

**Université Paris-Panthéon-Assas**

École Doctorale de Droit Privé (ED6)

Thèse de doctorat en droit

Soutenance le 22 novembre 2022

**La Convention d'Arbitrage :  
Étude Comparée de Droit Franco-Marocain**



**Samia AJOUBY**

**Directeur de Recherche : Monsieur Jean-Baptiste RACINE**

Professeur à l'Université Paris-Panthéon-Assas

**Membres du Jury : Madame Cécile CHAINAIS**

Professeur à l'Université Paris-Panthéon-Assas

*Suffragant*

**Monsieur Paul GIRAUD**

Professeur à l'Université de Poitiers

*Rapporteur*

**Monsieur Jeremy JOURDAN-MARQUES**

Professeur à l'Université Lumière Lyon 2

*Rapporteur*

**Thèse de doctorat/novembre 2022**



## **Avertissement**

---

*La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans cette thèse ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leur auteur.*



*"Faute de valeur supérieure qui oriente l'action, on se dirigera dans le sens de l'efficacité immédiate. Rien n'étant vrai ni faux, bon ou mauvais, la règle sera de se montrer le plus efficace, c'est-à-dire le plus fort. Le monde alors ne sera plus partagé en justes et en injustes, mais en maîtres et en esclaves."*

Albert Camus - 1913-1960 - L'homme révolté, 1951

***Per aspera ad astra***



## **Remerciements**

Je tiens à présenter mes remerciements les plus sincères et les plus chaleureux à M. le Professeur Jean-Baptiste Racine, pour m'avoir fait l'honneur d'accepter de diriger ma thèse, ainsi que pour son suivi, sa disponibilité, et ses précieux conseils, qui par leur pertinence et leur acuité ont continuellement épuré le flux de ma pensée et permis la structuration de mes idées. Pour cela, je vous suis éternellement reconnaissante.

Je suis également reconnaissante à Mme. le Professeur Cécile Chainais, pour la confiance qu'elle m'a accordée, ainsi que pour sa bienveillance et son orientation, sans lesquelles cette thèse n'aurait jamais vu le jour, et je remercie M. le Professeur Giraud et M. le Professeur Jourdan-Marques, pour m'avoir fait l'honneur d'accepter le rôle de rapporteur pour ma thèse.

Je souhaiterai aussi exprimer ma gratitude à l'ensemble des professeurs, écrivains et brillants esprits juridiques, dont les écrits ont constitué la source et le socle de mon travail : M. Charles Jarrosson, M. Eric Loquin, M. Christophe Seraglini, M. Jérôme Ortscheidt, Mme Nathalie Najjar, M. Sebastian Partida, M. Ahmed Toumilt, M. Mohamed Diyâa Toumilt, M. Abdellah Boudahrain et M. Lotfi Chedly. Je tiens également à remercier les praticiens qui ont pu me guider à travers nos échanges, particulièrement Maître Zineb Naciri-Bennani, pour sa disponibilité et son aide pour lesquels je suis extrêmement reconnaissante.

Je tiens également à remercier mon entourage et mes proches qui m'ont accompagné sans relâche lors de ce long périple :

A ma mère, pour son soutien inconditionnel qui n'a pour équivalent que son amour et la force de son dévouement ;

A mon père, pour la protection et l'appui qu'il m'a apporté durant toutes ces années, et pour avoir toujours soutenu dans tous mes projets ;

A mes sœurs, Sophia et Rhita, ainsi qu'à mon frère Saad, pour avoir cru en moi en toutes circonstances, et pour m'avoir laissé reposer sur vous au quotidien, sans votre soutien cette thèse ne verrait pas le jour ;

A mes amies, Cécile et Yasmine, pour avoir été inlassablement à mon écoute, et pour votre soutien constant, qui au cours de ces années, a pris toutes les formes possibles ;

A mon compagnon, Sami, pour son support, sa bienveillance et la légèreté qu'il m'apporte au quotidien.

