Ali BENCHENEB
Professeur des universités
Ancien Recteur des académies de Reims et d'Orléans-Tours (France)

Règlement des litiges et arbitrage commercial international

2ÈME ÉDITION, REVUE ET AUGMENTÉE

BERTI Editions

© BERTI Editions, Alger, 2021

Tous droits réservés à l'éditeur

ISBN : 978-9961-69-338-8

BERTI Editions
Lot. EN NADJAH N°24
16 320 DELY IBRAHIM ALGER
Tél. : 023 36 24 19
Email : info@berti-editions.com

Table des matières

Données introductives	**1**
Sur le contrat international	**1**
Sur le contentieux du contrat du commerce international	**2**
Sur les clauses de règlement des différends	**3**
Sur les modes de règlement des différends	**7**
I. Le recours à la médiation et aux autres modes alternatifs de règlement des conflits (MARC)	7
■ la conciliation	9
■ la médiation	11
■ les Dispute review boards	14
II. **Le recours aux juridictions étatiques**	**16**
III. Le recours au juge arbitral	**27**
■ nature contractuelle et fonction juridictionnelle de l'arbitrage	32
■ le caractère international de l'arbitrage commercial	34
■ l'arbitrage institutionnel et l'arbitrage ad hoc	36
■ les sources du droit de l'arbitrage commercial international	45
Chapitre 1er **La convention d'arbitrage**	**55**
Section 1 : L'autonomie de la convention d'arbitrage	**55**
Section 2 : La validité de la convention d'arbitrage	**59**
1. L'arbitrabilité du litige	**60**
■ La loi applicable à l'arbitrabilité d'un litige	60
■ l'arbitrabilité en droit algérien	62
2 Les conditions de validité de la convention d'arbitrage	**67**
■ La forme de la convention d'arbitrage	71
■ les conditions de fond	74

- La capacité 75
- Le pouvoir de conclure une convention d'arbitrage 76
- le consentement 78

Section 3 : Les effets de la convention d'arbitrage 80

1. Les effets à l'égard des parties 80

- les effets positifs 80
- l'effet négatif 83

2. Les effets de la convention d'arbitrage à l'égard des tiers 89

- Le principe de l'effet relatif 89
- L'extension de la convention d'arbitrage 90
- La transmission de la convention d'arbitrage 94

Chapitre 2

Le procès arbitral 97

Section 1 : La juridiction arbitrale 97

1. Le tribunal arbitral 98

- la constitution du tribunal arbitral 98

A. Dans l'hypothèse d'un arbitrage ad hoc 98

B. Dans l'hypothèse d'un arbitrage institutionnel 107

- La désignation des arbitres 109

a. L'arbitre pris en sa qualité de juge 110

- L'obligation d'indépendance et d'impartialité. 113
- Le contrôle de l'obligation. 118

b. l'arbitre pris en sa qualité de prestataire de services 120

- Qualification. 120
- Régime juridique. 122

2. La compétence du tribunal arbitral 127

- **La compétence/compétence 128**
- **l'absence de remise en cause de la compétence pour statuer sur le fond du litige 133**

Section 2 : L'instance arbitrale 134

1. Le droit applicable à la procédure arbitrale **134**

■ les principes fondamentaux du contradictoire et d'égalité 136

A. Le principe du contradictoire ou de la contradiction **137**

B. Le principe d'égalité des parties **140**

■ Les règles de la procédure arbitrale 141

A. Le choix d'un droit non étatique **141**

B. Le choix d'un droit étatique **143**

C. L'absence de choix **145**

2. Les règles applicables à l'instance arbitrale **146**

■ Les prérogatives de l'arbitre 146

A. Limites du pouvoir de l'arbitre relatives aux mesures ordonnées. **147**

B. Limites du pouvoir de l'arbitre relatives à l'administration de la preuve. **150**

■ L'organisation de l'instance 151

A. Le siège du tribunal **153**

B. La durée de l'arbitrage **154**

C. Le déroulement de l'instance **156**

● L'introduction des demandes **157**

● Les paramètres communs au déroulement de l'instance **158**

° Saisine. **158**

° Acte de mission. **159**

° Pièces justificatives. **159**

° Échanges d'écritures. **160**

° Expertise(s). **161**

° Témoignages. **161**

° Audience(s). **162**

° Clôture des débats. **163**

Chapitre 3	**165**
La sentence arbitrale	
Section 1 : Le droit applicable au fond du litige	**165**
1. Le recours à l'amiable composition	**168**
■ La licéité du recours à l'amiable composition en droit algérien	168
■ La portée du recours à l'équité	170
2. Le recours aux autres « règles de droit »	**172**
■ le choix des règles par les parties	172
A. Le choix d'un droit étatique	**174**
B. Le choix de règles extra étatiques	**176**
■ L'absence de choix du droit applicable	180
A. Les méthodes de détermination de la règle de droit « appropriée »	**181**
B. La méthode consacrée par le droit suisse de l'arbitrage	**185**
C. Les limites de l'application de la règle tenant à l'ordre public international.	**186**
Section 2 : le droit applicable à la sentence arbitrale	**191**
1. La notion de sentence arbitrale	**191**
2. Le régime juridique de la sentence arbitrale	**196**
■ Les conditions relatives à l'élaboration de la sentence	196
A. Le secret de la délibération	**197**
B. La forme de la sentence	**201**
● Les mentions obligatoires.	201
● la motivation de la sentence.	204
■ Les effets de la sentence arbitrale	206
A. Le dessaisissement de l'arbitre	**206**
B. L'autorité de la chose jugée de la sentence	**210**
■ Le contrôle de la sentence arbitrale	213
A. Le contrôle au niveau de l'exequatur	**214**
● Les données de la Convention de New York de 1958	215

- les données du droit algérien et de droit comparé 219

B. le contrôle de la sentence par le recours en annulation 224

- Les motifs du recours en annulation. 225
- Le régime du recours en annulation. 237

