

# LE NOUVEAU REGIME JURIDIQUE DE LA COMPRESSION DES EFFECTIFS

Par M'hamed Nasr-Eddine KORLICHE\*

Avec la publication récente du décret législatif n°94-09 du 26.05.1994 portant préservation de l'emploi et protection des salariés susceptibles de perdre de façon involontaire leur emploi l'intérêt pour le régime juridique de la compression des effectifs a été renouvelé. En droit du travail algérien cependant, la possibilité conférée à un employeur public ou privé de procéder à une compression des effectifs pour "raison économique, y compris en mettant fin, par le licenciement, aux contrats de travail des salariés concernés, n'est pas un droit nouveau né avec l'ensemble des mesures juridiques prises depuis janvier 1988 pour assurer selon leurs promoteurs la transition vers "l'économie de marché", c'est-à-dire l'économie capitaliste.

La loi n° 78-12 du 05.OX.1978 relative au statut général du travailleur (aujourd'hui abrogée) et réputée particulièrement protectrice des "travailleurs" avait consacré il y a 16 ans déjà le droit de tout employeur de "procéder à une compression des effectifs lorsque des raisons économiques valables le justifient" (L. 78-12, art. 94) et énonçait parmi les cas de cessation de la relation de travail: "le

---

(\*) Maître assistant, chargé de cours à l'Université d'Alger.

licenciement pour compression d'effectifs" (L. 78-12, art. 92). Le champ d'application de ce droit s'étendait à l'ensemble des salariés, y compris ceux des institutions et administrations publiques.

La loi n° 90-11 du 21.04.1990 relative aux relations de travail qui a opéré, la rupture avec la législation du travail antérieure n'a pas cependant innové en substance dans ce domaine particulier.

L'innovation a concerné pour l'essentiel le droit procédural relatif à la mise en oeuvre de la compression des effectifs:

- L'autorisation administrative préalable dont l'employeur devait saisir l'inspecteur du travail, avant de mettre en oeuvre toute mesure entrant dans la compression des effectifs, est supprimée.

- La concertation avec les représentants des salariés sur le plan de mise en oeuvre de la compression des effectifs est maintenue . et même renforcée , mais elle prend des formes nouvelles et variées en raison de l'introduction par la loi précitée d'un nouveau régime de représentation des salariés et, surtout, de la "Négociation Collective" en tant que droit fondamental des salariés.

Cette loi exclut de son champ d'application les agents de l'Etat, salariés des institutions et administrations publiques.

Le décret législatif n° 90-09 du 26.05.1994 maintient au plan du droit substantiel le régime juridique de la compression des effectifs porté par la loi n° 90-11 du 21.04.1990.11 apporte cependant des précisions, des compléments et une modification importantes quant à la mise en oeuvre de la compression des effectifs et de ses conséquences sur la situation socio-professionnelle des salariés concernés:

Les précisions portent sur les mesures constituant le "volet social" de toute procédure de compression des effectifs.

- Les compléments sont les dispositions qui rendent désormais possible la retraite anticipée et celles qui instituent un droit fondamentalement nouveau "l'assurance chômage".

- La modification concerne le régime d'indemnisation des salariés licenciés pour raison économique.

Le champ d'application de ce décret législatif s'étend à l'ensemble des salariés du secteur économique, quel que soit le statut juridique de l'employeur, mais ses dispositions peuvent être étendues aux salariés des institutions et administrations publiques par un texte particulier (D.L. n° 94-09, art. 2).

## **1 - CONSIDERATIONS SUR L'OBJET DU DECRET LEGISLATIF 94-09.**

L'objet premier du décret législatif n° 94-09 n'est pas d'instituer un régime de licenciement, même s'il tend à des licenciements. Ce régime juridique est plutôt celui d'une opération de réduction des effectifs dans laquelle le licenciement pourrait prendre une place.

Les notions de compression des effectifs et du licenciement pour raison économique ne doivent pas être confondues. En effet, la compression des effectifs ne se résout pas nécessairement par une mesure de licenciement.

Elle peut se réaliser par une combinaison de mesures: non remplacement des salariés en cessation de la relation de travail pour des raisons qui leur sont liées (loi n° 90-1 art. 66), mise à la retraite des travailleurs qui remplissent les conditions légales (loi n° 83-12 du 02.07.1983, art. 6), mise en retraite anticipée, redéploiement des effectifs. Ces mesures ne sont pas nouvellement introduites en droit de travail algérien. Cependant, le premier intérêt du décret législatif précité est d'avoir énoncé des règles qui rendent désormais certaines de ces mesures effectives:

a) - L'admission à la retraite anticipée est énoncée parmi les mesures à envisager dans toute opération de compression des effectifs. Elle déroge au droit commun relatif à la retraite et constitue un droit particulier des seuls salariés menacés de perdre leur emploi pour raison économique (D.L. n° 94-09, art. 3 et 7). Les conditions propres à la mise en oeuvre de ce droit sont désormais réglementées par le décret législatif n° 94-10 du 26.05.1994 instituant la retraite anticipée.

b) - Le redéploiement des salariés dont les emplois sont menacés doit être préparé le cas échéant par des actions de formation reconversion obligatoires et peut être mis en oeuvre avec l'aide des pouvoirs publics aussi bien par le transfert des salariés vers d'autres activités dans la branche ou le secteur d'activité auxquels ils appartiennent que par la création de nouvelles activités en leur faveur (décret législatif n° 94-09, art. 7, 8 et 26).

c) - La mise à la retraite du salarié relève du droit commun du travail. Ses conditions sont déjà énoncées dans la loi n° 83-12 du 02.07.1983 relative à la retraite. Cependant, le décret législatif n° 94-09 introduit une disposition nouvelle et d'une grande portée: L'employeur est désormais légalement tenu de mettre à la retraite tout salarié qui

réunit les conditions légales. C'est là une règle générale et permanente, indépendante de toute opération de compression des effectifs (D.L. n° 94-09, art. 29). Rappelons que dans la législation antérieure la mise à la retraite ne pouvait intervenir que si le salarié concerné en faisait la demande ou si l'employeur décidait de sa propre volonté de recourir à cette mesure pour mettre fin à une relation individuelle de travail.

