

LES RAISONS DE LA LIBERALISATION DE L'ARBITRAGE INTERNATIONAL DANS LES PAYS EMERGENTS

(LE CAS PARTICULIER DE L'ALGERIE)

Jean-Baptiste RACINE

Maître de Conférences à la Faculté de Droit
de l'Université de Nice-Sophia Antipolis
Membre du C.R.E.D.E.C.O.

Il existe à l'heure actuelle un mouvement très fort tendant à l'universalisation et à la libéralisation des droits nationaux de l'arbitrage international, mouvement allant de pair avec la mondialisation de l'économie¹. Aujourd'hui, l'arbitrage international est une technique de résolution des conflits quasi universellement répandue. A l'instar de M. Fouchard, "on peut même parler d'euphorie de l'institution"².

Des réformes récentes montrent que, désormais, l'arbitrage international est non seulement accepté mais aussi encouragé par les pays émergents. Ainsi, des pays aussi différents que le Mexique³, le Brésil⁴, la Thaïlande⁵, l'Inde⁶,

¹ V. Ph. Fouchard, "L'arbitrage et la mondialisation de l'économie", in *Philosophie du droit et droit économique, quel dialogue ? Mélanges en l'honneur de G. Farjat*, éd. Frison-Roche, 1999, p.381.

² *Où va l'arbitrage international ?*, Mc Gill Law Journal, 1989, p.435, spéc. p.439.

³ Loi du 22 juill. 1993, *Rev. Arb.* 1994, p.405, V. I. Zivy, "La nouvelle loi sur l'arbitrage au Mexique", *Rev. Arb.* 1994, p.295.

⁴ V. Loi du 23 septembre 1996, *Rev. Arb.* 1997, 297, V. J. Bosco Lee, "Le nouveau régime de l'arbitrage au Brésil", *Rev. Arb.* 1997, p.199 ; *Arbitragem, a nova lei brasileira (9.307/96) e a praxe internacional*, préface F. Nusdeo, éd. LTR, 1997.

⁵ H. Ogawa, "The new Thai Arbitration Act of 1987", *J. Int'l. Arb.* 1989, n°6, p.97.

⁶ Loi du 21 août 1996, V. J. Paulsson, "La réforme de l'arbitrage en Inde", *Rev. Arb.* 1996, p.597.

l'Iran¹, le Nigeria², la Côte d'Ivoire³, le Sénégal⁴, la Tunisie⁵, l'Égypte⁶ ou l'Algérie⁷, et ce ne sont là que des exemples, ont modernisé leur droit de l'arbitrage international. Cette modernisation va dans le sens d'une libéralisation. En effet, toutes les réformes ont pour objectif de favoriser le recours à l'arbitrage, d'assouplir son régime et de faciliter l'exécution de la sentence arbitrale. L'objet de cette courte étude n'est pas de décrire le nouveau régime de l'arbitrage international, notamment en Algérie, mais plutôt de réfléchir sur les raisons de cette libéralisation.

Une telle tendance à la libéralisation ne va pas de soi. Les pays émergents, et l'Algérie faisait partie de ceux-là, étaient traditionnellement hostiles à l'arbitrage. Ces pays n'acceptaient pas que des contrats présentant une importance fondamentale pour leur économie (des contrats de développement), impliquant l'un de leurs ressortissants (parfois une personne publique si ce n'est l'État lui-même) échappent à leurs juges. La stipulation d'une clause compromissoire était ressentie comme un abandon de souveraineté. De plus, le recours à l'arbitrage faisait, selon cette conception, le jeu de la partie occidentale. L'arbitrage est un modèle émanant des pays occidentaux. Les arbitres font parfois application de la *lex mercatoria*. Les pays émergents pouvaient reprocher aux

¹ Loi publiée le 20 octobre 1997, V. H.G. Gharavi, "le nouveau droit iranien de l'arbitrage commercial international", *Rev. Arb.* 1999, p.35.

