de l'arbitrage a été reconnue par le Coran dans le verset 58 de la sourate des femmes qui consacre le principe : « Dieu vous prescrit de restituer les dépôts à leur propriétaires et de juger avec équité quand vous arbitrez

entre vos semblables. Excellente (mission) à laquelle Dieu vous convie. Dieu entend et voit tout ».

Le prophète (SSL) lui-même reconnaissait l'arbitrage, il avait, dans une affaire désigné un arbitre et accepté la sentence rendue par ce dernier, (l'arbitre était une homme nommé Al Aouar ben bouchama El-anbari) de même qu'il avait conseillé à une tribu (Beni Quarnata) de faire arbitrer leur querelles. Les Califes Rachidins en firent de même en ce qui concerne les litiges portants sur leurs biens.

La Sunna devait confirmer l'usage de cet arbitrage et les compagnons du prophète étaient unanimes à reconnaître sa validité.

Mais l'arbitrage est une institution qui remonte à la jahiliyya ou période de l'ignorance antérieure à l'Islam. Contrairement aux empires romain et perse, fondés sur la notion d'Etat, le système politique dans la péninsule arabique était, dans l'ante-islam fondé sur l'organisation tribale ; chaque tribu était dirigée par un cheikh. Et pour éviter les recours excessifs à la force, les arabes de l'ante-islam faisaient appel à leur chef ou à des membres de leur tribu pour la résolution des litiges.

Les parties, ainsi, désignaient un hakam ou un arbitre présentant certaines qualités personnelles. Ce dernier, après avoir entendu les parties de manière contradictoire, tranchait le litige sur la base de sa propre notion de l'équité et de la justice.

Et la partie perdante, devait se plier à la sentence rendue sous peine d'exigibilité de la garantie[3].

Ss1 :L'adaptation de l'arbitrage aux nouvelles données du commerce international :

Les transformations apparues sur le plan matériel ont été accompagnées de transformations profondes sur le plan politique international.

Le commerce au sens étroit du terme était limité aux pays développés ou industrialisés et à leurs sujets et ressortissants à la recherche du profit et d'une justice rapide qui répondent à des intérêts certes divergents mais relevant de la même doctrine économique libérale.

Mais l'après guerre a vu naître des systèmes politico-économiques différents :

- D'une part, les pays socialistes dans lesquels le commerce extérieur constitue un monopole de l'Etat et qui n'avaient pas confiance dans la justice libérale ;
- D'autre part les pays du tiers monde liés aux pays industrialisés par un mouvement d'investissement considérable, et dont le rôle devient de plus en plus grand en procurant aux pays industrialisés la main d'œuvre et la matière première pour obtenir en échange la technologie et l'industrie et sortir ainsi de leur sous- développement. Ces pays sont devenus ainsi à leur

[3] - Nathalie Najjar, opcit. Pp 31-33.

tour une force économique dont il fallait tenir compte. Tel fut le cas par exemple des pays d'Amérique latine et les pays Arabes.

Face à ces bouleversements, l'arbitrage international devait s'adapter et rechercha la conciliation de tous les intérêts en présence et gagner la confiance de toutes les parties prenantes dans le commerce international.

Ces bouleversements économiques, politiques et juridiques ont abouti à confirmer à l'arbitrage les caractéristiques essentielles suivantes :

- Les doctrines, jurisprudence et législations dans le monde reconnaissent désormais la distinction fondamentale entre l'arbitrage international et l'arbitrage interne.
- L'arbitrage était jadis issu principalement de conventions d'arbitrage conclues après la naissance du litige (compromis) alors qu'actuellement la clause compromissoire (conclue avant la naissance de litige) est devenu un usage dans les contrats de commerce international.
- Si l'arbitrage prédominant avant la première guerre mondiale était l'arbitrage adhoc (organisé par les parties au contrat), l'arbitrage institutionnel a acquis aujourd'hui une importance beaucoup plus grande dans les rapports de droit privé.

L'arbitrage est devenu aujourd'hui le principal recours pour la solution des différends relatifs aux contrats de vente internationale et les juridictions étatiques n'ont plus qu'un rôle secondaire.

De nombreux pays ont compris l'importance du rôle de l'arbitrage international et la concurrence est grande entre les pays pour faire atterrir l'arbitrage sur leur territoire.

C'est ainsi que la France a modifié son système d'arbitrage : le nouveau régime distingue entre l'arbitrage international et l'arbitrage interne et confère au premier lorsque il se déroule sur son territoire une marge de liberté et souplesse qui n'est pas admise pour le second.

De même l'Angleterre, la Belgique et la Suisse ont modifié leur loi pour faciliter l'arbitrage international et divers autres pays Européens se préparent pour adopter une position analogue.