Le deuxième intérêt du décret n° 94-09 est qu'il fait primer le droit à l'emploi même s'il organise légalement sa suppression:

a) - L'employeur qui prend des mesures pour préserver les emplois menacés peut prétendre à des aides publiques multiformes (décret législatif n° 94-09, art. 25 et 26).

b) Cette aide peut aussi être apportée directement aux salariés dont l'emploi est menacé pour leur faciliter la création d'activités pour propre compte (décret législatif n° 94-09, art. 27).

## II ▪ CONSIDERATION SUR "LA RAISON ECONOMIQUE" JUSTIFIANT LA COMPRESSION DES EFFECTIFS.

Légalement, l'employeur ne peut avoir recours aux mesures de compression des effectifs que pour "raison économique". La "raison économique" est cependant une action susceptible d'au moins deux interprétations. Et la question n'est pas seulement de pure exégèse. Même si ce type d'exercice est également utile - tant les conséquences juridiques sur la mise en oeuvre de la procédure peuvent être différentes selon que l'on adopte l'une ou l'autre interprétation:

a) Une interprétation restrictive selon laquelle la raison économique doit être liée à la contrainte irrépressible que la situation du marché exerce sur l'employeur, obligé de compresser les effectifs, y compris par le recours au licenciement, pour assurer la survie de l'entreprise. La "raison économique" est assimilée dans cette interprétation à "difficultés économiques et financières".

b) Une interprétation extensive selon laquelle la raison économique inclut des considérations économiques - Moins contraignantes - qui incitent l'employeur à des mutations technologiques et à une réorganisation de l'entreprise dans le but d'accroître le profit ou de faire face à la concurrence.

Le décret législatif n° 94-09 ne propose aucune définition, ni aucun critère qui permettrait de caractériser la "raison économique" en question et de la lier directement à l'une ou l'autre de ces deux

interprétations. Toutefois, l'analyse des mesures qui constituent le contenu de la première phase du volet social relatif à la compression des effectifs (décret législatif n° 94-09, art. 7), laisse apparaître clairement que la première interprétation est privilégiée, même si la deuxième n'est pas exclue. En fait, seules les pratiques à venir dans les entreprises, et éventuellement la jurisprudence et les magistrats sont amenés à se prononcer sur ces questions, permettraient de mieux cerner la notion de "raison économique".

Pour l'heure, quel que soit l'interprétation retenue, ce qui paraît certain c'est que seule la "raison économique" d'ordre structurel est visée par ce décret législatif et ce même si ce qualificatif n'y est pas utilisé. En effet, les salariés en cessation temporaire ou permanente de travail, de façon involontaire, ne sont pas admis à bénéficier des deux principales mesures de protection sociale prévues par le nouveau régime juridique (retraite anticipée et assurance chômage) lorsque la raison même économique de cette cessation est d'ordre conjoncturel: chômage technique, chômage intempérie, sinistre ou catastrophe naturelle (décret législatif n° 94-10, art. 3 et décret législatif n° 94-11, art. 3).

### III - CONSIDERATION SUR LA PROCEDURE DE MISE EN OEUVRE DE LA COMPRESSION DES EFFECTIFS.

La procédure relative à la compression des effectifs relève d'un régime juridique dans lequel il y a la collaboration entre l'encadrement législatif et l'action normative autonome des parties à la relation collective de travail. Cette action est d'ailleurs nettement privilégiée et doit être conduite par les concernés selon les règles déjà fixées par la législation du travail promulguée en 1990 et modifiée en 1991.

#### A - LE PRINCIPE DE LA PRESERVATION DE L'EMPLOI ET DE LA PROTECTION DES SALARIES

Le principe constant réitéré dans toutes les législations du travail qui se sont succédées à ce jour est la préservation de l'emploi. Il est soutenu par l'énoncé de nombreuses dispositions et en particulier par celles relatives au droit des contrats de travail. C'est un paradoxe du droit du travail que même les règles qui régissent la suppression d'emplois ont pour fondement le principe de leur préservation! L'explication de ce paradoxe est à chercher dans l'analyse économique qui appréhende l'emploi dans un sens global et dynamique.

En droit, la compression des effectifs est subordonnée au principe de la préservation de l'emploi et ne peut être légalement envisagée par l'employeur que lorsque toutes les mesures de réorganisation du travail susceptibles de **l'éviter** auront été examinées et se seront avérées inopérantes ou insuffisantes pour obtenir **l'adéquation** nécessaire entre d'une part le niveau de l'emploi, la masse salariale et **d'autre** part les résultats économiques et financiers recherchés pour assurer la survie de l'entreprise ou son développement.

Enfin lorsque la compression des effectifs s'impose, il faut obligatoirement tenter de la réaliser d'abord par toute autre mesure que le licenciement pur et simple qui doit rester le recours ultime.