## **Résumé**

### **La convention d'arbitrage : étude comparée droit franco-marocain**

Terre attractive pour les investisseurs étrangers, le Maroc voit son économie muter au gré de l'implantation d'entreprises. Face à cette situation, l'adaptation du droit est essentielle. Il s'agit effectivement d'un instrument fondamental pouvant être mis à la disposition des entreprises pour leur offrir un cadre légal rassurant quant à la prospérité de leurs intérêts. Or la justice étatique inspire traditionnellement la crainte du fait de sa lourdeur administrative et de son incapacité à assurer des garanties procédurales suffisantes. Pour résorber cela, le législateur marocain a tendu à développer les modes alternatifs de règlement des conflits, tel que l'arbitrage. C'est dans ce contexte que la loi intitulée "arbitrage et médiation conventionnelle" a été ratifiée, le 6 décembre 2007. Elle s'inspire du droit français pour modifier les articles 306 à 327 du Code de procédure civile marocain. Ce cadre procédural vise à insuffler une vigueur nouvelle aux modes alternatifs de règlement des conflits. Néanmoins, la souplesse du régime a pour corollaire des pathologies qui peuvent affecter les conventions d'arbitrage. La rédaction des clauses approximatives, et la formation insuffisante de certains arbitres se traduisent par des conventions d'arbitrage bancales, sources de nouveaux problèmes là où elles devraient faciliter la résolution des litiges. Dans ces conditions, une nouvelle réforme a donné naissance à un Code de l'arbitrage, ratifié le 24 mai 2022. Il s'agira d'étudier l'évolution de la législation marocaine de l'arbitrage, dans une dimension comparatiste avec le droit français, et à la lumière d'une recherche constante de l'efficacité de la convention d'arbitrage.

*Mots-clés : Arbitrage-Droit comparé-Droit marocain-Efficacité-Droit international-Convention d'arbitrage-Résolution des litiges-Modes alternatifs-Droit des contrats-Contentieux international—Procédure-Arbitrage commercial international (étude comparative)*

## **Title and abstract**

### **The arbitration agreement : a comparative study of french and moroccan law**

La convention d'arbitrage : étude comparée de droit franco-marocain Terre attractive pour les investisseurs étrangers, le Maroc voit son économie muter au gré de l'implantation d'entreprises. Face à cette situation, l'adaptation du droit est essentielle. Il s'agit effectivement d'un instrument fondamental pouvant être mis à la disposition des entreprises pour leur offrir un cadre légal rassurant quant à la prospérité de leurs intérêts. Or la justice étatique inspire traditionnellement la crainte du fait de sa lourdeur administrative et de son incapacité à assurer des garanties procédurales suffisantes. Pour résorber cela, le législateur marocain a tendu à développer les modes alternatifs de règlement des conflits, tel que l'arbitrage. C'est dans ce contexte que la loi intitulée "arbitrage et médiation conventionnelle" a été ratifiée, le 6 décembre 2007. Elle s'inspire du droit français pour modifier les articles 306 à 327 du Code de procédure civile marocain. Ce cadre procédural vise à insuffler une vigueur nouvelle aux modes alternatifs de règlement des conflits. Néanmoins, la souplesse du régime a pour corollaire des pathologies qui peuvent affecter les conventions d'arbitrage. La rédaction des clauses approximatives, et la formation insuffisante de certains arbitres se traduisent par des conventions d'arbitrage bancales, sources de nouveaux problèmes là où elles devraient faciliter la résolution des litiges. Dans ces conditions, une nouvelle réforme a donné naissance à un Code de l'arbitrage, ratifié le 24 mai 2022. Il s'agira d'étudier l'évolution de la législation marocaine de l'arbitrage, dans une dimension comparatiste avec le droit français, et à la lumière d'une recherche constante de l'efficacité de la convention d'arbitrage.

*Key words : Arbitration-Comparative law-Moroccan law-Efficiency-International law-Dispute Resolution-Alternative dispute resolution-Contract law-International litigation-Procedure-International commercial arbitration (a comparative study)=*



## Table des matières

<b>Avertissement.....</b>	<b>iii</b>
<b>Remerciements.....</b>	<b>vii</b>
<b>Principales abréviations.....</b>	<b>xiii</b>
<b>Introduction.....</b>	<b>1</b>
<b>Partie Préliminaire : Autonomie et Loi Applicable.....</b>	<b>30</b>
<b>Introduction.....</b>	<b>30</b>
<b>I. Autonomie et loi applicable en droit français.....</b>	<b>31</b>
Section 1 : La consécration du principe d'autonomie en droit français.....	31
Section 2 : La recherche de la loi applicable.....	42
<b>II. Autonomie et loi applicable en droit marocain.....</b>	<b>50</b>
Section 1 : La consécration de l'autonomie en droit marocain de l'arbitrage.....	50
Section 2 : Consécration des méthodes de détermination de la loi applicable en droit de l'arbitrage marocain.....	60
<b>Conclusion de la Partie Préliminaire.....</b>	<b>69</b>
<b>Partie 1 : La formation de la convention d'arbitrage.....</b>	<b>71</b>
<b>Titre 1 : Les conditions de validité de la convention d'arbitrage.....</b>	<b>72</b>
<b>Chapitre 1 : Le cadre d'application de la convention d'arbitrage.....</b>	<b>72</b>
Section 1 : Arbitrabilité et efficacité.....	72
Section 2 : Le consentement à l'arbitrage.....	94
<b>Chapitre 2 : Les conditions de forme de formation de la convention d'arbitrage.....</b>	<b>132</b>
Section 1 : L'exigence d'écrit.....	133
Section 2 : L'exigence de signature.....	149
<b>Titre 2 : Le contenu de la convention d'arbitrage.....</b>	<b>153</b>
<b>Chapitre 1: Le contenu obligatoire.....</b>	<b>153</b>
Section 1 : La détermination du siège de l'arbitrage.....	153
Section 2 : La désignation du tribunal arbitral.....	170
<b>Chapitre 2 : Le contenu optionnel.....</b>	<b>195</b>
Section 1 : La combinaison de la convention d'arbitrage avec d'autres modes amiables de règlement des conflits.....	195
Section 2 : Les mesures provisoires.....	205
<b>Partie II : L'application de la convention d'arbitrage.....</b>	<b>218</b>
<b>Titre 1: L'application de la convention d'arbitrage aux parties.....</b>	<b>219</b>
<b>Chapitre 1 : L'efficacité de l'effet obligationnel de la convention d'arbitrage.....</b>	<b>220</b>
Section 1 : L'efficacité de l'effet obligationnel en droit français.....	220
Section 2 : L'efficacité de l'effet obligationnel en droit marocain.....	247
<b>Chapitre 2: La renonciation aux privilèges de juridictions et aux immunités d'exécution.....</b>	<b>262</b>