Ce phénomène ne se retrouve pas seulement dans les pays industrialisés mais également dans les pays du tiers-monde et notamment les pays arabes où une série de lois d'arbitrage furent promulguées telles que les lois Saoudienne, Omanaise, Yéménite, Libanaise et que d'autres s'y préparent également comme l'Egypte où un projet de loi sur l'arbitrage international, prenant comme modèle le règlement d'arbitrage de la CNUDCI (Commission des Nations Unies pour le droit du commerce international) est actuellement à l'étude [4].

SS2 : L'arbitrage en Algérie

[4] - Nathalie Najjar, opcit, Pp.35-39.

L'Algérie était depuis l'indépendance, hostile à l'égard de l'arbitrage international qu'elle n'acceptait qu'avec beaucoup de réticence.

Cette hostilité s'explique par les faits suivants :

- Avant l'indépendance, les litiges pétroliers relevaient, selon la loi applicable, de la compétence du conseil d'Etat Français.

Il était donc supposé qu'ils relèvent après l'indépendance, de la compétence de la cour suprême Algérienne, mais, les deux accords pétroliers successivement conclus avec la France le 26 juin 1963 et le 29 juillet 1965 ont permis de soumettre à l'arbitrage tous les litiges qui pourraient naître à l'occasion de leur exécution.

Ils marquent le point culminant des atteintes à la souveraineté nationale qui sont d'ailleurs à l'origine du refus de l'Algérie de participer dans un premier temps et à son rejet pur et simple dans un second temps.

Après son indépendance, l'Algérie s'est donc trouvé contrainte de recourir à l'arbitrage international, elle le subissait mais ne pouvait faire autrement, la pratique admettant, dans la majorité des contrats internationaux, le recours à ce mode de règlement de différends [5].

L'Algérie a du accepter (au plutôt subi) l'arbitrage international dans beaucoup des contrats commerciaux internationaux.

[5] - Zahi Amor , l'Etat et l'arbitrage , étude comparée, thèse pour le doctorat d'Etat soutenue en 1979,université d'Orléans ,Pp.291 et 295.

Ainsi sur dix sept contrats de ce genre, dix comportent une clause compromissoire renvoyant à l'arbitrage de la chambre de commerce internationale et quatre seulement prévoient la soumission des litiges aux tribunaux judiciaires dont trois aux juridictions Algériennes et un aux juridictions Anglaises [6].

L'analyse de dix contrats comportant une clause compromissoire révèle que :

* Sept (7) d'entre eux désignent la Suisse comme lieu d'arbitrage (4 à Genève, 2 à Zurich et 1 à Lausanne)

* Deux autres désignent l'Algérie comme lieu d'arbitrage.

* Une seule désigne Rome [7].

Il faut remarquer que les parties Algériennes dans les contrats de commerce international sont toujours des personnes publiques car le commerce extérieur était exclusivement détenu en Algérie par l'Etat à travers les sociétés nationales lui appartenant. Toutefois la méfiance éprouvée par l'Algérie à l'égard de l'arbitrage International a commencé cependant à se dissiper. L'Algérie a ratifié certaines conventions internationales et conclu des conventions bilatérales comportant un recours à l'arbitrage, comme la convention de Berne de 1961 relative au transport des voyageurs ; bagages par les chemins de fer qui soumet les litiges s'y rapportant à l'arbitrage. Mais la dissipation de la crise est illustrée par deux indices importants qui sont :

[6] - Ibid, . p.295.

* La parution d'une circulaire ministérielle en 1982 autorisant les personnes publiques à compromettre dans les contrats internationaux.

* La conclusion de la convention Franco-algérienne de 1983 qui prévoit le recours à l'arbitrage.

Cette convention s'inscrit dans le cadre général de l'organisation par l'Algérie et la France de leurs rapports économiques et de leur coopération et a fait de l'arbitrage un mode de règlement des litiges nés de l'exécution des contrats commerciaux entre les deux pays. Elle illustre une volonté de compromis de deux Etats. Elle s'inspire des principes du droit de l'arbitrage forgés notamment par les institutions permanentes (CCI, chambre de commerce internationale) et des règles élaborées dans le cadre de la CNUDCI (commission des Nations Unies pour le droit du commerce international).