º Le juge compétent 238

º Le délai pour agir 239

º La procédure 239

º La question de la renonciation au recours 240

º Les conséquences du recours 241

- L'annulation de la sentence arbitrale 242

INDEX 245

Table des abréviations

Bul. : Bulletin des arrêts de la Cour de cassation française

Bul. ASA : Bulletin association suisse de l'arbitrage

Bul. CIA/CCI : Bulletin de la Cour internationales d'arbitrage de la CCI

Cah. Arb. : Cahiers de l'arbitrage

CCI : Chambre de commerce internationale

CEPANI : Centre belge d'arbitrage et de médiation

CIRDI : Centre international de règlement des différends relatifs aux investissements (ICSID)

CNUDCI : Commission des Nations unies pour le Droit commercial international

CPCA : Code de procédure civile et administrative

CPC : Code de procédure civile (France)

D. : recueil périodique Dalloz

IBA : International Bar association

JDI : Journal du droit international (Clunet)

JCP : Jurisclasseur périodique (la semaine juridique)

JORA : journal officiel république algérienne

RDAI : Revue de droit des affaires internationales

Rev. Arb. : Revue de l'arbitrage

RCDIP : Revue critique de droit international privé

RIDC : Revue internationale de droit comparé

RRJ : Revue de la recherche juridique

Données introductives[1]

1. Comme tout contrat, le contrat international est exposé à un risque de litige, c'est-à-dire d'un différend durable que les parties contractantes ne peuvent ou ne veulent régler à l'amiable. Le litige existe parce que les parties au contrat ont des prétentions contradictoires. L'exercice d'un droit contractuel ou légal est alors mis en péril par le différend qui oppose les parties au point qu'il doit être tranché.

Sur le contrat international

2. Encore faut-il d'abord donner sens au concept de contrat international. Le contrat constitue le support d'opérations qui permettent la production, la distribution ou la circulation de biens ou de services. Le spectre de ces opérations économiques est donc très large. Il ne couvre pas seulement des ventes. Il peut concerner des contrats aussi divers que ceux qui envisagent une coopération ou qui permettent la réalisation d'une prestation sans contrepartie juridique, comme par exemple une garantie bancaire.

3. Souvent, les contrats exigent un temps de maturation plutôt long avant de pouvoir être conclus, comme c'est le cas pour les marchés publics ou l'octroi de concessions. Très souvent aussi, l'exécution du contrat s'inscrit dans la durée, comme on le constate pour les contrats de réalisation d'ensembles industriels ou pour les contrats de construction d'ensembles immobiliers. Parfois, d'ailleurs, ces opérations exigent plusieurs actes, soit entre les mêmes parties, exemple pris des accords relatifs à la fabrication de produits industriels, soit en sollicitant d'autres personnes que les parties initiales, en particulier lorsque la réalisation de l'objet du contrat nécessite l'intervention de sous-traitants, plus ou moins nombreux.

4. Ces contrats peuvent bien évidemment avoir une dimension internationale, une dimension qui dépasse les frontières d'un seul État. Le contrat est alors affecté d'un ou de plusieurs éléments d'extranéité. Si l'internationalité du contrat résulte de cette extranéité, celle-ci ne doit pas être accidentelle. Elle doit reposer sur des considérations rationnelles, des éléments plutôt objectifs. On ne saurait en effet conclure un contrat international au seul motif que l'on a pris connaissance des conditions d'une offre commerciale dans le confort d'un… château en Espagne !

---

1 Ce texte constitue la seconde édition (corrigée, augmentée et actualisée au 31 juillet 2021) de l'ouvrage paru sous le même titre aux éditions GAIA.

5. Dire d'un contrat qu'il est international revient à le qualifier comme tel, cette qualification juridique présentant un double intérêt. D'abord celui de permettre à ses parties contractantes de choisir la loi, sinon le droit, applicable à leur contrat. Mieux vaut d'ailleurs se saisir de cette possibilité, admise par la plupart des États, pour des raisons de prévisibilité juridique voire pour éviter l'application de règles de conflit discutables comme le sont celles offertes par l'article 18 du code civil algérien[2] et/ou plus difficiles à mettre en œuvre qu'une règle matérielle. Ensuite, celui de permettre de savoir comment résoudre un différend s'il survient entre les parties contractantes, car le contentieux international des contrats présente plus d'une singularité.

Sur le contentieux du contrat du commerce international

6. Plus que le contentieux interne, surtout si l'on se réfère à la pratique algérienne qui semble encore, sous-estimer l'intérêt de l'arbitrage interne d'autant que le droit qui le régit reste très perfectible, voire même dissuasif, le contentieux relatif à un contrat international peut se présenter sous deux aspects. Il est possible en effet de le faire traiter par des juridictions étatiques ou par des juridictions arbitrales, sauf à indiquer immédiatement qu'il peut aussi se régler à l'amiable, concrètement par la conclusion d'un contrat de transaction.

7. Il peut certes arriver que des parties à un contrat, y compris international, s'abstiennent de se préoccuper d'un éventuel contentieux. Ce cas de figure tend à devenir plutôt rare de nos jours, compte tenu des enjeux. Parfois même, il est interdit comme le montre par exemple la règlementation algérienne relative aux marchés publics qui exige que les marchés contiennent une clause de règlement des différends[3].

8. Celle-ci est définie comme une stipulation contractuelle en vertu de laquelle les parties à un contrat donnent compétence à une juridiction, étatique ou arbitrale, qu'elles désignent pour trancher leurs éventuels différends et sa pratique s'est considérablement développée, essentiellement pour deux raisons.

---

2 Les critères retenus par cette disposition, modifiée en 2005, empruntent aussi bien au contrat qu'aux parties contractantes, alors qu'il s'agit, abstraction faite- si l'on ose dire- d'une confusion faite entre contrat et obligations contractuelles, de déterminer seulement la loi applicable au contrat. S'agissant du critère du lieu de conclusion, il peut, c'est un lieu commun de le dire, être fantaisiste ou frauduleux. Quant au critère de la nationalité commune ou du domicile commun, sans évoquer les questions de pluri nationalité, il peut ne pas être signifiant au regard de l'opération économique qui impacte des balances commerciales et des balances de paiement d'au moins deux pays.

3 Article 95, DP 15-247 du 16 septembre 2015, JORA n°50.

D'une part, elle permet d'éviter les écueils liés à la détermination de la juridiction compétente à saisir, question de droit international privé plus complexe qu'on ne le croit habituellement mais dont les grands traits doivent être passés en revue[4]. D'autre part, et plus généralement, tout contrat étant exposé à des risques, notamment des risques d'inexécution ou de mauvaise exécution, les opérateurs économiques sont logiquement conduits à envisager l'insertion d'une clause de règlement des différends dans les contrats qu'ils concluent, voire même à spéculer sur son caractère dissuasif.