Section 1 : La renonciation aux privilèges de juridictions et d'exécution en droit français .....	262
Section 2 : La renonciation aux privilèges de juridiction et d'exécution en droit marocain .....	270
<b>Titre 2: L'application de la convention d'arbitrage à l'arbitre.....</b>	<b>278</b>
<b>Chapitre 1 : L'effet positif attributif de compétence.....</b>	<b>280</b>
Section 1 : L'effet positif attributif de compétence en droit français .....	280
Section 2 : L'effet positif attributif de compétence en droit marocain .....	294
<b>Chapitre 2 : L'effet négatif entraînant l'incompétence des juridictions étatiques .....</b>	<b>311</b>
Section 1 : L'établissement du principe d'incompétence des juridictions étatiques .....	312
Section 2 : Les dérogations autorisant la compétence des juridictions étatiques .....	326
<b>Conclusion générale.....</b>	<b>338</b>
<b>Plan détaillé .....</b>	<b>343</b>
<b>Bibliographie .....</b>	<b>1</b>
<b>INDEX ALPHABETIQUE .....</b>	<b>35</b>
<b>ANNEXES .....</b>	<b>39</b>





## Principales abréviations

- **Adm.** : Chambre administrative de la Cour de cassation
- **Ass. Plén.** : Assemblée plénière
- **AFA**: Association française d'arbitrage
- **BACS** : Bulletin des arrêts de la Cour suprême
- **BCAR** : Bulletin de la Cour d'appel de Rabat
- **B.O.** : Bulletin officiel Marocain
- **CA** : Cour d'appel
- **CAA**: Cour d'appel administrative
- **CAC** : Cour d'appel de Commerce
- **Cass.** : Cour de cassation française
- **CC.** : Code civil français
- **Civ.** : Chambre civile de la Cour de cassation
- **Com.** : Chambre commerciale de la Cour de cassation
- **CCI / ICC**: Chambre de commerce internationale (Paris)
- **CEDH**: Cour européenne des droits de l'Homme
- **CIRDI** : Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (Washington)
- **CPC** : Code de procédure civile
- **CS** : Cour Suprême
- **D.** : Dalloz
- **DOC** : Dahir des Obligations et des Contrats
- **Gaz. Pal.** : Gazette du Palais
- **J-Cl. Com** : Jurisclasseur Commercial
- **J-Cl. Pr. Civ** : Juris-Classeur Procédure Civile
- **JO** : Journal officiel
- **LCIA** : Cour d'arbitrage international de Londres
- **Loi 08-05** : Loi n° 08-05 abrogeant et remplaçant le chapitre VIII du titre V du code de procédure civile publiée au BO n°5584 et vigueur du 6 décembre 2007 au 14 juin 2022
- **Loi 95-17** :Loi n° 95-17 relative à l'arbitrage et à la médiation conventionnelle publiée au BO 7099 du 13 juin 2022 et entrée en vigueur le 14 juin 2022
- **RACAR** : Recueil des arrêts de la Cour d'appel de Rabat
- **Loi 31-08** : Article 15 de la loi n°31-08 édictant des mesures de protection du consommateur issu du Dahir n°1-11-03 du 18 février 2011
- **RACS** : Recueil des arrêts de la Cour suprême
- **RDM** : Revue de droit marocain
- **Rev. Arb** : Revue de l'arbutrage
- **RMD** : Revue Marocaine de droit
- **TFS** : Tribunal Fédéral Suisse