Mais il aura fallu attendre 1993, soit trois décennies après l'accession de l'Algérie à l'indépendance pour que le législateur se résolve enfin à adopter une loi sur l'arbitrage commercial international. Pendant trente (30) années, le seul cadre juridique au sein duquel l'arbitrage comme mode de règlement , avait vocation à se déployer , était le code de procédure civile du 6 juin 1966 qui, dans son ensemble, était réservé à l'arbitrage interne et ne souffle mot à propos de

[7] - Mohand Issad, le nouveau droit algérien de l'arbitrage international, actes du séminaire sur l'arbitrage commercial, organisé par la chambre nationale de commerce, Alger, 14 et 15 décembre 1992, P 69-70.

l'arbitrage commercial international. Mais, dans le même temps, les entreprises publiques et les autres personnes morales publiques (essentiellement l'Etat et les wilayas) inséraient dans leurs contrats avec les entités étrangères des clauses d'arbitrage qui tantôt prévoyaient la mise en place d'un tribunal adhoc, tantôt se référaient à une institution d'arbitrage (CCI le plus souvent). Les personnes morales de droit public faisaient ainsi violation de l'article 442 alinéa 3 du code de procédure civile qui, pour des raisons socio - culturelles et également politique, leur interdisaient formellement de compromettre dans leurs relations internationales. Un nouveau texte composé des articles 458 bis à 458 bis 28 intitulé « les dispositions particulières à l'arbitrage commercial international » supprime l'interdiction de compromettre qui pesait sur l'Etat et les personnes morales du droit public. Ainsi le nouveau décret législatif du 25 avril 1993 modifiant et complétant l'ordonnance n°66-154 du 6 juin 1966 portant code de procédure civile met le droit algérien au même niveau des législations contemporaines, et comme il n'y a plus grand chose à inventer en matière d'arbitrage commercial international, le texte algérien est un composé des lois française et suisse. En tenant compte que l'Algérie a ratifié la convention de New-York du 10 juin 1958 concernant la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales en 1988 [8].

[8] - Loi n° 88-18 du 18 Juillet 1988 portant adhésion, avec deux réserves permises par l'article 1.3 de la convention : réciprocité et caractère commercial du litige.

Cette convention a été qualifiée par d'éminents auteurs de « pilier le plus important » sur lequel repose l'édifice de l'arbitrage international et de convention qui pourrait, peut être , prétendre fournir l'exemple le plus efficace de législation internationale de toute l'histoire du droit commercial.

Section 2 : Les différentes formes d'arbitrage

La liberté reconnue aux parties de conclure une convention d'arbitrage peut-être mise en œuvre par un recours soit à l'arbitrage « Adhoc » soit à l'arbitrage « institutionnel »

SS1 : Arbitrage ADHOC :

Le règlement d'arbitrage de la CNUDCI, en raison de sa large utilisation internationale, est une illustration significative des efforts tentés pour concilier, lors de la constitution d'un tribunal arbitral ad hoc, souplesse et efficacité.

Le règlement d'arbitrage de la CNUDCI (1985) était destiné aux opérateurs du commerce international qui éprouvaient des difficultés à s'entendre dans leurs contrats , sur le choix d'un centre permanent d'arbitrage. En leur proposant un système d'arbitrage adhoc élaboré par des experts de tous horizons, et universellement acceptable, la CNUDCI combla une lacune importante, et son règlement d'arbitrage connut un grand succès dans la pratique.

On a recours à cet arbitrage lorsque la clause d'arbitrage du contrat d'origine entre les contractants prévoit un arbitrage sans désigner d'institution d'arbitrage.

La constitution d'un tribunal arbitral est une exclusivité des parties. Ces derniers sont libres de choisir sa composition , de fixer le nombre des arbitres, de déterminer les qualifications requises et les modalités de leur désignation. Cette liberté est un facteur de souplesse et permet aux parties d'adapter à leur guise la constitution du tribunal arbitral aux particularités de chaque litige.

A/- Les avantages de l'arbitrage « ADHOC »

Ce sont les parties au contrat elles-mêmes qui doivent organiser aussi bien la constitution que le fonctionnement de cette juridiction.

Elles désignent :

* Le lieu ou le siége de cette juridiction
* Droit applicable au fond du litige et le droit procédurale
* Les modalités de délibérations et d'exécution de la sentence arbitrale.

B/-Les inconvénients de l'arbitrage « Adhoc »

L'inconvénient majeur, c'est la rédaction incomplète et insuffisamment précise de la clause compromissoire, c'est pour cette raison que le législateur autorise le juge étatique compétant à intervenir pour la sauvegarde de l'efficacité la clause compromissoire.

SS2 : L'arbitrage institutionnel ou assisté :

L'arbitrage institutionnel se déroule conformément à un règlement élaboré et mis en œuvre par un centre permanent d'arbitrage, tels que la CCI (chambre de commerce internationale) et la CNUDCI (commission des Nations unies pour le droit du commerce international).Ses caractéristiques, ses avantages et ses inconvénients sont inverses de ceux de l'arbitrage adhoc .

A /- Les avantages de l'arbitrage institutionnel :

Les parties se contentent par le biais de leur clause compromissoire ou le compromis de faire référence à un règlement d'arbitrage déterminé, elles n'ont donc pas à se préoccuper de l'organisation de cet arbitrage, par contre le centre permanent saisi par les parties, a la compétence à encadrer cet arbitrage.