Toute la question est bien évidemment de savoir quelle stipulation prévoir dans le contrat, étant entendu que le choix de la clause ne dépend pas, en tous cas en principe, d'une seule des parties contractantes mais doit être négociée avec le plus grand soin.

Sur les clauses de règlement des différends

9. L'insertion d'une clause de règlement des différends dans un contrat ne relève pas de la fantaisie. On en est convaincu à partir du moment où l'on admet que la fonction première d'une telle stipulation est plus de dissuader le débiteur de ne pas exécuter ou de mal exécuter ses obligations que de savoir quelle juridiction saisir quand un problème insurmontable survient et qu'un tiers doit le résoudre en donnant une solution au litige.

Si en effet, les parties contractantes savent que les aléas de la détermination de la juridiction à saisir le cas échéant sont estompés par une clause de règlement des litiges non sérieusement contestable parce que valable et dépourvue de toute ambiguïté, elles seront davantage incitées à exécuter correctement leurs obligations.

A l'inverse, si l'une d'entre elles sait que la clause encourt la nullité ou pose de délicats problèmes d'interprétation, la fonction dissuasive de la clause est nulle, à tout le moins amoindrie.

10. L'autre fonction de la clause de règlement des différends est bien évidemment de permettre de savoir comment régler le litige survenu pendant ou à la suite d'une relation contractuelle. Bien qu'elle offre de la prévisibilité, il s'agit d'une clause mal aimée des opérateurs économiques. Il faut se rendre à l'évidence, un contentieux n'est jamais agréable à vivre, pas davantage à gérer. Mais il fait partie des aléas propres à la réalisation de toute opération économique.

4 Infra, n° 43 à 72.

Déjà et pour cette raison, la gestion d'un contentieux ne se prépare pas seulement au moment où une partie constate une défaillance de la part du débiteur de l'obligation. Il se prépare dès la conclusion du contrat, étant entendu que cette règle de bonne gestion ne signifie pas qu'il faille s'abstenir de coopérer loyalement pour régler les difficultés d'exécution du contrat et prévenir la survenance du litige.

11. Les deux avantages qui se dégagent ainsi de la clause de règlement des différends suffisent alors pour montrer le sérieux qui doit s'attacher à la préparation et à la rédaction de cette clause. Ceci exige une anticipation sur plusieurs sujets constitutifs d'autant de questionnements.

En effet, la clause de règlement des litiges est/ doit être l'expression d'un choix raisonné et non pas le résultat d'un *« copier-coller »*.

12. Or l'option dont les parties contractantes disposent est à priori simple. Elles peuvent envisager le recours à une juridiction étatique ; elles peuvent aussi estimer que le recours à une juridiction arbitrale serait plus approprié, cette alternative n'excluant nullement le recours à un mode amiable de règlement des différends qui se présente alors comme le premier sous ensemble de la clause de règlement des différends. Une telle option trouve à se justifier par les considérations suivantes.

13. En premier lieu, lorsqu'on envisage la question du règlement des différends résultant d'un contrat international dont l'une des parties est algérienne, il importe avant toutes choses de se référer au code de procédure civile et administrative (CPCA) de 2008. Même si ce code est surtout destiné à régir les contentieux internes, quelques-unes de ses dispositions intéressant le contentieux international méritent la plus grande attention.

14. Il en est ainsi des articles 41 et 42 du CPCA. Ces dispositions, inspirées des articles 14 et 15 du code civil français, donnent aux personnes, physiques ou morales, de nationalité algérienne un privilège de juridiction, soit lorsque la partie algérienne se présente comme demanderesse soit lorsqu'elle est défenderesse. Sans doute ces dispositions sont-elles archaïques, marquées par un esprit discriminatoire entre justiciables à telle enseigne que les droits les plus modernes, par exemple le droit tunisien et le droit suisse, ont supprimé ces privilèges au nom de l'égalité qui doit prévaloir entre justiciables[5].

5 Ces privilèges peuvent être également neutralisés par des stipulations figurant dans des conventions d'entr'aide judiciaire en matière civile et commerciale, comme le montre par exemple l'article 13 de la convention algéro iranienne du 15 décembre 2013, JORA n°65. La question de la compatibilité des articles 41 et 42 CPCA avec l'article 14 du Pacte sur les droits civils et politiques de 1966 auquel l'Algérie a adhéré est d'ailleurs posée. Ce Pacte impose à tout le moins une lecture restrictive des privilèges et il est de nature à engager la responsabilité internationale des États.

En tout état de cause, ces dispositions et leurs équivalents étrangers sont connus des opérateurs économiques qui n'apprécient pas, quoiqu'on en pense, le chauvinisme des juridictions étatiques que ces dispositions encouragent, fut-ce indirectement. Ceci explique que les opérateurs étrangers cherchent systématiquement à les neutraliser soit par une clause attributive de juridiction, soit par une convention d'arbitrage.

15. De telles clauses expriment en effet une volonté certaine quoiqu'implicite de renonciation à se prévaloir de tout privilège de juridiction. Qu'une juridiction en vienne à considérer le contraire à la suite d'une exception d'incompétence soulevée par une partie défenderesse reviendrait tout simplement à ignorer le principe cardinal et désormais universel de la force obligatoire des conventions.

De surcroit, lorsqu'un État est partie à un contrat international, ce type de clause s'analyse comme une renonciation à l'immunité de juridiction dont tout État peut en principe se prévaloir, en vertu du droit international[6] lequel admet que tout État se fait tout au plus juger par ses propres juridictions, principe qui par contrecoup tend à priver les juridictions étrangères à cet État du pouvoir de juger ses actes et comportements.

16. Or le CPCA n'interdit pas les clauses de règlement des différends qui en principe ressortissent en droit algérien des articles 106 et 107 du code civil. Au demeurant, nombre de droits nationaux, notamment les droits des pays européens, acceptent au nom de l'autonomie de la volonté que les parties contractantes insèrent dans leurs contrats des clauses de règlement des différends. Cette possibilité offerte à tout justiciable potentiel est d'autant moins contestable que la compétence que ces stipulations attribuent relève de la compétence territoriale, question qui n'est pas d'ordre public.