L'ensemble des mesures qui répondent à cette démarche et **au** principe qui la sous-tend sont désormais énoncées de façon exhaustive dans le décret législatif 94-09. Elles constituent le contenu d'un dispositif de protection des salariés menacés de perdre leurs emplois: c'est le "volet social" prévu à l'article 5 du décret législatif.

Légalement, la mise en oeuvre du volet social doit se faire en deux phases successives. Chacune d'elles comprend des mesures qui lui sont propres (décret législatif n° 94-04, art. 7 et 8). Ce dispositif dont dépend finalement la décision de licenciement et, s'il y a lieu, le nombre de **salariés** concernés, appelle plusieurs remarques:

- Première remarque: La procédure selon laquelle devraient se succéder les deux phases du "volet social" n'est pas réglementée par le décret législatif. Il appartiendra donc à l'employeur et aux représentants des travailleurs d'en convenir de façon concertée.

Toutefois, il est à relever que malgré l'emploi du terme "phases" qui évoque l'idée d'états successifs d'une opération en évolution - la deuxième phase du volet social n'intervient pas nécessairement dès lors que la première phase aura été initiée. Sa mise en oeuvre ou non et, notamment, celle de la procédure de licenciement qui en est la mesure principale, dépendra des résultats atteints en application de la première phase. Celle-ci comprend des mesures de deux ordres:

- a) - Des mesures susceptibles d'assurer les résultats économiques et financiers recherchés tout en évitant le recours à la compression des effectifs et au moins; le cas échéant de réduire le nombre de salariés qu'elle pourrait concerner: Adaptation du régime indemnitaires, réexamen des formes et niveaux de la rémunération, gel des avancements, partage du travail. Avec ces mesures les salariés perdent une partie de leurs revenus mais conservent leurs emplois.

b) • Des mesures susceptibles de réaliser une compression des effectifs sans licenciement et mise au chômage des salariés: formation - **reconversion** de salariés pour les préparer à des emplois de substitution, mise à la retraite, admission à la retraite **anticipée**.

• Deuxième remarque: Les mesures qui constituent le contenu du volet social, dans ses deux phases, ne s'imposent pas dans leur ensemble à l'employeur. Il est en droit de ne retenir parmi elles que celles (ou même une seule) qui seront considérées comme étant les mieux appropriées dans le cas de l'entreprise concernée. Ce qui signifie aussi que l'ordre dans lequel sont énoncées ces mesures dans le décret législatif ne s'impose pas non plus à l'employeur.

Enfin, l'annoncé de ces mesures, même s'il se veut exhaustif, n'exclue pas d'autres mesures que celles légalement prévues, puissent être envisagées de façon concertée entre l'employeur et les représentants des travailleurs.

• Troisième remarque: En termes de procédures, l'articulation entre le contenu de la première phase du volet social et celui de la deuxième phase me paraît techniquement mal conçue. En effet, selon les termes de l'article 7 du décret législatif n° 94-09, l'examen des mesures relatives au redéploiement des effectifs, à la mise à la retraite et à l'admission à la retraite anticipée doit se faire dès la première phase; aussi, on peut s'étonner que l'examen des critères devant permettre l'identification des salariés concernés par ces mesures et celui des modalités d'élaboration des listes nominatives de ces salariés ne doit intervenir que dans l'éventuelle deuxième phase du volet social (décret législatif n° 94-09, art. 9).

En réalité, à bien analyser le contenu du volet social il apparaît que le contenu de la deuxième phase se réduit théoriquement à une seule mesure: le licenciement pour raison économique et l'ouverture du droit aux prestations de l'assurance chômage au profit des salariés qui en remplissent les conditions. Cependant, il est indéniable que la question du licenciement constitue l'enjeu premier de toute opération de "réajustements des niveaux de l'emploi et des salaires" (décret législatif n° 94-09, art. 5): Aussi, il serait surprenant qu'elle ne soit pas abordée dès la première phase et que son examen soit relégué à une phase ultérieure. De plus, et surtout, il paraît inconcevable qu'un manager de la ressource humaine puisse envisager en matière d'emploi des actions pouvant se traduire par une compression des effectifs sans être contraint d'examiner d'emblée l'ensemble des mesures - y compris le licenciement - **tout en** tenant compte de leur **concomitance**.

La distinction des deux phases dans la mise en oeuvre du volet social qui doit accompagner les "réajustements des niveaux de l'emploi et des salaires" décidés par l'employeur, apparaît en définitif peu judicieuse et non opérationnelle. Il est fort probable que dans la pratique cette distinction disparaisse et que l'ensemble des mesures soient examinées en une seule et même phase. Bien entendu, l'application des décisions contenues dans le plan social qui résultera de cet examen pourrait, selon la situation propre à chaque entreprise, se réaliser en une deux ou plusieurs étapes.

- Quatrième remarque: La définition des critères devant permettre l'identification des salariés touchés par la compression des effectifs et, notamment, par la mesure de licenciement est sans doute un moment grave de la procédure. La loi n° 90-11 du 21.04.1990 a énoncé des critères qui tiennent de l'ancienneté, de l'expérience et de la qualification (Art. 71). Ces critères sont énoncés à titre indicatif et n'excluent pas le recours par l'employeur à d'autres critères. Le décret législatif n° 94-09 du 26.05.1996 ne rappelle pas ces critères et n'en annonce pas de nouveaux. L'employeur est donc libre de définir les critères adéquats, mais doit néanmoins les soumettre à la concertation avec les représentants des travailleurs.