## Introduction

**1. Thèse contractuelle et dualité de l'arbitrage.** Charles Jarrosson définit l'arbitrage comme « l'institution par laquelle un tiers règle le différend qui oppose deux ou plusieurs parties, en exerçant la mission juridictionnelle qui lui a été confiée par celles-ci. »<sup>1</sup>. Cette définition souligne la nature juridictionnelle de l'arbitrage, dont la complexité est sous-tendue, par la dualité entre sa nature juridictionnelle et sa nature contractuelle.<sup>2</sup> D'une part, les partisans de la thèse juridictionnelle, défendent cette dernière en se fondant sur le fait que l'arbitre est « un juge dont la décision s'impose aux parties »<sup>3</sup>. Cette position limite l'effet de la nature conventionnelle de l'arbitrage, en ce qu'elle considère que la fonction de la convention d'arbitrage se limite à déclencher la procédure juridictionnelle, et que le cœur de l'arbitrage réside en son caractère institutionnel. L'arrêt Del Drago confirme cette thèse, en énonçant qu'une sentence étrangère a « la même nature qu'un jugement étranger ».<sup>4</sup> Néanmoins, il ne peut être négligé que l'arbitre tire son entière légitimité de la volonté des parties. Si l'arbitrage est effectivement un procédé juridictionnel, il naît tout de même d'une volonté contractuelle.<sup>5</sup> Au-delà d'un simple instrument, la convention d'arbitrage, est la source et le fondement de l'institution même de l'arbitrage.

**2. Fondement jurisprudentiel de la thèse contractuelle.** L'arrêt fondateur de la thèse contractuelle est l'arrêt Roses<sup>6</sup>, qui affirme que « *les sentences qui ont pour base un compromis font corps avec lui et participent de son caractère conventionnel* ». Ainsi, les sentences, instrument au service du caractère juridictionnel de l'arbitrage, participent également à en souligner le caractère conventionnel, et les deux font corps, et sont indissociables. De fait, si l'arbitre tire sa légitimité et sa compétence de la volonté des parties, comme pour tout contrat, cette liberté est mesurée par les limites de l'ordre public, et une sentence ne sera pas exécutée si elle porte atteinte à cet ordre public.<sup>7</sup>

---

<sup>1</sup> Charles JARROSSON, La notion d'arbitrage, LGDJ, 1987, p. 372

<sup>2</sup> Dalloz, Répertoire de procédure civile Arbitrage en droit interne – Bertrand MOREAU ; Andrian BEREGOI, Romy DESCOURS-KARMITZ, Paul E. MALLETT, Adrien LELEU – Juin 2017 (actualisation : Décembre 2019)

<sup>3</sup> Traité théorique et pratique de procédure civile, t. V, 1936, Sirey, no 1821

<sup>4</sup> Paris, 10 déc. 1901, JDI 1902. 314

<sup>5</sup> BELLADORE-PALLIERI, L'arbitrage > privé dans les rapports internationaux, 1935, Sirey, p. 286

<sup>6</sup> Req. 17 juill. 1937, Roses c/ Moller, D. 1938. 1. 25

<sup>7</sup> GARSONNET et CÉZAR-BRU, Traité théorique et pratique de la procédure civile et commerciale, t. VIII, § 304

**3. Dualité de l’arbitrage et efficacité.** Il découle de ce qui précède que l’efficacité de l’arbitrage résulte de sa nature dualiste.<sup>8</sup> Les propos de Motulsky résumant avec rigueur cette dualité, en ce qu’il énonce qu’ « il y a toujours dans l’arbitrage, une immixtion qui fait sa difficulté et son attrait, de la composante contractuelle dans la fonction juridictionnelle ».<sup>9</sup> Cette dualité n’est pas seulement doctrinale, mais se reflète dans l’organisation même du Code de procédure civile, puisqu’au chapitre 1 « la convention d’arbitrage », se succèdent un chapitre 2 relatif au « tribunal arbitral », et enfin un chapitre 3 intitulé « l’instance arbitrale ».

**4. Limitation du domaine d’étude : la convention d’arbitrage.** Nos propos et notre étude ici présente, sans exclure totalement la composante juridictionnelle de l’arbitrage qui demeure liée à son caractère conventionnel, se concentreront sur l’étude de la perspective contractuelle de l’arbitrage, et plus précisément, à l’outil vecteur de cette nature conventionnelle, qui est la convention d’arbitrage. En droit de l’arbitrage interne français, les articles 1442 à 1449 du Code de procédure civile s’occupent à définir le régime de la convention d’arbitrage, et la caractérise en l’illustrant matériellement, dans la mesure où l’article 1442, sans donner une définition générale de la convention d’arbitrage, procède à une définition formaliste, en ce qu’il énonce d’emblée que « la convention d’arbitrage prend la forme d’une clause compromissoire ou d’un compromis ».<sup>10</sup> La définition générale qui peut être donnée à la convention d’arbitrage, est celle selon laquelle il s’agit d’une convention par laquelle deux ou plusieurs parties s’engagent à faire trancher par un ou plusieurs arbitres les litiges nés ou à naître entre elles.<sup>11</sup> L’article 307 du Code de procédure civile marocain<sup>12</sup> propose une définition à la fois formaliste et fonctionnelle de la convention d’arbitrage, énonçant que : « La convention d’arbitrage est l’engagement des parties de recourir à l’arbitrage pour régler un litige né ou susceptible de naître concernant un rapport de droit déterminé, de nature contractuelle ou non contractuelle. La convention d’arbitrage revêt la forme d’un compromis d’arbitrage ou d’une clause d’arbitrage. » Ces deux définitions se rejoignent dans la mesure