17. Ceci est si vrai que la comparution volontaire d'une personne devant une juridiction territorialement incompétente, sans contestation de la compétence du juge saisi, rend ce juge compétent, une exception d'incompétence ne pouvant être soulevée à bon droit qu'avant tout débat sur le fond du litige[7].

Davantage, un texte comme le CPCA n'interdit les clauses attributives de

6 Sur le caractère coutumier de cette règle, cf. A. MAHIOU, note sous Paris, 13 janvier 1993, JDI 993, p.353**.** Le préambule de la convention des Nations unies du 2 décembre 2004 sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens consacre ce fondement dès lors qu'il fait des immunités *« un principe généralement accepté du droit international coutumier »*, encore que l'attention doive se porter davantage sur les limites au principe et sur les conditions de sa mise en œuvre.

7 Cf. pour le droit algérien les articles 46 et 47 CPCA.

juridiction que si elles ne sont pas conclues entre commerçants, en sorte que leur validité ne peut sérieusement être contestée dans le cadre de relations d'affaires internationales.

18. Si la validité de principe des clauses attributives de juridiction ne parait pas discutable dans le jeu du commerce international, il faut prendre acte également de ce que le CPCA a consacré à hauteur de l'article 994 la médiation judiciaire. Il est possible de la définir comme un processus permettant à un tiers, le médiateur, de favoriser le règlement amiable d'un différend, la réussite de la médiation conduisant les parties à transiger en concluant un contrat de transaction.

Mais rien dans ce code n'interdit à des parties contractantes d'envisager une conciliation[8] ou le recours à une médiation conventionnelle, c'est-à-dire à une médiation dont elles organisent elles-mêmes l'ensemble du processus.

Davantage, le code civil contient des dispositions dédiées au contrat de transaction, les articles 459 à 466, qui admettent la validité de principe d'un tel contrat et, par voie de conséquence, permettent qu'une transaction résulte d'une médiation conventionnelle autant que d'une conciliation des parties.

Cela étant, les parties doivent être précises dans la rédaction de leurs clauses pour éviter le risque de requalification d'une clause de médiation en clause d'arbitrage ou inversement.

---

8 Il s'agit même d'une obligation en matière de marchés publics, du moins en droit algérien. L'article 153 alinéa 2 du décret du 16 septembre 2015 dispose que « le service contractant doit, néanmoins, rechercher une solution amiable aux litiges nés de l'exécution de ce marché chaque fois que cette solution permet :

- *de retrouver un équilibre des charges incombant à chacune des parties ;*
- *d'aboutir à une réalisation plus rapide de l'objet du marché ;*
- *d'obtenir un règlement définitif plus rapide et moins onéreux* ».

Ces trois hypothèses suggèrent d'abord que la conciliation peut avoir pour objet de sauver le contrat soit parce qu'il a subi un déséquilibre bouleversant l'économie du contrat (comme en matière d'imprévision) ou parce qu'il a subi des retards conséquents, quel que soit semble-t-il leur cause, soit qu'il faille transiger par souci d'économie des deniers publics.

Ce texte - qui connait des déclinaisons au niveau des entreprises publiques économiques - doit être bien compris. L'exécution du marché doit se faire dans le respect des lois et règlements mais la recherche d'une solution amiable peut s'en dispenser pour des raisons d'équité, sauf à être justifiée.

Quant à l'obligation proprement dite de rechercher une solution amiable, elle revêt au moins une double signification. D'une part, elle n'est respectée que dans la mesure où un mécanisme de règlement amiable est prévu dans le marché et du reste, l'article 153 du décret impose au service contractant de le prévoir déjà dans le cahier des charges, en sorte qu'il s'agit d'une obligation essentielle. D'autre part, autant le recours aux comités de règlement amiables n'est qu'une faculté pouvant tout au plus aboutir à un avis, ce qui n'est pas forcément attrayant pour les parties et de nature à réduire l'activité de ces comités, autant le mécanisme de règlement amiable direct est un préalable à toute action en justice qui peut être sanctionné par l'irrecevabilité de la demande.

19. Si l'attention continue à se porter sur le CPCA, force est de constater qu'il admet aussi que des parties contractantes peuvent tout aussi bien conclure une convention d'arbitrage. Son article 1006 dispose en effet que : *« Toute personne peut compromettre sur les droits dont elle a la libre disposition. 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 pas compromettre, sauf dans leurs relations économiques internationales et en matière de marchés publics »*.

Insérée au tout début du chapitre dédié aux *« conventions d'arbitrage »,* cette disposition est affectée, du moins dans sa version française, d'une défectuosité rédactionnelle d'ailleurs reprise du code civil français de 1804. Le terme *« compromettre »* est en effet manifestement impropre pour évoquer la possibilité de conclure une convention d'arbitrage, ce qui est l'objet même de cette disposition dont l'étude détaillée sera entreprise plus loin[9]. Elle n'en pose pas moins le principe de la licéité des conventions d'arbitrage, par conséquent du recours à l'arbitrage pour solder un litige.

20. Il s'avère ainsi que plusieurs modes de règlement des différends sont concevables puisque pour tout contrat international, il est possible de prévoir une tentative de règlement amiable grâce à une clause de médiation, le recours à un juge étatique par insertion d'une clause attributive de juridiction ou le recours à l'arbitrage par l'effet d'une convention d'arbitrage.

Sur les modes de règlement des différends

I. Le recours à la médiation et aux autres modes alternatifs de règlement des conflits (MARC)[10]

21. Régler à l'amiable un différend est aussi vieux que le monde et trouve à s'illustrer avec l'adage *« un mauvais arrangement vaut mieux qu'un bon procès »*. Cet adage est profondément ancré dans la vie des affaires et, du reste, pas seulement internationales. On semble d'ailleurs le redécouvrir ces dernières décennies puisque les modes de règlement extrajudiciaires des différends[11] sont désormais, notamment par le truchement du personnel politique et du discours légal, encouragés au point que l'on pourrait croire, avec un peu de naïveté, que le modèle de la prévention du procès

9 Infra n°178 et suiv.

10 Pour une vue d'ensemble, L. CADIET et T. CLAY, Les modes alternatifs de règlement des conflits, Dalloz, 2016, collection *« connaissance du droit »*.