L'avantage majeur de l'arbitrage international est l'existence d'une surveillance de la régularité de l'instance et de l'efficacité de la sentence.

B/- Les inconvénients :

Le principal inconvénient est que l'arbitrage institutionnel coûte cher.

Pour les pays de tiers monde, l'inconvénient, est la localisation dans les pays développés de la plupart de ces centres et l'influence que ces Etats peuvent indirectement y exercer au détriment de leurs intérêts (les pays du tiers monde).

Section 3 : La convention d'arbitrage :

La convention d'arbitrage est une convention à part entière dont l'objet propre est le règlement de certains litiges. Par cette convention, les parties prennent un engagement ou, bien le consentement de soumettre à l'arbitrage, soit un litige né (actuel) soit un litige futur.

Cette convention doit être susceptible d'exécution forcée autrement ce serait une simple déclaration d'intention. Elle constitue la source des pouvoirs du tribunal arbitral, c'est-à-dire que ses pouvoirs sont conférés principalement par les parties, elles peuvent décider du nombre d'arbitres qui constitueront le tribunal arbitral, la loi applicable au fond de litige entre autres. Ce mode d'attribution conventionnelle de compétence est parfaitement adapté aux besoins des relations internationales puisque, outre la liberté qu'il offre aux parties , professionnels du commerce international, il permet d'arriver assez efficacement à des solutions qui correspondent aux exigences de la pratique des affaires [9].

Ss I. La validité de la convention d'arbitrage

Pour qu'une convention d'arbitrage soit efficace qu'elle soit valable au regard de l'article 2/1 de la convention de New – York , elle doit remplir des conditions que tout contractant doit respecter et s'engager à reconnaître et à faire exécuter ces

conditions, on va les étudier séparément en distinguant les conditions de fond de validité des conditions de forme.

A/ Les conditions de fond :

a/- La capacité : Les parties à un contrat doivent avoir la capacité juridique de conclure un contrat, qui autrement n'est pas valable.

La convention de New York a tenu compte de la capacité des parties, l'article 2/3 de la convention stipule que la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales pourront être refusées ou annulées si les parties à la convention étaient frappés d'une incapacité tels que les mineurs et les faillis non réhabilités.

b/- L'arbitralité

L'arbitralité concerne à savoir si un litige est susceptible d'être réglé par voie d'arbitrage. A ce propos, l'article 42/1 de code de procédure civile Algérien stipule que toute personne peut compromettre sur les biens dont elle a libre disposition, sauf dans les obligations alimentaires, les droits successoraux, de logements et vêtement.

Cette considération, qui procède d'un souci de protection de l'intérêt général alors que la nécessité d'un consentement sain et éclairé est destiné à assurer la protection de la partie qui s'engage à recourir à l'arbitrage, est connue sous le terme d'arbitralité. L'expression est parfois entendue de façon plus

[9] - Céline Duquenne ,, l'autonomie de la clause compromissoire en droit du commerce international, bibliothèque nationale du Canada, 2000, Pp 2-3.

large, englobant la question de l'existence et la validité du consentement à l'arbitrage [10].

B/ Les conditions de forme

En ce qui concerne la forme, le législateur algérien prévoit en s'inspirant de l'article 178/1 de la loi Suisse (code de procédure) que la convention d'arbitrage « doit à peine de nullité être passée par écrit » repris dans l'article 458 bis 1alinéa 2 du code de procédure civile Algérien.

Cette exigence formelle est conforme à l'esprit de l'article 2 de la convention de New York, qui exige la forme écrite en le définissant largement comme « chacun des Etats contractants, reconnaît la convention écrite par laquelle les parties s'obligent à soumettre à un arbitrage tous les différends ou certains différends qui se sont élevés ou pourraient s'élever entre elles au sujet d'un rapport de droit déterminé, contractuel ou non contractuel, portant sur une question susceptible d'être réglée par voie d'arbitrage ».

Comme elle vise, d'ailleurs à tenir compte de l'évolution technologique des moyens de télécommunication, en effet l'exigence d'un écrit est indispensable pour valider une clause compromissoire ou un compromis et obtenir la reconnaissance et l'exécution d'une sentence.