² Décret de 1988 ; commentaire de R. Amoussou-Guenou, *Rev. Arb.* 1989, p.445.

³ Loi du 9 août 1993 ; commentaire de L. Idot, *Rev. Arb.* 1994, p.783.

⁴ Loi du 14 avril 1998. V. F. Camara, "le nouveau droit de l'arbitrage au Sénégal : du libéral et de l'éphémère", *Rev. Arb.* 1999, p.45.

⁵ V. K. Meziou et A. Mezghani, "Le code tunisien de l'arbitrage", *Rev. Arb.* 1993, p.521.

⁶ Loi du 21 avril 1994, *Rev. Arb.* 1994, p.763. V. B. Gilion-Dufouleur et Ph. Leboulanger, "Le nouveau droit égyptien de l'arbitrage", *Rev. Arb.* 1994, p.665.

⁷ V. M. Bedjaoui et A. Mebroukine, "Le nouveau droit de l'arbitrage international en Algérie", *J.D.I.* 1993, p.873 ; M. Issad, "Le décret législatif algérien du 23 avril 1993 relatif à l'arbitrage international", *Rev. Arb.* 1993, p.377 ; Y. Akroun, "L'arbitrage commercial international en Algérie", in ce volume. Sur le droit positif antérieur, v. M. Issad, "L'arbitrage en Algérie", *Rev. Arb.* 1977, p.219 ; A. Mahiou, "L'arbitrage en Algérie", *Rev. Alg.*, 1989, p.701.

arbitres de ne pas prendre en compte leurs intérêts. Pour le cas des pays arabes, M. El-Ahdab pense que "*le sentiment d'hostilité était fort à l'égard de l'arbitrage considéré comme une justice étrangère qui se croit supérieure*"¹.

Toutefois cette phase d'hostilité ou de méfiance a largement cédé. L'exemple de l'Algérie est particulièrement éclairant. Après avoir été l'un des pays les plus hostiles à l'arbitrage², l'Algérie a adopté une loi en 1993 qui n'a rien à envier par son libéralisme aux droits français ou suisse qui sont deux des systèmes juridiques les plus libéraux au monde à l'égard de l'arbitrage. L'explication de la libéralisation du droit de l'arbitrage international tient à la conjugaison de plusieurs facteurs qu'il convient d'étudier les uns après les autres.

1) L'arbitrage a été par le passé le lieu où se focalisaient avec une particulière acuité les tensions entre pays développés et pays en voie de développement³. C'est à travers les sentences arbitrales que l'on pouvait apprécier la vigueur des oppositions entre le Nord et le Sud. La sentence Texaco⁴ rendue par R.J. Dupuy est, à cet égard, éclairante. Toutefois, les relations entre les pays développés et les pays émergents ont évolué. Ces rapports sont passés du stade de l'affrontement à celui du partenariat⁵, même si ce que certains appellent partenariat peut encore masquer des relations inégalitaires. Le partenariat entre acteurs issus du Nord et acteurs issus du Sud invite naturellement à recourir à l'arbitrage. Dans une relation de partenariat l'arbitrage est une solution mieux acceptée par la partie émanant d'un pays émergent.

De manière plus pessimiste, l'échec du nouvel ordre économique international⁶ a dû faire prendre conscience aux pays émergents qu'il était inutile de lutter contre l'arbitrage. En tant que mode de droit commun de résolution des conflits,

¹ *L'arbitrage dans les pays arabes*, Paris, Economica, 1986, préface J. Robert, p.7.

² V. Ph. Fouchard, *Où va l'arbitrage international*, op.cit., p.443.

³ V. Ph. Fouchard, *Où va l'arbitrage international*, op.cit., p.448.

⁴ *JDI*, 1977, p.319.

⁵ C. Vadcar, "Relations Nord-Sud : vers un droit international du partenariat ?", *JDI* 1995, p.599.