11 Les appellations sont variables : outre celle de mode alternatif de règlement des conflits (MARC), on utilise aussi celle de mode alternatif de règlement des différends (MARD) et dans la littérature anglo saxonne, celle d'alternative dispute résolution (ADR).

plutôt que celui du procès relève plus du discours juridique que de considérations culturelles et/ou économiques.

22. Il est vrai que l'on dispose ainsi d'un procédé ou plutôt d'un ensemble de procédés qui pourraient être de nature à permettre de réduire l'engorgement des tribunaux et de contenir les budgets que les États consacrent au service public de la justice.

Même dans le domaine des relations commerciales internationales, ce type de règlement des différends est encouragé comme le montrent des règlements de médiation proposés par des institutions d'arbitrage[12] ou la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI) qui a mis au point à destination des États en 2002 une loi type sur la conciliation commerciale internationale.

23. Il se trouve aussi que les modes amiables de règlement des conflits répondent à une attente certaine des entreprises. Pour réduire les couts inhérents à tous procès et leur durée. Pour préserver une relation contractuelle dans une économie plutôt concurrentielle. Pour éviter l'aléa judiciaire également car nul ne peut être certain du résultat d'un procès. Pour ne pas prendre, s'agissant de la personne qui triomphe des adversités du procès, le risque de difficultés voire d'une impossibilité d'exécution du jugement ou de la sentence arbitrale. Peut-être aussi pour éviter la judiciarisation excessive qui s'empare de l'arbitrage et tend à la rapprocher des justices étatiques.

24. En recherchant une justice plus consensuelle, en quelque sorte moins crispante que celle que l'on subit en ayant recours à des juridictions étatiques ou arbitrales, les opérateurs du commerce international peuvent estimer qu'ils maitrisent davantage et en tous cas gèrent mieux le risque inhérent au contentieux contractuel. Comme l'a synthétisé un auteur : *« plutôt réguler une situation que trancher une prétention »*[13].

Les parties contractantes essayent d'arriver à ce but essentiellement en sollicitant la conciliation, la médiation mais aussi parfois, les *« dispute board review »*.

12 Pour un exemple, cf. le règlement ADR de la CCI mis au point en 2002, assorti d'un guide d'utilisation et, compte tenu de la fréquence du recours à ce mécanisme, remplacé par un règlement de médiation en vigueur depuis le 1er janvier 2014, accompagné d'une *« note d'orientation »*.

13 E. JEULAND, Droit processuel général, LGDJ, collection Domat droit privé, 2014 (3eme éd.), n°321.

■ la conciliation

25. Le mieux est de partir de la pratique contractuelle disponible. Très souvent, en effet, la clause de règlement des différends commence de la manière suivante : *« A défaut d'arrangement amiable, la partie la plus diligente s'adressera au tribunal de ...pour faire valoir ses prétentions ».* Selon une autre variante, des parties contractantes prévoient que *« Si un litige survient à propos de l'interprétation ou de l'exécution du présent Contrat, les parties doivent s'employer à le résoudre au mieux avant de présenter une demande d'arbitrage conformément à l'alinéa ci-après »*[14].

26. Pareilles stipulations ne font pas plus que prévoir une conciliation entre les parties avant saisine d'une juridiction, étatique ou arbitrale. Elles créent non pas une obligation de conclure un accord transactionnel mais une obligation de négocier, partant pas davantage que celle de simplement rechercher une solution amiable. La liberté de transiger ou de ne pas le faire reste préservée parce que négocier relève de l'obligation de moyens et non pas de l'obligation de résultat.

Pour autant l'obligation de négocier inscrite dans ce type de clause ne doit pas être prise à la légère. Nombre de juridictions en effet ne la considèrent pas comme une clause de style mais comme une condition de recevabilité de l'action en justice et ceci, que la clause impose ou non des conditions de mise en œuvre, donnant ainsi plein effet à la force obligatoire des conventions au risque de retarder l'issue du litige.

La volonté des parties, quand ce ne serait celle d'un législateur[15], sauf le

14 Si la pratique contractuelle offre à montrer ce type de clauses plutôt simples, il existe également des clauses de conciliation *« renforcées »*, par exemple dans des contrats portant délégation de service public ou dans des pactes d'actionnaires. Cette catégorie de clauses prend en charge trois séries de questions : le déclenchement du processus de conciliation, son déroulement et ses effets. Pour le premier point, il s'agit de prévoir quand les parties doivent se réunir à la suite du déclenchement du processus et quelle doit être la durée limite de ce dernier. Sur le second point, les parties peuvent soit déterminer quelles sont les personnes habilitées à rechercher la conciliation soit concevoir un processus à deux étages, le premier étant l'affaire des chefs de projet et le second, plus stratégique, celui des directions générales des parties contractantes. En tout état de cause, les parties doivent se préoccuper de la confidentialité des documents qu'elles peuvent avoir à échanger pendant la phase de conciliation ainsi que du sort d'un certain nombre d'études prospectives voire des projets de transaction qui auraient circulé pendant les pourparlers, le tout de façon à préserver l'intégralité de leurs droits en justice. Quant à ses effets, les parties se préoccupent de la formalisation de l'échec du processus et, pour les plus attentives, de son impact sur l'exécution du contrat, à la supposer inachevée, mais aussi de l'hypothèse de sa réussite en veillant aux modalités de mise en œuvre de la transaction, y compris en termes de survie de la clause de règlement des litiges initiale.

15 Cf l'article 54 de la loi 19-13 du 11 décembre 2019 régissant les activités d'hydrocarbures (jora n° 79). Cette disposition exige des parties à un contrat d'hydrocarbures de prévoir une clause de règlement des différends prévoyant le recours à un mode de règlement amiable (conciliation ou médiation) dont la mise en œuvre est un préalable à la saisine de la juridiction (étatique ou arbitrale). Elle est révélatrice de la consécration par le législateur des bonnes pratiques en la matière.

cas où elles envisagent la conciliation comme une simple possibilité, est bien de faire de la tentative de conciliation un préalable à la saisine de la juridiction. Cette volonté partagée doit donc être respectée pour que le principe de la force obligatoire des conventions garde sens, la question restant de savoir si l'irrecevabilité de l'action constitue la sanction la plus appropriée lorsqu'il n'y a pas eu de tentative de conciliation[16] avant introduction d'une demande en justice, étatique ou arbitrale.