Dans l'affaire CASSIA dans lesquelles les parties s'opposaient sur la validité en la forme de la convention d'arbitrage, la cour d'appel de Paris, puis la cour de cassation

[10] - Fouchard (Ph), Gaillard (E), Goldman (B), traité de l'arbitrage

elle-même, n'ont pas tiré du principe d'autonomie de la convention d'arbitrage toutes les conséquences qui auraient dû en découler. Le litige opposait une société libanaise (CASSIA) et une société pakistanaise à une société de l'émirat de Sharjah (PIA) au sujet de l'exécution d'un contrat d'architecture relatif à l'extension du stade de Karachi. Ce contrat indiquait avoir été conclu dans cette ville mais n'était pas daté et ne comportait que les initiales des parties en bas de page. La société libanaise a prétendu se prévaloir de la clause d'arbitrage (clause compromissoire) CCI qui était insérée. Le tribunal arbitral , statuant par une sentence préliminaire du 25 septembre 1986, a constaté l'existence de l'échange des consentements de recourir à l'arbitrage et retenir sa compétence.

Par arrêt du 26 février 1988, la cour d'appel de Paris a annulé cette décision au motif que : « si en matière d'arbitrage international, l'accord compromissoire présente une complète autonomie par rapport au contrat dans lequel il se trouve inclus, sa validité doit être appréciée en fonction de la règle de conflit déterminant le droit applicable, en cas d'inexistence alléguée de la convention pour défaut de formation du contrat, comme en l'espèce.. »

Elle a jugé que tant le lieu d'exécution que le lieu de formation du contrat conduisent « à rattacher au Pakistan le centre de gravité des relations entre les parties, bien que les paiements d'honoraires aient lieu au Liban où se trouvent

commercial international, Litec, Paris, 1996, P32.

domiciliés les architectes » et conclut au vue d'un certificat de coutume, que « le fait que les parties sachant parfaitement les formalités requises pour l'établissement d'un contrat en bonne et due forme au Pakistan : timbre, date, signature, qualité pour agir de la personne ayant apposé son paraphe, ne se soient pas conformées à de telles exigences, établit qu'elles n'entendaient pas faire du document en question un contrat liant les parties et, qu'en conséquence, il ne saurait y avoir d'accord valide de soumettre à l'arbitrage tout litige à naitre des termes dudit contrat ».

Le 10 juillet 1990, la cour de cassation a rejeté le pourvoi formé à l'encontre de cette décision au motif qu' : « en matière d'arbitrage international, l'autonomie de la clause compromissoire trouve sa limite dans l'existence, en la forme, de la convention principale qui contiendrait la clause invoquée ; que cette existence doit nécessairement s'apprécier d'après la loi qui, selon les principes du droit international privé, régit la forme de la convention ; que l'arrêt attaqué, après avoir rappelé le principe d'autonomie, a légitimement apprécié l'existence de la clause compromissoire en fonction d'une loi étatique désignée par la règle de conflit sans encourir les griefs du moyen (selon lequel les conditions de formation de la convention d'arbitrage devaient s'apprécier abstraction faite de celles du

contrat principal et par référence aux seuls usages du commerce international [11].

Ss2. Les différentes catégories de convention :

Comme on l'a déjà cité, que la convention d'arbitrage, les parties prennent l'engagement de soumettre à l'arbitrage, soit un litige « actuel » (né), on parle du compromis, soit d'un litige futur donc on est devant une clause compromissoire incluse dans le contrat.

Il existe deux catégories de conventions, la clause compromissoire et le compromis.

A/ La clause compromissoire (d'arbitrage)

La clause d'arbitrage est la clause par laquelle, les contractants décidant de soumettre leurs litiges éventuels à l'arbitrage, s'engagent à l'avance à signer le jour de la conclusion de contrat une clause (à la différence de compromis). Cette clause se réfère à un procès éventuel. A cette clause, est associé un principe d'autonomie, principe qui recouvre deux réalités : d'une part, l'autonomie de la clause compromissoire par rapport au contrat principal qui la contient , et d'autre part, l'autonomie de la clause compromissoire à l'égard de la loi étatique.

[11] Moitry et Vergne, observations approbatives in revue arbitrale, n°851 du 1er décembre 1990, P 26-30.

La première réalité celle de l'autonomie matérielle de la clause stipulant l'arbitrage par rapport au contrat qui la contient. Cette autonomie , qualifiée également d'indépendance consiste à voir, dans

la clause compromissoire, une disposition qui, bien qu'intégrée matériellement à un contrat, vient parfois à s'en détacher pour les besoins de sa mise en œuvre.

Une seconde réalité a fait son apparition plus récemment : il s'agit, cette fois, de l'autonomie de la clause par rapport à « toute loi étatique ».

Cette nouvelle conception du principe d'autonomie diffère totalement de l'approche traditionnelle : il n'est plus question du contrat principal, mais de la soumission de la norme à un droit.

La loi applicable était, depuis longtemps, déterminée par la méthode de conflits de lois ; on pouvait alors juger de la validité et de l'existence de la clause en question, grâce à la loi ainsi désignée.