L'examen du contenu du volet social permet cependant de relever deux mesures pour lesquelles des critères d'ordre légal sont fixés: La mise à la retraite et l'admission à la retraite anticipée.

a) - La mise à la retraite repose sur deux critères légaux fixés par la loi n° 83-12 du 02.07.1983 relative à la retraite: être âgé d'au moins 60 ans pour un homme et 55 ans pour une femme et réunir, pour l'un ou l'autre sexe, un nombre d'années de travail égal à 15 ans au moins (loi n° 83-12, art. 6).

Le décret législatif n° 94-09 semble avoir implicitement modifié ce dernier critère. Il peut en effet être tiré, par déduction de l'article 29 alinéa 2 que l'employeur n'est en droit de mettre en retraite un salarié qui a atteint l'âge légal que lorsque le nombre d'années de travail validé par le régime de retraite est égal à 32 années: c'est-à-dire le nombre d'années nécessaires pour que l'intéressé bénéficie du taux de pension plein.

Toutefois, en application de l'article 10 de la loi n° 83-12 relative à la retraite, l'employeur est en droit de mettre le travailleur en retraite si celui-ci a atteint l'âge légal augmenté de cinq années (soit 65 ans pour un homme et 60 ans pour une femme) même s'il a travaillé pendant

moins de 15 ans, si l'on se réfère à la règle fixée par l'article 6 de la loi 83.12, et moins de 32 années, si l'on se réfère à l'article 29 alinéa 2 du décret législatif n° 90-09.

La mise à la retraite n'est cependant pas une mesure propre à la compression des effectifs. Il a déjà été relevé précédemment que tout employeur est désormais tenu de mettre à la retraite le salarié qui remplit les conditions légales et ce dans le cadre de la gestion courante de ses effectifs.

b) - L'admission à la retraite anticipée est un droit nouveau dont les critères de mise en oeuvre sont fixés par le décret législatif n° 90-10 du 26.05.1994: être âgé d'au moins 50 ans pour un homme et de 45 ans pour une femme et réunir un nombre d'années de travail, pour l'un ou l'autre sexe, égale à 20 années au moins.

Toutefois, une saine application de ce régime juridique voudrait que, dans le cadre d'une opération de compression des effectifs, l'admission à la retraite anticipée ne devrait pas constituer une mesure qui concernerait indistinctement tout salarié dès qu'il répond à ces critères et uniquement en raison de ces critères. L'usage à faire de ces critères ne devrait être ni exclusif ni déterminant: Les salariés touchés par la compression des effectifs le seront par l'application d'un ensemble de critères dont l'employeur **garde** l'initiative en rapport avec la politique de gestion de la ressource humaine qu'il entend promouvoir; et parmi ces salariés seront alors admis à la retraite anticipée ceux qui répondent aux critères particuliers qui ouvrent ce droit. Par contre, la relation de travail des salariés qui, en application de cet ensemble de critères, ne sont pas menacés de perdre leur emploi sera maintenue même pour ceux d'entre eux qui répondent aux critères particuliers d'admission à la retraite anticipée.

- Cinquième remarque: La mise en oeuvre d'une opération de compression des effectifs pourrait révéler le cas de salariés menacés de perdre leur emploi, mais qui ne réunissent aucune des conditions pour bénéficier de l'une des mesures de protection sociale prévues par le décret législatif.

L'employeur et-il en droit alors de licencier ces salariés? La question peut se poser notamment pour les salariés dont le redéploiement est empêché faute d'emplois de substitution.

Le décret législatif précité n'a pas prévu ce cas, mais il ne contient aucune disposition interdisant le licenciement pour raison économique

du salarié qui ne pourrait pas bénéficier de l'une des mesures de protection sociale. Nonobstant la formulation de l'article 22 de ce décret législatif, le **salarié** qui serait dans cette situation devrait en cas de licenciement avoir droit à une indemnité de licenciement égale à trois mois de salaire à la charge de l'employeur et ce même s'il ne bénéficie pas d'une admission au **régime** d'assurance chômage.

## B • LE PRINCIPE DE LA CONCERTATION.

La concertation entre l'employeur et les représentants des travailleurs est une étape essentielle dans la procédure de compression des effectifs. Pièce maîtresse de cette procédure, le "volet social" est conçu par l'employeur et doit être approuvé par les organes habilités de l'organisme employeur (décret législatif n° 94-09, art. 6). Mais, l'adoption définitive de son contenu ainsi que celle des conditions liées à sa mise en oeuvre est soumise à une procédure de concertation obligatoire. Le décret législatif n° 94-09 qui pose le principe de cette concertation (Art. 10) ne la régit pas cependant d'une manière particulière. L'employeur et les représentants des travailleurs auront donc à suivre en la matière les règles générales fixées par la législation de 1990 et celles éventuellement convenues dans les conventions collectives. La concertation prend obligatoirement deux formes:

a) • La consultation: C'est une formalité substantielle. Elle permet aux membres du comité de participation, **représentants** élus des travailleurs, d'être consultés par l'employeur et d'exprimer leur avis sur les mesures liées à la compression des effectifs. A cet effet, le comité de participation peut décider de recourir à des expertises non patronales (loi n° 90-11, art. 110). Toutefois, l'avis exprimé n'oblige pas l'employeur. Il est en droit de ne pas s'y conformer.

b) • La négociation: Entre l'employeur et les organisations syndicales représentatives la concertation prend la forme d'une négociation qui devrait normalement aboutir à un accord sur le contenu du volet social et les conditions de sa mise en oeuvre. En cas de désaccord, il doit être fait application du droit commun du travail, c'est-à-dire, des procédures prévues par la loi n° 90-02 du 06.02.1990: La conciliation, si les parties en désaccord en conviennent, la médiation **et/ou** l'arbitrage.