27. Il va donc de soi que les parties ont tout intérêt à s'aménager la preuve que la tentative de conciliation a bel et bien eu lieu et qu'elle s'est soldée par un échec ou par un refus d'y participer de la part d'une des parties contractantes, avant d'introduire une demande pour faire valoir des prétentions devant un juge, étatique ou arbitral.

En effet, le risque est que la juridiction saisie considère que la tentative de recherche d'une solution amiable prévue dans la clause de conciliation a fait naitre à tout le moins un droit à l'essai de conciliation, droit auquel aucun des obligés ne peut renoncer de manière implicite[17].

28. Savoir quelle conséquence il faut tirer du non-respect le cas échéant de la clause de conciliation est ainsi une question d'importance. Sur ce point, il faut d'abord se garder de penser que la sanction la plus efficace consiste dans l'allocation de dommages intérêts. En effet, une réparation civile ne se conçoit que lorsque l'exécution en nature devient impossible[18]. Quant à l'irrecevabilité de la demande, elle constitue la sanction retenue en particulier par la jurisprudence française[19].

Mais cette solution parait plutôt sévère car rien ne peut empêcher la régularisation d'une fin de non-recevoir articulée au non-respect d'une clause contractuelle. Surtout, une telle sanction ne parait pas appropriée parce que l'irrecevabilité met un terme à la procédure.

Or dans la mesure où la clause de conciliation constitue un préalable à la mise en œuvre d'une convention d'arbitrage, l'irrecevabilité mettrait un terme à la mission des arbitres/juges avec le risque d'une perte de temps et des surcouts si la conciliation entreprise venait à échouer lorsque cette sanction ne mettrait pas à mal la volonté des parties de solder leur différend par la voie de l'arbitrage. C'est dire que l'irrecevabilité ne semble pas compatible avec un souci de bonne administration de la justice et pas davantage avec la volonté initiale des parties.

16 Infra n° 28.

17 Pour cette analyse, en France, cf. Cass. Mixte, 14 février 2003, D. 2003, p.1386.

18 Article 176 du code civil, solution qui n'est pas spécifique au droit algérien.

19 Pour un exemple récent et à propos d'une clause de médiation, Civ 3 du 6 octobre 2016, D. 2017, p.375, note.

C'est pourquoi il est possible de soutenir que la sanction la plus pertinente est plutôt la suspension de l'instance arbitrale assortie d'un délai pour faire la tentative de conciliation, solution d'ailleurs consacrée par la jurisprudence suisse aux termes d'une réflexion aboutie[20].

■ la médiation

29. Si la conciliation procède de la négociation directe entre les parties contractantes, la médiation proprement dite[21] fait intervenir un tiers, le médiateur ou un collège de médiateurs. L'intervention du tiers a pour objet de faciliter la résolution à l'amiable du différend, ce qui revient à dire tout de suite que le médiateur n'est ni un juge ni un arbitre. Il est un facilitateur dans la perspective de la mise en place d'une solution amiable dans le cadre d'un processus organisé. Contrairement au juge ou à l'arbitre, le médiateur ne dispose d'aucun pouvoir de décision juridictionnel.

30. Le recours à la médiation - qui n'exclue pas au préalable une tentative de conciliation ou même que celle-ci ait lieu pendant l'instance dont la suspension est alors ordonnée à la demande des parties contractantes - tend à se développer, soit que les parties aménagent elles-mêmes, grâce à une clause de médiation, le processus pouvant conduire à une transaction, soit qu'elles conviennent de s'adresser à une institution, en général d'arbitrage, pour autant que celle-ci dispose d'un règlement approprié. La raison principale du développement de cette pratique tient aux couts et à la trop longue durée des contentieux classiques, en particulier à raison d'une processualisation devenue assez souvent excessive de l'arbitrage, en sorte que rien n'exclue que pendant le traitement juridictionnel du différend les parties conviennent de solliciter l'intervention d'un médiateur[22].

31. Qu'il s'agisse de concevoir une clause spécifique de médiation ou de vérifier les qualités d'un règlement de médiation, et abstraction faite ici

20 TF (1ere cour civile) 16 mars 2016, n° 4A_628/2015, traduction in Cah. Arb.2016, n°4, p. 740.

21 Cf. s/ direction F. OSMAN, La médiation en matière civile et commerciale (préface, Ch. JARROSSON), Bruylant, 2012.

22 C'est le lieu de remarquer que nombre d'institutions d'arbitrage incitent désormais au recours à la médiation, y compris pendant le déroulement des procédures arbitrales par le truchement de la juridiction arbitrale. S'il n'est pas possible d'apprécier la portée réelle de cette incitation, la question se pose de savoir si les arbitres qui composent la juridiction peuvent s'ériger en médiateurs au risque d'une confusion des genres, y compris lorsque les parties s'entendent pour cette désignation. Sans doute les arbitres ont-ils déjà une connaissance du dossier litigieux ce qui pourrait leur permettre de suggérer plus facilement un projet d'arrangement amiable, encore qu'il n'y a pas de certitude en la matière. Le risque majeur est cependant qu'en cas d'échec de la tentative de médiation, la juridiction arbitrale soit tentée d'orienter sa décision non pas sur la base des faits établis et du droit applicable mais sur la base d'une imputation de l'échec de la médiation à la partie qui aura refusé la proposition d'arrangement amiable.

d'exigences particulières tirées du droit applicable ainsi que de la limitation éventuelle du champ d'application de la clause, les questions centrales qui se posent en vue d'un recours à ce procédé de règlement des litiges reposent sur l'idée générale qu'il doit être utile et donc efficace dès lors que la vocation de la médiation est d'offrir un mode de règlement amiable et non pas de générer un surplus de contentieux.

Elles peuvent se ramener aux quatre données suivantes.