---

<sup>8</sup> Dalloz, Répertoire de procédure civile Arbitrage en droit interne – Bertrand MOREAU ; Andrian BEREGOI, Romy DESCOURS-KARMITZ, Paul E. MALLET, Adrien LELEU – Juin 2017 (actualisation : Décembre 2019)

<sup>9</sup> MOTULSKY, op. cit., La < nature > juridique de l’< arbitrage >, p. 289, 10, 465

<sup>10</sup> Code de procédure civile version en vigueur au 1<sup>er</sup> janvier 2021, Livre IV : L’arbitrage, Titre 1<sup>er</sup> L’arbitrage interne, Article 1442

<sup>11</sup> Lexis360 – Synthèse – Arbitrage international, la convention d’arbitrage, Christophe Seraglini, 30 Novembre 2020

<sup>12</sup> Issu de la loi n°08-05, publiée au bulletin officiel le 30 Novembre 2007, abrogeant et remplaçant le chapitre VIII du titre V du code de procédure civile et correspondant au nouvel Article 2 du Code de l’arbitrage ratifié le 13 juin 2022



où la convention d'arbitrage, dans sa dimension formelle du moins, est traitée par le droit positif de façon équivalente en droit français et en droit marocain.

**5. Problématique : l'efficacité de la convention d'arbitrage.** Il conviendra d'analyser ce que recouvrent ces définitions dans leurs différentes facettes, dont découlera une étude de leurs divergences et de leurs points communs. Il s'agira également d'une appréciation de la dimension pratique via l'appréhension par les praticiens du droit de l'arbitrage. Cette étude se développera sous le prisme de la recherche de l'efficacité de la convention d'arbitrage, s'agissant des conditions et des garanties entourant sa validité, ainsi que la portée de ses effets. L'efficacité de la convention d'arbitrage en droit français n'est plus à prouver. Il s'agit d'un des modèles de libéralisme et de « favoritisme » de l'arbitrage. La législation française fera office de modèle et de référence, afin de mesurer si le droit marocain, se conforme aux standards internationaux d'efficacité.

**6. Notion d'efficacité.** L'efficacité sera le fil conducteur de cette étude, il conviendra donc de définir cette notion. Bien qu'indissociable de l'arbitrage, la notion d'efficacité présente des contours malléables et peut se manifester sous plusieurs formes. Son étymologie vient du latin *efficacitas*, qui signifie force, vertu, également dérivé de *efficax*, agissant, actif, qui réalise, qui produit de l'effet, qui réussit. Sa définition profane se traduit donc par « *la capacité d'obtenir le résultat souhaité ou attendu, d'atteindre l'objectif fixé.* »<sup>13</sup>. Quant à sa définition juridique, elle peut être présentée comme suit : « *mode d'appréciation des conséquences des normes juridiques et de leur adéquation aux fins qu'elles visent* »<sup>14</sup>. Ainsi, il s'agira d'étudier la capacité de la convention d'arbitrage d'obtenir les objectifs qu'elle se fixe et son adéquation vis-à-vis des fins qu'elle vise. Cette efficacité sera étudiée sous deux axes.

**7. Axes d'étude.** La convention d'arbitrage vise à trancher un différend par la voie de l'arbitrage au moyen d'une sentence rendue par le tribunal arbitral. Son efficacité se découpe donc très clairement en deux axes : la mise en place d'un cadre législatif autorisant le tribunal arbitral à trancher le litige, et le rendu d'une sentence efficace. D'une part l'efficacité de l'objet de la convention d'arbitrage se traduit par la soustraction d'un ensemble de litiges à la compétence