Sur les plans technique et juridique, les termes dans lesquels ces procédures sont évoquées par le décret législatif n° 94-09 appellent deux remarques:

▪ Première remarque: Le décret législatif n'a pas prévu une procédure de substitution pour mettre fin au désaccord et permettre malgré tout la mise en oeuvre de la compression des effectifs et du volet social qui l'accompagne dans les cas suivants:

\* Echec des procédures de conciliation et éventuellement de médiation et les parties en désaccord n'ont pu convenir de recourir à la procédure d'arbitrage.

\* Echec de la procédure de conciliation et les parties en désaccord n'ont pu convenir de recourir aux procédures de médiation et/ou d'arbitrage.

L'intérêt de cette remarque doit être considéré en dehors d'une situation de grève. La grève, en effet, autorise les pouvoirs publics à intervenir dans la résolution du conflit en le soumettant à la commission nationale d'arbitrage et ce nonobstant la volonté des parties en conflit (loi n° 90-02, art. 48).

▪ Deuxième remarque: Par rapport au droit commun du travail l'article 11 du décret législatif précité introduit deux confusions qu'il faut lever:

\* La conciliation est une procédure obligatoire qui s'impose légalement aux parties en désaccord. (Loi n° 90-02, art. 5 et 6). Aussi, les parties concernées n'ont à "affirmer leur volonté" que lorsqu'il s'agit de recourir, le cas échéant, à la médiation et/ou à l'arbitrage qui sont des procédures facultatives.

\* L'ensemble de ces procédures ne peut être évoqué que dans les "réunions" entre l'employeur et les organisations syndicales représentatives et non pas, également, dans les réunions entre l'employeur et le comité de participation comme le laisserait croire à tort la lecture des articles 10 et 11 du décret législatif n° 94-09.

Avec la promulgation du décret législatif de mai 1994 l'évolution juridique la plus marquante n'a pas porté sur le droit substantiel relatif à la compression des effectifs et au licenciement pour raison économique qui en est la mesure la plus grave socialement et la plus problématique en droit du travail.

L'évolution la plus significative a concerné surtout le droit procédural. La nouvelle législation a développé les **procédures** préalables et les mesures d'accompagnements. Parmi les mesures d'accompagnement la retraite anticipée et l'assurance chômage sont des parties nouvelles dans le champ du droit social algérien.

## II . BIBLIOGRAPHIE

## RESUME DE LA THESE

# **“L'ARBITRAGE COMMERCIAL INTERNATIONAL ET L'ORDRE PUBLIC”**

Par Jean **Baptiste** RACINE  
Université de Nice, France

Par l'effet d'une politique générale de faveur envers l'arbitrage international, les Etats ont accordé à cette forme de justice une large autonomie. L'arbitrage international est aujourd'hui détaché des droits étatiques. Toutefois, cette autonomie n'est pas totale: elle trouve sa limite dans l'ordre public. Grâce à la réserve de l'ordre public, l'arbitrage international n'est pas complètement hors du contrôle des Etats.

Seul nous intéresse l'ordre public touchant à la substance du droit. La place de l'ordre public de procédure dans l'arbitrage international mérite une étude à part entière. Les rapports qu'entretiennent l'arbitrage international et l'ordre public de fond sont complexes. Cette complexité vient tout d'abord de l'imprécision de la notion d'ordre public. Il s'agit d'une notion fuyante, rebelle aux tentatives de systématisation. L'ordre public se définit avant tout par sa fonction: il s'agit d'un mécanisme exceptionnel d'éviction soit de la volonté des parties à un contrat soit d'une loi, d'une décision ou d'un acte étranger. L'ordre public intervient, le plus souvent, aux fins de protéger l'intérêt général. Ensuite, les relations entre arbitrage international et ordre public doivent aboutir à une difficile conciliation entre deux impératifs contradictoires: l'autonomie de l'arbitrage international et la préservation de l'intérêt général. Un juste milieu est difficile à atteindre car les nécessités du

commerce international, qui répondent au besoin des opérateurs du commerce international de jouir de la plus grande liberté, sont un obstacle à la prise en compte de l'ordre public.

En dépit de la libéralisation croissante du régime de l'arbitrage international, l'ordre public n'est pas, et ne doit pas être, une réserve vidée de son sens. C'est bien sûr un ordre public flexible, adapté aux particularités de l'arbitrage international qui est mis en oeuvre. Au sein même de la matière de l'arbitrage international, l'ordre public va remplir tour à tour plusieurs fonctions. L'ordre public intervient au titre de la compétence de l'arbitre (Première partie), au stade du droit applicable par l'arbitre au fond du litige (Deuxième partie) et enfin dans le contrôle étatique de la sentence (Troisième partie).

### **Première partie: L'ordre public et la compétence de l'arbitre.**

La loi interdit parfois l'arbitrage au nom de l'ordre public. Or l'évolution contemporaine aboutit à un recul de l'ordre public dans la convention d'arbitrage. La compétence de l'arbitre dans les domaines touchant à l'ordre public est reconnue.