32. En premier lieu, les qualités du ou des médiateurs sont essentielles. L'expérience professionnelle, la disponibilité comme garantie de la diligence et l'impartialité du médiateur constituent, comme pour les arbitres, des données incontournables[23]. Ceci exige du médiateur qu'il soit indépendant par rapport aux parties contractantes et une neutralité qui implique notamment qu'il soit rémunéré par ces dernières à parts égales.

33. En second lieu, il est certain que le processus de médiation doit être conduit dans une stricte confidentialité. Les déclarations des parties autant que les constatations du médiateur ne doivent pas, sauf volonté contraire, être portées à la connaissance de tiers de façon à ne pas pouvoir être exploitées dans la cadre du procès, judiciaire ou arbitral.

Cette donnée, pourtant absente du corpus dédié à la médiation judiciaire par le CPCA de 2008[24] , est essentielle au bon fonctionnement de la médiation à raison de son caractère protecteur. Elle rend les parties plus enclines à la recherche d'une solution amiable parce que l'ensemble de leurs droits sont ainsi réservés en cas d'échec du processus.

Sans doute, cette confidentialité ne doit pas être absolue car la médiation ne saurait être le moyen de contourner des règles d'ordre public comme le sont celles qui sont significatives d'infractions pénales.

De même, les documents qui évoquent l'exécution du contrat litigieux n'ont pas à être couverts par la confidentialité car la médiation ne saurait être un instrument pouvant limiter l'exercice des droits de la défense. Enfin, en cas de réussite de la médiation, la transaction ne saurait à l'évidence être confidentielle et il devrait en être de même au besoin pour l'ensemble des documents à solliciter si nécessaire pour l'interprétation de ce contrat.

34. En troisième lieu, les modalités d'exercice du processus de médiation méritent la plus grande attention. Il est d'abord clair que la médiation ne participe pas du procès qui permet de trancher le litige, encore qu'elle

23 Sur ces qualités, infra n° 328 à 339.

24 Cf. de moi-même, La promotion de la médiation judiciaire en Algérie, RRJ 2014/2 p.1025 et suiv.

puisse y mettre un terme. Selon le moment où elle intervient, son objet est d'éviter la saisine du juge ou de l'arbitre ou d'éviter le jugement ou la sentence arbitrale.

Il n'en demeure pas moins que la médiation ne participe pas du procès puisqu'elle le prévient ou du moins tente de le prévenir car la médiation ne se solde pas toujours par une réussite du processus. Pour cette raison, les principes applicables à un procès comme le principe du contradictoire[25] ne sont pas pertinents.

Rien ne saurait empêcher un médiateur d'entendre séparément les parties contractantes ou de solliciter l'une d'entre elles pour qu'elles fassent des concessions plus importantes que celles qu'elle prévoit de faire. Rien n'empêche un médiateur de demander à une des parties un document, l'essentiel étant qu'il ne se départisse pas de son obligation d'indépendance et donc de neutralité. En fait, à raison de son caractère dépassionné, il semble bien que ce type d'approche unilatérale puisse même constituer un facteur de réussite de la médiation.

35. Il reste que le processus de médiation ne doit pas s'éterniser car sa fonction est économique autant que juridique. Surtout, ce mode alternatif de règlement des conflits ne saurait être ou devenir une entrave au droit d'accès à une juridiction pour régler un différend.

C'est la raison pour laquelle le processus doit être encadré dans sa durée, quitte à ce que pendant le déroulement du processus, le médiateur suggère aux parties pour obtenir d'elles une extension du délai initialement prévu, s'il s'avère qu'elles sont proches d'un accord ou que le litige présente une difficulté technique insoupçonnée exigeant une appréciation technique à dire d'expert.

C'est aussi la raison pour laquelle les parties doivent être attentives à l'effet sur la clause de règlement des litiges du recours à une médiation envisagée spontanément et non pas dans le cadre d'une clause de règlement des litiges. Elles doivent par conséquent pour éviter toute équivoque se préoccuper de la question de savoir si en y ayant recours elles entendent renoncer à la clause de règlement des litiges, convention d'arbitrage ou clause attributive de juridiction.

Mais à défaut de le faire et dans la mesure où la renonciation au droit de saisir un arbitre ou un juge ne peut se présumer, on devrait considérer que la sollicitation d'un médiateur laisse intact le droit d'agir devant un

25 Sur ce principe en matière d'arbitrage commercial international, infra n° 398 à 406.

arbitre ou un juge étatique.

36. En quatrième lieu, il importe de se préoccuper de l'issue possible de la médiation et de son impact sur la procédure juridictionnelle. Dans la mesure où elle peut se solder par un échec, la preuve de cet échec doit être aménagée. Elle peut résulter du retrait de l'une des parties, de l'expiration du délai imparti pour la recherche d'un accord amiable ou d'un écrit du médiateur.

Quant à son impact sur une procédure étatique ou arbitrale, la question est d'autant plus importante que l'action en justice peut être soumise à de brefs délais. C'est pourquoi, dans la mesure où les questions de prescription ne sont pas d'ordre public, il peut être opportun de prévoir que la phase de médiation a pour effet de suspendre la prescription[26].

37. La médiation pouvant aboutir à un arrangement amiable, la conformité au regard de la loi applicable du contrat de transaction[27] qui doit le concrétiser doit enfin être vérifiée. L'intérêt tenant à la validité de ce contrat est en effet majeur d'autant que ce qui a été jugé ne peut être rejugé[28], l'exception de transaction devant conduire à une fin de non-recevoir.

■ les Dispute review boards

38. La CNUDCI traduit ce concept par l'expression de *« conseil d'examen des différends »*[29] mais la terminologie est variable (comité ou panel d'examen ou de résolution des différends) en sorte qu'elle n'est pas déterminante.

Le mécanisme est sollicité essentiellement lorsqu'on est en présence d'un contrat portant sur de grands travaux, par exemple la réalisation d'un gazoduc ou d'une infrastructure autoroutière. Il se retrouve dans des contrats dits de partenariat public/privé qui sollicitent des contrats du type *« built operate transfer »* (BOT) ou dans des pactes d'actionnaires ayant pour

26 En droit algérien, la solution ne parait pas douteuse puisque la prescription ne peut être soulevée d'office par le juge (article 321 code civil).