⁶ V. M. Salah M. Mahmoud, "Mondialisation et souveraineté de l'Etat", *J.D.I.*1996, p.611, spéc., p.628 et s.

l'arbitrage s'est imposé aux pays émergents. Sans méconnaître les vertus de l'arbitrage international, la libéralisation de leur droit de l'arbitrage peut dès lors s'analyser, d'après les idéologies anciennement défendues, comme une capitulation. Le pragmatisme a vaincu.

2) Les sentences arbitrales sont très loin d'être systématiquement défavorables à la partie émanant d'un pays émergent. On ne peut plus dire aujourd'hui que l'arbitrage, par nature, est hostile aux intérêts des pays en voie de développement¹. Certes, il existe peu de sentences mettant en œuvre une inégalité compensatrice. Si l'on devait faire un reproche aux arbitres du commerce international ce serait d'être indifférents à l'impératif de développement des pays émergents². Mais il serait faux de prétendre que la jurisprudence arbitrale favorise toujours la partie émanant d'un pays développé. Donnons pour exemple une sentence de nature à remettre en cause les préjugés en la matière³. Un contrat avait été conclu entre un Etat africain et une entreprise allemande. L'Etat africain demandait au Tribunal arbitral de faire application de son droit national au contrat. Le Tribunal refusa en décidant de faire application des stipulations du contrat, des usages du commerce international et des principes généraux du droit international des contrats internationaux. On pourrait penser, *a priori*, qu'une telle solution quant à la détermination du droit applicable n'est pas favorable à l'Etat africain. Mais la solution au fond du litige est très différente. Le Tribunal arbitral a constaté que l'entreprise allemande occupait une position prééminente parmi les quatre ou cinq sociétés les plus qualifiées et expérimentées tandis que l'Etat africain était un Etat du Tiers Monde dont le niveau de développement industriel et technologique était peu élevé. Le tribunal arbitral décida, en conséquence, que "*la pratique consistant de la part du partenaire développé à laisser son cocontractant s'engager dans des liens contractuels sans le moindre avis technique sérieux, et même en le pressant expressément de conclure,*

¹ V. J. Paulsson, "Le tiers monde dans l'arbitrage commercial international", *Rev. Arb.* 1983, p.3.

² V. dans ce sens, G. Blanc, "Peut-on encore parler d'un droit du développement?", *J.D.I.*1991, p.903, spéc. p.920 et s. ; Ph. Leboulanger, "L'arbitrage international Nord-Sud", in *Etudes offertes à P. Bellet*, 1991, p.323, spéc., n°25 et s.

³ Sentence CCI n°5030 de 192, *J.D.I.*1993, p.1004, note Y. Derains.

constitue un abus de sa faiblesse, sa légèreté ou son inexpérience, contraires aux usages normaux du commerce international". La sentence a ainsi sanctionné l'entreprise allemande pour violation des devoirs de prudence, d'information et de renseignement. Cette décision montre que les usages du commerce international ne se limitent pas à la protection de la liberté contractuelle et à la garantie de la sécurité juridique. Ces usages peuvent permettre, mais tout dépend de leur utilisation et de leur interprétation, une protection efficace des intérêts des pays émergents.

3) La transition vers une économie de marché est une incitation très forte à libéraliser le régime de l'arbitrage international. L'arbitrage est le compagnon naturel de l'économie libérale¹. Cette forme de justice est en effet un acte fondamental de liberté : les parties au litige choisissent librement leurs juges. C'est la traduction de la liberté contractuelle dans le règlement des conflits. Il n'est donc pas étonnant que les pays émergents qui adoptent le libéralisme économique et qui procèdent à une politique de déréglementation, dans le même temps, libéralisent leur droit de l'arbitrage international. Le cas de l'Algérie est très révélateur de cette tendance.