Le trait est très net en matière d'arbitrabilité des litiges. L'arbitrabilité est l'aptitude d'une question litigieuse à constituer l'objet d'un arbitrage. Aujourd'hui, la non arbitrabilité des litiges se réduit comme une "peau de chagrin". La jurisprudence française a tenu pour non écrit l'article 2060 du Code civil dans sa mention des "matières qui intéressent l'ordre public". Les juges français ont décidé que le litige n'est pas inarbitrable du seul fait que le rapport de droit litigieux est soumis à une réglementation d'ordre public. De plus, en matière d'arbitrage international, la jurisprudence se réfère désormais à l'ordre public international, notion définie de manière restrictive. Le critère contenu dans l'article 2060, inutile et inadapté aux réalités d'aujourd'hui, doit donc être supprimé à la faveur d'une réforme législative. Seuls les critères de la libre disponibilité des droits et de la compétence exclusive des autorités étatiques doivent être employés pour définir l'arbitrabilité des litiges. Le droit suisse, quant à lui, contient un critère simple, quoique certainement trop libéral, de l'arbitrabilité. Ce droit considère en effet comme arbitrables les causes de caractère patrimonial.

L'étude des différentes matières susceptibles d'être soumises à l'arbitrage montre le mouvement d'extension de l'arbitrabilité des litiges. La jurisprudence a ainsi considéré des matières comme le droit

de la concurrence, le droit des procédures collectives ou le droit de la propriété industrielle comme arbitrables. Certaines questions restent encore soustraites à la compétence de l'arbitre comme celles touchant à l'état des personnes ou au droit pénal. Il s'agit en réalité d'îlots d'inarbitrabilité dans un océan d'arbitrabilité. Enfin, une question demeure en suspens: les litiges internationaux portant sur un contrat de travail ou sur un contrat de consommation sont-ils arbitrables? La jurisprudence n'est pas encore fixée. Une distinction semble devoir être mise en oeuvre entre, d'une part, le compromis d'arbitrage, considéré comme valable, et, d'autre part, la clause compromissoire, qui, elle, devrait être déclarée nulle. En effet, les impératifs de protection du salarié ou du consommateur ne s'effacent pas, au contraire, dans le domaine international.

La jurisprudence a non seulement autorisé les arbitres à appliquer des règles et des principes d'ordre public mais elle leur a également conféré le pouvoir d'en sanctionner la violation. A la suite des désormais célèbres arrêts *Ganz* et *Labinal*, les arbitres détiennent le pouvoir de prononcer la sanction de la méconnaissance de normes d'ordre public, notamment en annulant un contrat. Il existe une seule hypothèse dans laquelle l'arbitre est empêché de prononcer la sanction d'une violation de l'ordre public. Il en est ainsi lorsque les parties n'ont pas conféré le pouvoir à l'arbitre de sanctionner la violation de l'ordre public. Dans ce cas, la mission de l'arbitre est illicite car celui-ci, s'il devait se prononcer sur le fond du litige, serait conduit à rendre une sentence consacrant une violation de l'ordre public. L'arbitre doit donc se déclarer incompétent.

Le droit français est allé jusqu'à adopter des règles matérielles de droit international privé pour affirmer la validité de la convention d'arbitrage international. Après la création de règles matérielles spécifiques, les juges français ont complètement abandonné la méthode des conflits de lois notamment par l'arrêt *Dalico* rendu par la Cour de cassation le 20 décembre 1993. En droit français, la convention d'arbitrage international est aujourd'hui soumise dans son entier à une règle matérielle de portée générale où l'ordre public joue un rôle particulier: il est devenu la seule cause de nullité de la convention d'arbitrage international. La clause d'arbitrage, aux termes du droit français, est considérée comme valable sauf si elle est contraire à l'ordre public.

L'arrêt *Dalico* a donné naissance à une notion d'ordre public originale. La Cour de cassation se réfère dans son arrêt à l'ordre public

international et aux règles impératives du droit français. Il ne s'agit pas d'un ordre public d'éviction du droit étranger. L'ordre public a une fonction matérielle: il évince la volonté des parties en permettant l'annulation de la clause compromissoire. De plus, l'ordre public doit rendre compte de tous les cas de nullité de la convention d'arbitrage. L'ordre public reçoit donc un contenu original puisqu'il permet l'annulation de la convention non seulement pour absence d'arbitrabilité mais aussi pour vice du consentement, défaut de capacité ou de pouvoir. La méthode utilisée est ici subordonnée aux objectifs poursuivis par la jurisprudence: faire échapper la convention d'arbitrage international aux lois restrictives ou prohibitives et ainsi soumettre celle-ci à un régime juridique particulièrement libéral.

L'aptitude à compromettre de l'Etat et des personnes morales de droit public relève également de la méthode des règles matérielles de droit international privé. La jurisprudence française a tout d'abord écarté dans le domaine international la prohibition de compromettre héritée de l'article 2060 du Code civil. Ensuite, les juges français ont soumis l'aptitude à compromettre de l'Etat à une règle matérielle de portée générale de nature similaire à celle dégagée par l'arrêt *Dalico*. Désormais, en droit français, toute personne publique, qu'elle soit française ou étrangère, reçoit, dans la sphère internationale, la faculté de conclure une convention d'arbitrage. Bien plus, les juges français, imités en cela par le législateur suisse et la jurisprudence arbitrale, font de l'aptitude à compromettre une règle d'ordre public international. C'est au nom du principe général de bonne foi que l'aptitude à compromettre de l'Etat est considérée comme d'ordre public international. En effet, il est contraire à la bonne foi qu'un Etat signe une convention d'arbitrage et se prévale, par la suite, d'une inaptitude à compromettre héritée de son droit interne pour se délier de son engagement.

L'ordre public s'est progressivement retiré du champ de la convention d'arbitrage. Faut-il pour autant penser que l'ordre public ait disparu? La réponse à cette question doit, bien sûr, être négative. L'ordre public a subi une mutation. Comme par un effet de vases communicants, l'ordre public s'est déplacé de la convention d'arbitrage vers la sentence arbitrale.