27 De façon générale, ce contrat répond aux caractéristiques suivantes : d'abord, un bref exposé des motifs visant le contrat litigieux, évoquant les points litigieux et l'accord des parties pour leur traitement par voie de médiation ainsi que le processus de médiation ainsi que la volonté des parties d'arriver à un accord par le jeu de concessions réciproques, ensuite les stipulations exprimant les termes de l'accord et les modalités de son exécution. Les contrats de transaction les plus sophistiqués envisagent même dans un troisième temps les conséquences de l'inexécution du contrat de transaction (clause pénale et règlement des différends).

28 Cf. en droit algérien, article 462 du code civil.

29 Cf. le guide législatif de la CNUDCI sur les projets d'infrastructure à financement privé, Nations Unies, New York, 2001 (consultable sur uncitral.org).

objet la constitution d'une entreprise conjointe dans le domaine financier. Il repose sur l'idée, venue semble-t-il des USA et conçue à l'origine pour des contrats de réalisation de tunnels, selon laquelle lorsque des litiges surviennent en cours d'exécution du contrat, ils peuvent avoir des conséquences désastreuses, notamment d'un point de vue économique, s'ils ne sont pas pris en charge immédiatement, ce qui peut expliquer qu'en particulier des organismes de financement incitent fortement au recours à ce mode de règlement des litiges.

39. Tout bien considéré, l'idée que véhicule ce mode de règlement des litiges repose sur l'exécution de bonne foi du contrat, envisagée comme exigeant de la part des parties contractantes une obligation continue de loyauté et de coopération[30] devant conduire à anticiper les effets pervers d'un différend, notamment ceux d'ordre technique[31], et à éviter qu'il ne dégénère en litige. Pour ainsi dire, le dialogue doit prévaloir entre les parties.

Cette idée a fait souche parce que le processus de règlement des litiges en cours d'exécution se retrouve à partir de 1974 notamment dans les contrats types de la Fédération internationale des ingénieurs conseils (FIDIC) et parce que, depuis 2004, la CCI dispose d'un règlement spécifique aux dispute review boards, règlement d'ailleurs révisé en 2015[32]. Quant à la Banque mondiale, mais elle est désormais imitée par d'autres institutions financières comme la Banque africaine de développement, il semble qu'elle n'accepte de financer les projets d'ingénierie et de construction que lorsque ce mode de règlement des litiges est prévu dans le contrat.

Rien en droit algérien n'interdisant le recours à ce type de règlement des litiges, le principe de la force obligatoire des contrats constitue un fondement solide pour l'utilisation de ce mécanisme.

De fait, la pratique contractuelle montre que les parties prévoient ce type de règlement des litiges, toute autre chose étant de savoir s'il est utilisé à bon escient.

30 Cf. M. TROCHU, L'incidence de la durée du contrat sur le mode de règlement des différends au cours de son exécution, RDAI 2017, n°1, pp. 1-34.

31 La solution peut être étendue au moins à la détermination du prix comme on le constate dans le secteur des hydrocarbures qui connait des clauses d'expertise de prix prise en charge par l'Institut of Petroleum of London. Cf. G. BLOCK, Arbitrage et changements de prix de l'énergie : examen des sentences CCI au regard des clauses de force majeure, d'indexation, d'adaptation, de hardship et de take or pay, Bul. CIA/CCI, 2009 ; vol. 20/2, p.59.

32 L'objet essentiel de la révision est d'offrir plusieurs (3) options et le nouveau règlement est conçu de façon telle que lorsque les parties n'acceptent pas les conclusions des membres du board, le différend peut être soumis à arbitrage. Sur la version de 2004 de ce règlement, cf. C. KOCH, Le nouveau règlement CCI relatif aux dispute boards, Bul. CIA/CCI, 2004, vol 15/2, p.10.

40. Le Board est un comité d'experts indépendant des parties contractantes et il est mis en place dès le début de l'exécution du contrat, plus précisément dès l'entrée en vigueur de ce dernier. Son rôle est d'anticiper les conflits en examinant les désaccords au fur et à mesure qu'ils surviennent, l'objectif étant d'une part d'éviter qu'un désaccord ne se traduise en un différend et d'autre part de prévenir toute suspension du contrat, par conséquent des retards générateurs de surcouts d'exécution.

41. La qualité des experts est par conséquent fondamentale et leur rémunération constitue un cout normal d'exécution du contrat. Ils doivent avoir l'habitude de résoudre des problèmes d'ordre technique, y compris parfois en termes de respect des normes environnementales et donc être pour les parties une force de proposition(s). Les experts doivent aussi avoir une bonne connaissance des conditions locales d''exécution du contrat, des contraintes règlementaires et même des contraintes matérielles comme celles de l'approvisionnement du chantier, de la qualité des matériaux etc…

42. Quant aux missions du Board, il importe de les définir dans le contrat en même temps que de préciser les conditions d'intervention[33] de ses membres. A cet égard, outre la détermination de son périmètre d'activité - strictement technique ou étendu aux problèmes de facturation - celle du pouvoir effectif du Board est essentielle.

Dans un délai compris en général entre 90 et 180 jours à compter de sa saisine, il peut avoir à prendre des décisions[34], à émettre des recommandations pures et simples ou des recommandations devenant obligatoires à défaut d'objection de l'une des parties dans un délai à déterminer[35], mais qui doit être bref pour ne pas laisser de marge à l'incertitude pendant la réalisation du projet convenu. La nature des actes du Board peut donc bien évidemment avoir un impact considérable dans l'hypothèse d'un litige persistant entre parties contractantes.

II. Le recours aux juridictions étatiques

43. Dans la pratique des contrats internationaux, le règlement d'un litige, au sens où le différend est durable et ne peut se solder par une transaction, se conçoit de deux manières : soit par une action portée devant une juridiction étatique soit par saisine d'une juridiction arbitrale. Très souvent,

33 La clause doit indiquer les modalités de leur information périodique sur l'exécution du contrat, de saisine des membres du Board et sa périodicité ainsi que les lieux et formes de leurs interventions.

34 Telle est la pratique de la FIDIC.

35 L'absence d'objection à la recommandation doit alors s'analyser comme une décision conjointe des parties contractantes, sauf à remarquer qu'elle peut devoir donner lieu à un avenant au contrat.