4) Si l'arbitrage international devient universel, c'est que, par sa nature, il correspond aux besoins du commerce international. L'arbitrage est plus qu'une institution utile au commerce international ; c'est une institution indispensable. Dès lors, dans le cadre des échanges économiques internationaux modernes, la libéralisation du droit de l'arbitrage permet aux pays émergents de s'adapter aux nécessités du commerce international. Ce mouvement de libéralisation répond dans cette conception à un besoin des agents du commerce international. Il s'agit d'une conséquence directe de la conversion progressive de ces pays à l'économie de marché.

5) L'Algérie est un pays récepteur d'investissements étrangers, particulièrement dans le domaine énergétique. L'une

¹ Même si les pays de l'Europe de l'Est anciennement socialistes connaissaient aussi un système d'arbitrage (v. G. Farjat, *Droit économique*, PUF, 1982, p.692 et s.). Mais ce type d'arbitrage était très différent de l'arbitrage commercial international faisant l'objet de cette étude.

des conditions souvent *sine qua non* de la conclusion de contrats est la stipulation d'une clause compromissoire. Plus largement, selon M. Leboulanger, l'arbitrage international est "*la condition nécessaire du commerce et des investissements étrangers*"¹. C'est en cela que l'on peut dire avec M. Robine que "*l'absence de législation moderne sur l'arbitrage international freine le développement*"². C'est pourquoi un régime libéral vis-à-vis de l'arbitrage attire les investisseurs étrangers qui se sentent dès lors en confiance. La Cour d'appel du Caire³ a ainsi constaté que la réforme égyptienne de 1994 était en "*harmonie avec les efforts de l'Etat pour créer un climat favorable à l'investissement*". Les partenaires étrangers vont être incités à investir car ils savent que la stipulation d'une clause d'arbitrage international favorise la sécurité de la relation contractuelle. Cette clause permet d'éviter la compétence de tribunaux des Etats du lieu où se réalise l'investissement. L'investisseur étranger est en effet souvent très réticent à admettre cette compétence. Il redoute le risque réel ou imaginaire d'une partialité du juge étatique en faveur de la partie nationale. L'arbitrage international présente les caractères d'un système neutre, dégagé de la sphère d'influence des Etats et qui permet l'application d'un droit adapté au contrat en cause.

Dans le même ordre d'idée, une loi restrictive à l'égard de l'arbitrage international pénalise les entreprises nationales. Selon M. Fouchard, "*les décideurs - au sens le plus large du terme - ont pris conscience qu'un refus ou une méfiance excessive à l'égard de cette justice privée pénalisait ou pénaliserait leurs entreprises leurs partenaires, leurs clients et leurs concurrents leur faisaient payer un statut défavorable ou archaïque de l'arbitrage, qui représentait un risque financièrement quantifiable*"⁴. Une loi libérale vis-à-vis de l'arbitrage international, d'un point de vue économique, contribue donc indirectement à améliorer la compétitivité des entreprises nationales.

¹ "L'arbitrage international Nord-Sud", op.cit., n°6, p.325.

² "L'évolution de l'arbitrage commercial international ces dernières années (1990-1995)", *Rev. Dr. Aff. Int.* 1996, p.145, spéc. p.146.

³ 19 mars 1997, *Rev. Arb.* 1997, p.283, note Ph. Leboulanger.

⁴ "L'arbitrage et la mondialisation de l'économie", op.cit., p.385-386.

6) Dans une vue plus sociologique, il est possible de relever avec Oppetit que l'universalisation de l'arbitrage international, et son corollaire sa libéralisation, s'expliquent par le phénomène d'acculturation juridique¹. Les systèmes juridiques sont ouverts et il y a des mouvements de communication entre ceux-ci. La résultante en est le développement d'un "*cosmopolitisme juridique*". Certaines institutions, notamment l'arbitrage, deviennent mondialement acceptées. Pour Oppetit, l'arbitrage international est moins le "*révélateur d'un conflit de cultures ou d'un hégémonisme culturel*" que le "*vecteur d'un rapprochement de cultures*"².