## Deuxième partie: L'ordre public et le droit applicable au fond devant l'arbitre.

L'arbitre doit normalement respecter l'ordre public des Etats. En effet, la sentence fait l'objet d'un contrôle étatique, soit lors d'une instance en annulation, soit lors d'une demande d'exequatur. L'arbitre est dans une situation de "liberté sous contrôle" qui doit l'inciter à respecter l'ordre public étatique.

L'arbitre doit, en premier lieu, respecter l'ordre public appartenant à la *lex causae*. L'arbitre, en effet, remplit une fonction juridictionnelle qui l'oblige à appliquer la *lex causae* dans toutes ses dispositions, supplétives et impératives. Cette obligation incombe à l'arbitre que les parties aient choisi la loi applicable ou qu'il l'ait déterminée lui-même, qu'il statue en droit ou en amiable composition. L'arbitre peut cependant écarter de son propre chef une disposition d'ordre public de *lex causae* si celle-ci est manifestement contraire aux besoins du commerce international. Cette réserve doit toutefois être utilisée avec précaution.

En second lieu, l'arbitre doit respecter l'ordre public étranger à la *lex causae*. Une telle proposition ne relève pas de l'évidence. On peut au contraire soutenir que l'arbitre n'est jamais tenu de donner effet à un ordre public qui est extérieur à la loi déclarée applicable au fond du litige. Or, dans certains cas, le respect de dispositions d'ordre public extérieures à la *lex causae* s'impose à l'arbitre. Tout d'abord, l'arbitre doit, dans tous les cas, veiller à assurer l'efficacité de sa sentence au lieu de son exécution future. Ensuite, l'arbitre n'est pas seulement le dépositaire des intérêts des parties, il doit se soucier également de la pérennité de l'arbitrage international. Si les Etats constataient que l'arbitrage est un moyen offert aux agents économiques de contourner leurs règles d'ordre public, ils pourraient revenir sur l'attitude de faveur manifestée envers l'institution.

Les règles d'ordre public extérieures à la *lex causae* s'imposant à l'arbitre sont soit les règles d'ordre public international étatique soit les lois de police. Le rôle de l'ordre public international de source étatique semble mineur. Il se limite à l'obligation pour l'arbitre de respecter les règles du droit des procédures collectives. En revanche, la jurisprudence arbitrale contient de nombreuses illustrations de la prise en compte des lois de police étrangères de la *lex causae*. Certaines sentences traitent les lois de police comme des éléments de fait soit au titre de la force majeure soit au titre de la cause illicite ou immorale du contrat. Toutefois, il semble préférable d'inviter les arbitres à appliquer

directement au fond la loi de police qui se déclare compétente. Dans cette hypothèse, l'arbitre doit constater la réunion d'un certain nombre de conditions. La loi de police doit, bien sûr, être intéressée au litige. Il faut, en outre, qu'elle entretienne un lien étroit avec le litige et que son application soit jugée légitime.

L'observation de la jurisprudence arbitrale laisse toutefois la désagréable impression que "la montagne a accouché d'une souris". Dans la quasi-totalité des cas, les arbitres ont toujours trouvé un argument pour ne pas donner effet à une loi de police qui n'appartenait pas au droit applicable au fond. Les arbitres tiennent, dans leur majorité, à assurer la prévision des parties. Les arbitres remplissent ce rôle en rejetant les lois qui n'ont pas été choisies par les parties et qui pourraient bouleverser leur relation. Tout se passe comme si les arbitres voulaient donner l'impression qu'ils sont soucieux du respect des intérêts légitimes des Etats alors, qu'en fait, seule la satisfaction des intérêts des parties les intéresse.

Outre l'ordre public étatique, l'arbitre assure le respect d'un ordre public transnational. Contrairement à l'ordre public international d'origine étatique, l'ordre public transnational est véritablement international par sa source il émane directement de la collectivité des Etats et de la collectivité des commerçants internationaux - et par son contenu - la règle qu'il consacre est largement répandue dans les différents ordres juridiques.

Certes, l'ordre public transnational est une notion en devenir; ses contours ne sont pas encore délimités avec précision. Mais la notion existe en dépit des critiques formulées à son encontre. L'ordre public transnational trouve sa justification dans la mise en oeuvre par les arbitres du commerce international de normes transnationales. Il est inutile de se référer à un éventuel ordre juridique de la *lex mercatoria*. Il suffit de constater objectivement que les arbitres appliquent des normes répondant aux besoins du commerce international. Parmi celles-ci figurent des normes d'ordre public transnational. Le développement de l'ordre public transnational est inéluctable. Celui-ci est au coeur des évolutions contemporaines de la société internationale, c'est-à-dire la mondialisation de l'économie et l'uniformisation du droit. C'est donc la conséquence d'un mouvement de fond de la société contemporaine.

L'arbitre, lorsqu'il se réfère à un ordre public transnational, puise à toutes les sources, tant publiques - *jus cogens*, principes de droit international, lois étatiques, principes généraux du droit... - que privées

▪ usages du commerce international, codes de conduite privés... En réalité, c'est la convergence de plusieurs sources qui permet de donner naissance à un principe d'ordre public transnational. Une source isolée ne peut engendrer à elle seule une norme d'ordre public transnational.