---

<sup>13</sup> <https://www.toupie.org/Dictionnaire/Efficacite.htm>

<sup>14</sup> <http://www.gautier2-avocats.com/efficacite-efficienc-effectivite-le-nouvel-essor-du-concept-de-performance-contractuelle/#:~:text=Dans%20le%20domaine%20juridique%2C%20l'accomplissement%20d'une%20attente%20C2%BB.>

des juridictions étatiques, au profit d'un tribunal arbitral. Cet affranchissement étant un régime d'exception, il se doit d'être consenti par voie contractuelle, contrairement aux litiges soumis aux juridictions étatiques, qui sont organisés par la loi. Il s'agira donc d'étudier les contours des conditions de validité de la convention d'arbitrage, ainsi que sa portée. D'autre part, il faudra étudier l'efficacité de la convention d'arbitrage dans une perspective pragmatique. La convention d'arbitrage n'a aucune utilité et donc, aucune efficacité, si elle n'est pas appliquée de façon effective. L'objectif ultime de la convention s'exprime par le rendu d'une sentence efficace dans la mesure où il s'agit du résultat final d'une procédure efficace et bien menée. De ce fait, il conviendra d'étudier les effets de la convention d'arbitrage sur les différents protagonistes, effets dont le cumul converge naturellement vers le rendu d'une sentence efficace et effective. Tout au long de notre étude, il s'agira également d'étudier l'efficacité de l'arbitrage du fait de sa capacité à surmonter les obstacles qui peuvent s'élever contre elle. Une partie de la doctrine a ainsi pu considérer que : « *l'efficacité de l'arbitrage regroupe les techniques juridiques destinées à lutter contre son inefficacité* »<sup>15</sup>. Effectivement, la procédure d'arbitrage étant une procédure d'exception dans la mesure où elle nécessite une manifestation contractuelle pour pouvoir exister, de nombreux obstacles législatifs et jurisprudentiels se sont élevés pour pouvoir en réduire la portée. Il s'agira donc d'étudier l'évolution positive des techniques qui se sont érigées pour contrer ces obstacles et donner à la procédure d'arbitrage sa pleine efficacité.

**8. Intérêt théorique du sujet.** En principe, l'efficacité d'une loi et de son application sont optimisées par les sanctions coercitives dont elles sont assorties et qui trouvent leur fondement dans l'imperium de l'État. Or, l'arbitre est un « juge privé » qui ne bénéficie pas d'un imperium. Ce handicap manifeste d'un des obstacles s'élevant pour empêcher l'efficacité de l'arbitrage, et qui nécessite l'intervention des juges étatiques. Au-delà des juges d'appui, il est intéressant d'analyser les mécanismes et garanties qu'offrent la convention d'arbitrage pour assurer une efficacité maximale sans s'appuyer sur les juges nationaux. Ces garanties doivent être suffisantes pour inspirer la confiance des justiciables qui choisissent de placer leur litige entre les mains d'un juge privé, mais dont la sentence les oblige autant qu'un juge national. Il est somme toute fascinant de constater que l'ordre juridique arbitral s'est érigé comme un véritable mode juridictionnel parallèle, concurrent aux juridictions étatiques, dont l'efficacité

---

<sup>15</sup> L. Chedly, *L'efficacité de l'Arbitrage commercial International* (Volume 400), Brill, 2018, p. 32

est telle que des pans de litiges relatifs au commerce international et au droit des investissements est régi par l'arbitrage.

**9. Intérêt pratique.** Le droit de l'arbitrage est indissociable du droit international. Or, le droit international est fondé sur la comparaison, les instruments qui l'animent étant des principes transnationaux et des conventions internationales issus d'un consensus entre plusieurs droits de nationalités différentes. Le droit comparé, a, au-delà de son intérêt académique et théorique, un véritable intérêt pratique en matière d'arbitrage. Effectivement, l'internationalisation de cette matière permet aux praticiens de rechercher de véritables réponses pratiques, en amont de tout différend, au stade de la rédaction de contrats internationaux, mais également en aval pour trouver un solutionnement en cas de différends. L'arbitrage étant lui-même émancipé des carcans de la justice nationale, est par définition international dans la mesure où il n'est pas rattaché à un système juridique étatique d'office. Cette comparaison aura pour socle et pour modèle le droit français. Ce dernier est historiquement réputé pour son efficacité sur le plan international. Pour M. Clay : « *L'efficacité du droit français de l'arbitrage est considérée depuis longtemps comme l'une de ses caractéristiques fondamentales. [...] L'efficacité est la marque de fabrique du droit français de l'arbitrage.* »<sup>16</sup>. Effectivement, historiquement, Paris est l'une des principales places de l'arbitrage au niveau international, et le droit français est réputé pour être l'un des droits les plus efficaces du fait de son libéralisme qui accorde une portée impressionnante aux effets de la convention d'arbitrage.