Et la clause insérée dans le contrat permet :

- L'intervention des arbitres lors des litiges.
- De prévoir le remplacement de ces derniers dans les cas suivants :
  * Le décès d'un arbitre.
  * Sa démission.
  * Son incapacité ou son indisponibilité.

La rédaction de la clause d'arbitrage doit être dénuée de toute ambiguïté et doit être rédigée de façon claire pour ne pas bloquer l'arbitre [12].

B/- Le compromis

Le compromis est un contrat par lequel deux ou plusieurs personnes conviennent que leur différend sera porté non devant une juridiction étatique ordinaire, mais devant un ou plusieurs arbitres de leur choix.

Le compromis a le même objectif qu'une clause arbitrage, la principale différence est que la procédure à suivre par le tribunal est fixée bien plus en détail dans un compromis. Les principales conditions que la loi exige dans la rédaction du compromis sont :

- Le compromis doit être constaté par écrit ;
- Définition des litiges soumis à l'arbitrage ;
- Constitution du tribunal arbitral ;
- Modalités de remplacement des arbitres.
- Indication du droit applicable
- Le lieu d'arbitrage et la langue utilisée.
- Les dispositions sur les frais.

Telles sont les précautions prises par la loi lors de la rédaction d'un compromis.

La convention d'arbitrage remplis plusieurs fonctions. La plus importante est de montrer que les parties ont consenti à régler leurs litiges par voie d'arbitrage. Cet élément de

[12] - Celine Duquenne , opcit, P.2 et 27.

consentement est essentiel, car on considère qu'une procédure arbitrale comme une expression de la volonté.

Comme tout autre contrat, une convention d'arbitrage, doit être susceptible d'exécution forcée, autrement ce serait une simple déclaration d'intention, qui bien qu'elle engage moralement reste dépourvue de sanction.

La convention d'arbitrage est source des compromis du tribunal arbitral. Ses pouvoirs sont conférés principalement par les parties dans la convention.

Lorsqu'une convention d'arbitrage est contenue dans un compromis, les parties doivent choisir expressément la loi applicable à la convention, autrement il pourra s'avérer nécessaire que ce soit le tribunal arbitral lui-même qui la détermine. Dans la mesure ou elle constitue l'un des éléments nécessaire pour statuer sur le litige, à moins que ce ne soit le tribunal étatique compétent, si la sentence fait l'objet d'un recours en annulation ou d'une opposition à sa reconnaissance ou à son exécution.

Par ailleurs l'un des motifs d'annulation d'une sentence est le défaut de validité de la convention d'arbitrage. Sur ce point l'article 458 bis du code de procédure civile algérien prévoit qu'une Convention d'arbitrage est valable de fond si elle répond aux conditions que pose le droit choisi par les parties, soit le droit régissant l'objet du litige, notamment le droit applicable au contrat.

Section 3 : L'organisation de l'arbitrage

La procédure de constitution d'un tribunal arbitral peut être courte, simple ou longue. Les parties décidées de soumettre leurs litiges à l'arbitrage, doivent entreprendre sans tarder les demandes nécessaires pour constituer le tribunal arbitral.

Ce sont généralement des personnes de nationalités différentes et présentant des qualités fortes, qui peuvent être appelées à siéger comme arbitres.

Avant de choisir un tribunal arbitral, il faut tout d'abord se préoccuper de certaines questions que ce choix implique celles concernant le nombre d'arbitres. En effet un tribunal peut être constitué d'un ou plusieurs arbitres [13].

Le règlement de la chambre de commerce international prévoit « si les parties n'ont pas fixé d'un commun accord le nombre, il sera désigné un arbitre unique. Et le recours à un arbitre unique offre des avantages comme, il permet d'accélérer la résolution du litige, même si tout le poids du procès pèse sur une seule personne, le coût est moins cher, car les parties n'auront à supporter que les frais et les honoraires d'un seul arbitre et la possibilité d'avoir plusieurs arbitres, en elle-même un avantage qu'offre le recours à un collège arbitral, les arbitres se compléteront et seront certainement plus en mesure d'apprendre toutes les données des problèmes.

[13] - Chatillon (S) : Droit des affaires internationales, Vuibert, 2 éme édition, 2000, P. 258

Un autre avantage, il y a forte probabilité pour que l'un des arbitres ait une bonne connaissance de droit applicable au fond du litige.

Le dernier avantage, qui plaide en faveur de la pluralité des arbitres, découle de ce que les différends qui sont soumis à l'arbitrage commercial international sont de plus en plus complexe et mettent souvent en jeu des intérêts considérables, dans ce cas, plusieurs arbitres sont certainement plus à l'aise puisque cette responsabilité est partagé entre ses membres.