7) Mais la libéralisation du droit de l'arbitrage n'est pas forcément librement consentie. Elle est aussi le résultat de pressions extérieures. Les grands bailleurs de fonds, au premier chef le Fonds Monétaire International, invitent très fortement les pays auxquels des prêts sont accordés à moderniser leur droit de l'arbitrage dans le cadre des "*programmes d'ajustement structurel*". Bien sûr, l'arbitrage n'est pas seul concerné. C'est tout le droit des affaires qui fait l'objet de telles invitations à la réforme³. On voit par là que l'arbitrage commercial international, tel que conçu par les pays développés, est une institution qui s'impose aux pays émergents.

8) Les réformes se réalisent sur des modèles qui sont aujourd'hui bien connus. Outre l'influence que peuvent exercer les droits nationaux de l'arbitrage, il faut noter la forte autorité de la loi-type de la Conférence des Nations Unies pour le Développement du Commerce International (C.N.U.D.C.I.) du 21 juin 1985. Il s'agit d'un instrument facultatif qui est "*l'expression d'un très large accord de la communauté internationale sur ce que peut et doit être aujourd'hui une législation à la fois prudente et ouverte à cette méthode de règlement des litiges*"⁴. Les destinataires de cette loi-type sont tous les Etats désirant libéraliser leur droit national de

¹ B. Oppetit, "Philosophie de l'arbitrage commercial international", *J.D.I.*1993, p.811, spéc. p.815 ; aussi reproduit in *Théorie de l'arbitrage*, PUF, 1998, p.109.

² Op. cit., p.817.

³ M. Salah M. Mahmoud, "Mondialisation et souveraineté de l'Etat", op.cit., p.631 et s.

⁴ Ph. Fouchard, "La loi-type de la C.N.U.D.C.I. sur l'arbitrage commercial international", *J.D.I.* 1987, p.861, spéc. p.866.

l'arbitrage. Plusieurs pays émergents se sont inspirés de cette loi-type. Ce document favorise l'uniformisation du régime juridique de l'arbitrage international sur un fondement libéral. Ce sont les conceptions des pays développés qui ont été traduites dans la loi-type. C'est à ce titre que ce document a pu être critiqué par des représentants des pays émergents. Par exemple, M. Sornarajah a exprimé la crainte que la loi-type ne permette pas le respect des normes impératives édictées par les pays émergents dans l'intérêt de leur développement économique¹. La loi-type ferait une place trop importante à l'autonomie de la volonté. C'est pourquoi, selon l'auteur, "*One may be able to conclude that the mercatorialist attitudes predominate the substantive principles that are stated in the Model Law and that, as a result, the acceptability of the Model Law to the developing world must remain questionable*"². Malgré ces critiques, la loi-type a eu un succès indéniable auprès des pays émergents. Au surplus, afin d'atténuer les craintes exprimées par cet auteur, qui n'est pas isolé, il existe des instruments permettant d'assurer le respect de l'ordre public des Etats, notamment de l'ordre public des pays émergents³.

9) Il est possible d'évoquer une raison poussant à la libéralisation du droit de l'arbitrage international qui concerne principalement les pays développés. En effet, on a souvent relevé qu'un régime libéral vis-à-vis de l'arbitrage international attire des arbitrages⁴. Les Etats, en libéralisant tour à tour leur droit de l'arbitrage international se livrent à une forme de concurrence afin d'être les plus attractifs⁵. Pourquoi une telle

¹ "The Uncitral Model Law : A Third World Wiewpoint", *J. Int'l. Arb.* 1989, n°4, p.7.

² Op.cit., p.13.

³ V. J.B. Racine, *L'arbitrage commercial international et l'ordre public*, Avant-propos L. Boy, Préface Ph. Fouchard, LGDJ, Bibliothèque de Droit Privé, 1999.

⁴ Ph. Fouchard, E. Gaillard et B. Goldman, *Traité de l'arbitrage commercial international*, Litec, 1996, n°153, p.84.