**10. Étude sous le prisme du droit comparé.** La particularité de cette thèse se traduit donc par sa dimension comparatiste. Ceci se justifie à plusieurs niveaux. Tout d'abord, l'arbitrage a un intérêt pratique. L'intérêt pour le droit de l'arbitrage s'est considérablement accru ces dernières années. Effectivement, sa popularité croissante auprès des États, et des entités économiques, associée au développement du commerce international, a engendré un mouvement général de modernisation de l'arbitrage<sup>17</sup>. Or, cette modernisation a pour corollaire une unification, les législations se rapprochant naturellement dans la mesure où elles utilisent pour modèle les mêmes références légales, notamment en termes de conventions internationales pour moderniser leurs législations internes. L'instigateur de ce phénomène est la Loi-type sur l'arbitrage élaborée par la Commission des Nations Unies pour le droit du

---

<sup>16</sup> L. Chedly, op. cit., p. 40

<sup>17</sup> Fouchard, Gaillard et Goldman, Traité de l'arbitrage commercial international : LexisNexis 1996, n° 153

Commerce International<sup>18</sup>. Cette dernière offre un modèle de loi à introduire dans les systèmes souhaitant moderniser leur droit de l'arbitrage et a connu un succès phénoménal, de nombreux droits s'en inspirant largement, comme par exemple le droit tunisien.

**11. Mutations issues de la mondialisation.** Par ailleurs, le droit français a connu d'importantes mutations lors des dernières années, adaptant la législation aux besoins actuels du commerce international<sup>19</sup>, tout en renforçant son efficacité. Notamment, le droit en général, et l'arbitrage en particulier a dû s'adapter au développement exponentiel des technologies, qui ont fortement influencé le droit des contrats, par exemple par le biais de la naissance de la signature électronique. Au-delà de cette influence, s'est progressivement développé un phénomène de circulation du droit qui s'est manifesté par une standardisation des modèles procéduraux et une multiplication des signatures des conventions internationales. Il y a aujourd'hui une « véritable communauté mondialisée de l'arbitrage »<sup>20</sup>. Il s'agira ainsi de rechercher si le droit marocain a évolué dans un sens convergeant vers cette standardisation, et si sa législation est conforme à l'efficacité exigée par les modèles internationaux, dont l'un des principaux exemples est le droit français.

**12. Concurrence accrue entre les différents systèmes juridiques.** Outre les références de niveau international, cette unification pose la question de la concurrence entre les différents droits de l'arbitrage au niveau national, et la volonté de chacun de s'ériger comme modèle. Edouard Lambert<sup>21</sup> le décrit avec justesse, le comparatiste s'érige en « *conseiller juridique du commerce extérieur* ». Cela signifie qu'en matière de commerce international, il s'agit de comparer les divers droits applicables à un contrat ou à un litige pour décider du choix du plus adapté et du plus efficace. Ceci est d'autant plus véridique en matière d'arbitrage, où la loi applicable relève de la volonté des parties. Ainsi, un travail de comparaison minutieux s'effectue en amont de la rédaction même de la convention d'arbitrage, dans une optique de comparaison des systèmes juridiques, afin de déterminer le plus favorable aux parties. Également, sur le plan théorique, il est donc intéressant de comparer divers droit pour ouvrir

---

<sup>18</sup> JurisClasseur Procédure civile, Fasc. 1010 : ARBITRAGE . – Aperçu historique . – Aperçu de droit comparé, Date de la dernière mise à jour : 21 Octobre 2015, Éric LOQUIN - Professeur à l'Université de Bourgogne - Doyen honoraire de la Faculté de droit de Dijon

<sup>19</sup> Notamment, Le livre 4 consacré à l'arbitrage a été entièrement remanié par le décret no 2011-48 du 13 janvier 2011, en vigueur le 1er mai 2011.

<sup>20</sup> Sebastian Partida, La convention d'arbitrage dans le droit des nouvelles puissances économiques (Chine, Inde, Brésil, Mexique), Thèse de doctorat en droit international, 2019 p. 2

<sup>21</sup> René David, Arbitrage et droit comparé, Revue internationale de droit comparé Année 1959 11-1 pp. 5-18

la voie à des réformes, et améliorer le caractère concurrentiel d'un droit sur la scène internationale. La convention d'arbitrage même n'est pas soumise dans sa rédaction aux mêmes règles, dans la mesure où les conditions de forme et de fond en amont de sa validité diffèrent d'un système à l'autre, de même que son interprétation et son domaine d'application qui varient selon son appréhension par chaque droit national. Les acteurs économiques du commerce extérieur ne peuvent alors que se pencher sur cette question avec assiduité, du fait de ses conséquences pratiques sur la gestion de l'intégralité des litiges qui peuvent survenir ultérieurement. Or, le droit marocain est d'inspiration française, ce dernier reposant grandement sur les acquis du protectorat. A ce niveau, il est intéressant d'étudier l'évolution et l'état actuel du droit positif marocain à la lumière du droit français, les raisons de l'éventuel maintien d'une empreinte locale, et essentiellement les possibles évolutions et améliorations dont pourraient bénéficier l'efficacité du droit marocain.