Il est de plus en plus courant de soumettre les litiges du commerce international à un tribunal composé de trois (3) arbitres. Chaque partie, en général, a le droit de choisir les sien, tandis que le troisième est désigné par les premiers, de cette façon, les parties auront plus d'avantages [14]

Les parties peuvent directement, ou par référence à un règlement d'arbitrage, designer, le ou les arbitres ou, prévoir les modalités de leur désignation, ainsi que celles de leur révocation ou remplacement. La nomination des arbitres peut être effectuée selon deux modalités différentes, selon l'option des parties en faveur d'un arbitrage adhoc ou d'un arbitrage institutionnel (assisté).

Dans l'arbitrage adhoc, la constitution et le fonctionnement dépend de la commune volonté des parties au moment de la signature de la convention .

[14] - Delebecque (Ph) , Jacquet (J.M), droit du commerce international, 2éme édition, Dalloz, 1994, Pp 376-377.

Dans l'arbitrage institutionnel, les institutions d'arbitrages ont le pouvoir de désigner des arbitres selon leur propre règlement d'arbitrage. Elles détiennent un fichier des personnes qui interviennent comme arbitre dans les arbitrages internationaux et pour que ces arbitres soient désignés, ils doivent avoir des qualités pour être qualifiés comme telle.

La règle générale qui doit être observée dans la pratique de l'arbitrage commercial international est ce que l'arbitre doit avoir la capacité juridique pour exercer cette fonction. Certaines législations imposent des restrictions aux choix des arbitres, selon la nature du différend survenu entre les parties.

En Espagne, il existe une disposition selon laquelle « si le différend est d'ordre juridique, un juriste doit être désigné comme arbitre pour la raison que les questions de procédure ou de conflit de loi se posent fréquemment et un juriste ayant de l'expérience est bien placé pour les traités que quelqu'un de qualifié dans un autre domaine ; en ce qui concerne les deux autres membres, il n'y a pas de raison qu'ils soient aussi des juristes.

Il est souhaitable qu'un arbitre ait une connaissance pratique suffisante de la langue qui doit être utilisée dans l'arbitrage ; dans le cas contraire, il faudra faire appel à un interprète qui traduira les procédures [15].

Il est essentiel de comprendre la relation qui existe entre l'instance arbitrale et les législations nationales, le genre de

[15] - Chatillon (S), Droits des affaires internationales , Op.cit. Pp .258 – 259.

relation peut intervenir à n'importe qu'elle étape de l'instance arbitrale.

Au début d'un arbitrage, il peut s'avérer nécessaire de demander à un tribunal de faire exécuter la convention d'arbitrage ou de désigner le tribunal arbitral, lorsque une sentence a été rendu, les tribunaux nationaux peuvent, intervenir à la demande des parties, soit pour annuler la sentence si elle est contestée, par la partie succombant, soit par la faire exécuter, en faveur de la partie triomphante [16].

Section 4 : La sentence arbitrale

Le terme « sentence » constitue la finalité et l'ultime étape de la procédure arbitrale. Elle doit contenir les mentions habituelles des jugements, on doit y trouver en principe, les conclusions des parties, les motifs, la date du prononcé ainsi que lieu de rédaction.

Lorsque le tribunal arbitral est constitué d'un seul arbitre, la sentence est rendue par l'arbitre unique, comme elle peut être rendue à la majorité lorsque le tribunal est constitué de plusieurs membres

Cette sentence doit être rendue par le tribunal arbitral dans un délai de six (06) mois. Le délai court soit du jour où la dernière signature du tribunal arbitral ou des parties a été apposée sur l'acte de mission, soit à compter de la date de notification du

[16] - El Ahdab (Ab.hamid), L'arbitrage dans les pays arabes, éd. Economica , 1988, p.260.

tribunal arbitral par la secrétariat de l'approbation de l'acte de mission par la cour arbitrale.

Avant de signer toute sentence, le tribunal arbitral doit en soumettre le projet à la cour, celle-ci peut inscrire des modifications de forme. Aucune sentence ne peut être rendue par le tribunal arbitral sans avoir été approuvée en la forme par la cour.

Ss1 : la règle de décision au fond

L'arbitrage dispose d'une certaine liberté par rapport aux autres modes juridictionnels de règlement des litiges tel le mode judiciaire auquel est imposé par la volonté législative l'application d'une loi prédéterminée.

Cette liberté se caractérise par la possibilité d'exercer un choix.

A/ Le choix de la règle de décision

L'arbitre tranche le litige conformément aux règles de droit que les parties ont choisies. L'arbitre peut tenir compte dans tous les cas des usages du commerce ce qui , en y ajoutant l'ordre public international, constitue un corps de principes fondamentaux applicables .

Dans leur acceptation classique, les usages du commerce international et dont les arbitres doivent « dans tous les cas » tenir compte désignent les pratiques habituellement suivies dans une branche d'activité déterminée [17].