⁵ Il serait temps de réfléchir sur les raisons économiques motivant les réformes législatives. La libéralisation du droit national a souvent pour objectif de rendre un pays plus attractif pour des raisons concurrentielles. L'exemple de l'arbitrage est particulièrement révélateur. Mais il est possible de prendre d'autres exemples. Ainsi, la modernisation du droit des sociétés en France, et notamment la création de la société par actions simplifiée, a pour but de favoriser la création sur le sol français de sociétés. Les Etats, dans le domaine

démarche ? Parce qu'un arbitrage génère du profit, notamment pour les praticiens du droit, principalement les avocats. Comme le révèlent des auteurs "*en raison des retombées économiques directes et indirectes d'une activité et de services à forte valeur ajoutée, les milieux juridiques (des différentes places d'arbitrage international), s'efforcent d'y conserver ou d'y attirer un grand nombre d'instances arbitrales internationales. Et une loi simple, libérale et moderne, est un bon argument de "vente". D'où les pressions exercées sur le législateur national en faveur de réformes*"¹. Cette raison est propre aux pays développés. Les pays émergents veulent certes attirer sur leur sol des arbitrages internationaux. Mais ce n'est pas, pour l'instant, en vue de générer un profit économique. D'ailleurs, pour le cas de l'Algérie, il ne semble pas que les praticiens du droit aient fait pression sur le législateur afin que celui-ci libéralise le régime de l'arbitrage international. Toutefois, la réforme du droit de l'arbitrage international a vocation à favoriser le recours à l'arbitrage et sera indirectement une source de bénéfice pour les praticiens du droit.

*
* *

Deux constats peuvent être faits en guise de conclusion. Tout d'abord, la libéralisation du droit de l'arbitrage international est le résultat de plusieurs facteurs qui réalisent un mélange de libre choix et de contrainte extérieure. Une telle tendance à la libéralisation doit être approuvée. Elle va dans le sens de la modernité même si elle n'est pas forcément réellement consentie par les pays émergents. Ensuite, la libéralisation du droit de l'arbitrage international est la conséquence de la prévalence de deux modèles : le modèle

plus large du droit économique dans sa vocation utilitariste, sont en situation objective de concurrence. Un pays est concurrentiel si le régime juridique applicable aux institutions utiles aux agents économiques, comme le droit de l'arbitrage ou le droit des sociétés, est libéral.

¹ Ph. Fouchard, E. Gaillard et B. Goldman, op.cit., loc. cit. Selon M. Cl. Reymond "l'arbitrage international est aussi une branche du tourisme d'affaires" ("Réflexions sur quelques problèmes de l'arbitrage international. Faiblesses, menaces et perspectives" in *L'Avenir du droit, Mélanges en hommage à F. Terré*. Dalloz, PUF, ed. Juris-classeur, 1999, p.787, spéc. p.791).

juridique occidental fondé sur l'utilitarisme et le modèle économique fondé sur le libre marché.

Il existe cependant des zones de résistance à la libéralisation. Même si formellement les droits de l'arbitrage international de certains pays émergents comme l'Algérie contiennent les mêmes dispositions que ceux des pays développés, il n'est pas certain que celles-ci soient appliquées de la même manière par les juges nationaux. L'application et l'interprétation jurisprudentielles des textes jouent en effet un grand rôle dans l'effectivité de la règle de droit. Une interprétation restrictive d'un texte libéral à l'égard de l'arbitrage international est susceptible de remettre en cause la portée du texte. Ce risque n'est pas hypothétique dans tous les pays où les juges nationaux conservent une culture plutôt hostile envers l'arbitrage. De plus, un texte libéral attire des arbitrages. Mais, en dépit du mouvement de libéralisation, sans doute encore trop récent, aucun pays émergent, et notamment l'Algérie, n'est devenu une "place" de l'arbitrage international. Encore une minorité d'arbitrages sont situés dans les pays émergents ; il y a encore trop peu d'arbitres désignés venant de pays émergents. Il faudra encore du temps avant que le mouvement de libéralisation porte ses fruits.