Le contenu de l'ordre public transnational se compose à la fois de principes protégeant les intérêts immédiats de la **société** des marchands et de principes protégeant des intérêts supérieurs aux intérêts de la société des marchands. Au nombre des premiers on peut citer le principe de bonne foi. Toutefois, ce principe ne peut être considéré dans sa totalité comme d'ordre public transnational. Le principe de bonne foi ne permet l'éviction d'une loi étatique au nom de l'ordre public transnational que lorsque cette loi entend faire échapper l'Etat qui l'a édictée ou une entreprise ressortissante de cet Etat à ses obligations découlant d'un contrat. Parmi les principes d'ordre public transnational protégeant des intérêts supérieurs à ceux de la société des marchands, il est possible de citer la prohibition de la corruption, la protection des droits de l'homme, l'extra-commercialité du corps humain, de ses produits et dérivés.

Enfin, la fonction de l'ordre public transnational est double. L'ordre public transnational évince la loi normalement compétente; il s'agit de la fonction négative. L'ordre public transnational permet aussi d'annuler le contrat litigieux; il s'agit de la fonction positive. Sous cette double fonction, l'ordre public transnational remplit à la fois le rôle de l'ordre public "au sens du droit international privé" en évinçant une loi et le rôle de règles impératives en annulant un contrat. L'ordre public transnational est donc une notion hybride. Ces différentes fonctions font des principes d'ordre public transnational des normes supérieures tant aux droits étatiques qu'à la volonté des parties.

L'ordre public transnational est toutefois porteur de risque. Il est en fait possible que les arbitres invoquent de grands principes, de grands idéaux, sans jamais les mettre en oeuvre. Les arbitres doivent être conscients du rôle fondamental qu'ils doivent jouer dans la moralisation du commerce international. Les arbitres doivent donner de la consistance à l'ordre public transnational. Ils ont relevé ce défi en sanctionnant, dans l'ensemble, sans ambiguïté la corruption. Il reste d'autres domaines dans lesquels les arbitres doivent oeuvrer. L'avenir dira si les arbitres auront eu le courage de faire prévaloir sur de simples préoccupations **utilitaristes** des valeurs morales fondamentales.

### Troisième partie: L'ordre public et le contrôle étatique de la sentence.

Un contrôle étatique s'exerce sur une sentence lorsque celle-ci est présentée à l'exequatur ou lorsqu'elle fait l'objet d'un recours en annulation. A cette occasion, les juges d'un Etat vont vérifier la conformité de la décision arbitrale à l'ordre public.

Afin de ne pas remettre en cause l'autonomie accordée à l'arbitrage international, l'ordre public reçoit une définition restrictive. La sentence étant appelée à développer ses effets dans l'ordre juridique du for, le juge ne devrait normalement se référer qu'à l'ordre public de son for. Toutefois, les sources de l'ordre public s'étendent au delà du for. Un juge peut prendre en compte un ordre public étranger à la condition que celui-ci protège une valeur partagée par le droit du for. De même, il n'est pas exclu que le juge étatique applique un ordre public véritablement international lors du contrôle d'une sentence arbitrale. Une telle proposition est contestée par certains auteurs. Elle est toutefois admise sans ambiguïté par la jurisprudence suisse et la jurisprudence française contient des traces de la référence à un ordre public réellement international.

La distinction entre ordre public interne et ordre public international est aujourd'hui admise tant dans la jurisprudence de la majorité des Etats signataires de la Convention de New York de 1958 que dans la jurisprudence française. La sentence internationale ou étrangère doit être contrôlée au regard du seul ordre public international à l'exclusion de l'ordre public interne.

Quelles sont les composantes de l'ordre public international? Il en existe deux. L'ordre public international est d'abord composé de principes fondamentaux appartenant soit exclusivement au droit du for soit faisant partie d'un ordre public réellement international. Pour illustrer les principes fondamentaux, on peut citer la protection de la propriété privée, la prohibition de la corruption, ou bien encore un principe utilisé abondamment dans la jurisprudence contemporaine: le principe *fraus omnia corrumpit*.

Les lois de police appartiennent également à l'ordre public international. Cette constatation paraît de prime d'abord étonnante car, en matière de conflit de lois, les lois de police sont un mécanisme concurrent de la règle de conflit. Or, en matière de contrôle des sentences internationales, l'ordre public international se compose à la

fois des principes fondamentaux et des lois de police. C'est donc une notion originale de l'ordre public qui est employée. Parmi les lois de police à l'autre desquelles les sentences ont été **examinées**, les lois sur la concurrence tiennent une place de choix.

Les **modalités** du contrôle de la sentence sont complexes. Certains points sont acquis. Le juge étatique doit relever une violation **concrète** et effective de l'ordre public dans la sentence. De plus, le juge doit apprécier l'ordre public au jour où il statue. En revanche, l'étendue des pouvoirs du juge du contrôle n'est pas encore fixée avec **précision** en jurisprudence. Le juge ne doit en aucun cas opérer une **révision** au fond de la sentence. C'est pourquoi, le juge du contrôle ne doit pas rejurer l'affaire au fond. La jurisprudence la plus récente de la Cour d'appel de Paris décide que le juge doit apprécier la conformité de la solution du litige à l'ordre public. Cette jurisprudence est difficile à interpréter. La solution du litige ne doit pas être assimilée au dispositif de la sentence. Il s'agit en fait du résultat auquel conduit la sentence. Pour **apprécier** si le résultat de la sentence est **contraire** à l'ordre public, le juge doit opérer un contrôle total. Celui-ci doit en effet apprécier la bonne application des règles d'ordre public et éventuellement examiner lui-même les faits litigieux. Il ne s'agit pas d'un retour à la révision au fond; seul un contrôle total de la sentence permet de contrôler efficacement sa conformité à l'ordre public.