[17] - Dominique Vidal, Opcit, p.235.

Ils ont un statut nominatif inferieur à celui de la règle juridique, ils n'ont aucune vocation à écarter ou remplacer la règle juridique déterminée.

B/- Les règles de décision selon la lex mercatoria :

La lex mercatoria a fait l'objet d'une controverse, c'est une catégorie ouverte, au contenu variable et dont la terminologie est flottante : règles transnationales, droit a-national, règles a-nationales, usages du commerce international etc..

Ces définitions peuvent correspondre à des acceptations différentes de la notion ; mais elles ont toutes un point commun au regard duquel on peut observer une certaine dualité de la lex mercatoria.

Le point commun est qu'il s'agit de propositions juridiques dépourvues de la force obligatoire directe qui lui donnerait une autorité extérieure, étatique ou internationale.

C/-L'amiable composition :

L'arbitrage en amiable composition n'est pas moins juridictionnel que l'arbitrage en droit. L'amiable compositeur a la liberté , sauf ordre public, d'écarter la loi ; cette liberté est large dans le sens où il peut écarter la loi en tout ou en partie, l'évoquer ou l'ignorer , l'amiable compositeur doit respecter le contrat.

Ss2 : La reddition de la sentence arbitrale

La sentence est un acte par lequel les arbitres tranchent de manière définitive, en tout ou en partie, le litige qui leur a été soumis, que ce soit sur le fond, sur la compétence ou encore sur un moyen de procédure qui met fin à l'instance.

A/ La formation de la sentence

Le délibéré de la sentence est libre dans ses modalités, mais obligatoire en substance c'est-à-dire dans le sens où son organisation pratique doit permettre une discussion réelle entre les arbitres, portant sur les mérites des arguments et pièces échangées au contradictoire des parties. Le délibéré doit demeurer secret et limité au cercle des arbitres .

Quant à la forme de la sentence, elle doit comporter les éléments essentiels quant au déroulement de la procédure, la date et le lieu où elle est rendue, la signature des parties et la motivation.

B/-Les effets de la sentence

Après avoir rendu la sentence, les arbitres sont dessaisis du dossier. Il n'existe pas en matière d'arbitrage commercial international de dispositions correspondant à celles applicables en matière d'arbitrage interne.

La sentence arbitrale a, dés qu'elle est rendue, autorité de la chose jugée, mais cette dernière ne suffit pas à l'exécution, laquelle supposera une intervention judiciaire : l'exequatur, qui ne fera que conférer à la sentence la force exécutoire.

Car, si l'arbitre a le pouvoir de juridiction, c'est-à-dire le pouvoir de trancher le litige sur le fond, il n'a pas l'imperium, c'est-à-dire le pouvoir de donner force exécutoire à la sentence. L'exécution de la sentence peut le cas échéant être spontanée, dans le sens où les parties, se conforme à son dispositif.

L'expérience enseigne que prés de 85 % des sentences sont exécutées spontanément et cela tient à la nature contractuelle de l'arbitrage [18].

C/-Le contrôle judiciaire de la sentence

La sentence d'arbitrage commercial international peut se trouver soumise à plusieurs contrôles judiciaires aux fins distinctes de reconnaissance, d'exéquatur ou d'annulation.

Le contrôle étatique sur la sentence s'effectue, d'une part, au lieu du siège de l'arbitrage où sont, en règle générale, organisées les voies de recours à l'encontre de la sentence et, d'autre part, dans tous les Etats dans lesquels son exécution forcée pourra être sollicitée, ces Etats se réservant toujours le droit de subordonner l'exécution de la sentence à certaines vérifications de forme et de fond [19].

Conclusion :

[18] - L'expérience a montré que le président d'une juridiction arbitrale, fait son possible pour que la décision finale soit adoptée selon la règle de l'unanimité (voir Jacquet/ Delebecque , droit du commerce international – Dalloz, 1999, Pp 376 – 377.)

[19] - Fouchard (Ph), gaillard (E), Goldman (B), Op. cit, P.900.

Enfin, on peut terminer cette étude par la prééminence de la mission juridictionnelle de l'arbitrage dés le stade initial jusqu'au stade de la sentence.

Plusieurs avantages mettent en avant la justice arbitrale par rapport à la justice étatique.

Ces avantages sont :

- La confidentialité des débats, comme celle de la sentence.
- L'arbitrage doit permettre une égalité de fait entre les parties.
- L'arbitre peut statuer en amiable compositeur c'est-à-dire statuer en équité ;
- L'arbitre, juge privé, est investi d'une mission juridictionnelle, d'origine contractuelle.

La fonction de l'arbitre et celle du juge sont identiques. Seule diffère l'origine. Que la mission de l'arbitre tire son origine de la volonté immédiate des parties et il est investi par les parties, librement.