**13. Méthode en droit comparé.** Une telle étude repose sur les méthodes de comparaison. Le droit comparé est la science de la comparaison des droits via l'étude de droits étrangers. Cette comparaison peut s'effectuer à l'aune de différents critères. René David, par exemple, éminence du droit comparé, se fondait sur un critère idéologique et un critère technique<sup>22</sup>. De façon plus générale : 4 familles de droit sont communément admises : romano-germanique, common law, droits coutumiers et droits religieux.<sup>23</sup> Il s'agit en général de mettre en exergue deux familles de droits différents afin d'en étudier les différences et les points communs. Au-delà d'une simple matière juridique ayant son champ didactique, il s'agit également d'une méthode d'étude juridique et d'une source du droit.<sup>24</sup> La comparaison est une science, il ne s'agit donc pas de prendre parti pour l'un ou l'autre des systèmes mais d'en décortiquer les tenants et les aboutissants. Le comparatiste est donc soumis à une obligation de neutralité.

**14. Méthode de droit comparé applicable à l'arbitrage.** En matière d'arbitrage, la comparaison est indissociable de la nature de la matière même. Effectivement, en son essence même, sont confrontées des droits de nationalité différentes, que ce soit par le biais de la nationalité des parties, la place de l'arbitrage, ou les conventions internationales applicables, ainsi qu'à chaque étape de la procédure, depuis la conclusion de la convention, au choix des arbitres, à

---

<sup>22</sup> B. ANCEL, « Familles de droits (classification) », in D. ALLAND, S. RIALS, dir., Dictionnaire de la culture juridique, Lamy-Puf, coll. Quadrige-dicos poche, 2003, p. 701

<sup>23</sup> Boris Barraud, « Le droit comparé », in La recherche juridique (les branches de la recherche juridique), L'Harmattan, coll. Logiques juridiques, 2016, p. 91 s. manuscrit de l'auteur (droits cédés aux éditions L'Harmattan)

<sup>24</sup> Juriblogue, Jumana Naser, Droit Comparé, le droit comparé et son utilité

la rédaction des mémoires utilisant pour support des droits différents et des précédents liant des pays différents, la comparaison et le droit international sont au cœur de l'arbitrage. Les juristes en arbitrage sont friands de la comparaison jusqu'à la rédaction même de la sentence, dans les cas où la loi applicable n'a pas été choisie au sein du contrat, le tribunal arbitral tranche alors en application des principes généraux du droit commercial. L'importance de la comparaison en arbitrage, et plus précisément en droit de l'arbitrage commercial international a été illustrée par le professeur Gaillard, en 1988, lors du Congrès ICCA de Tokyo<sup>25</sup> :

*« International commercial arbitration has radically transformed the role of comparative law. Not long ago, comparative law was perceived to be an academic discipline. Its primary function was to provoke reflection on various legal systems and could at its best lead to legislative reform. International commercial arbitration revolutionized the field, transforming comparative law into an eminently practical and often lucrative discipline. Indeed, in many instances important international commercial litigations are won based on the resolution of issues of comparative law. »*

Ceci peut être traduit de la manière suivante : *« L'arbitrage commercial international a radicalement transformé le rôle du droit comparé. Il n'y a pas si longtemps, le droit comparé était perçu comme une discipline académique. Sa fonction première était de susciter une réflexion sur les différents systèmes juridiques et pouvait, dans le meilleur des cas, conduire à une réforme législative. L'arbitrage commercial international a révolutionné le domaine, transformant le droit comparé en une discipline éminemment pratique et souvent lucrative. En effet, dans de nombreux cas, d'importants litiges commerciaux internationaux sont gagnés grâce à la résolution de questions de droit comparé. »*<sup>26</sup>

**15. Comparaison et mise en perspective.** Également, la comparaison, permet de mettre en perspective des notions qui sur le plan interne sont considérées comme acquises, voire universelles, et ainsi mettre en exergue les défauts d'un système, ouvrant la possibilité à de potentielles réformes. René David décrit avec justesse le rôle du comparatiste<sup>27</sup> :

---

<sup>25</sup> E. Gaillard, *The Use of Comparative Law in International Commercial Arbitration* ; P. Sanders (éd.), ICCA Congress Series n° 4, 9th : 1988 : Tokyo, Kluwer, 1989, p. 283

<sup>26</sup> Traduction libre

<sup>27</sup> René David, *Arbitrage et droit comparé*, Revue internationale de droit comparé, 1959 11-1 pp. 5-18

*« Le droit comparé confirme les données de l'histoire et nous montre que, à l'heure actuelle même, la conception chez nous dominante n'est pas universellement admise, ni universellement reconnue comme étant la meilleure. »*

*Le droit comparé nous prépare par là à comprendre ce qui est, nous semble-t-il, l'essence de l'arbitrage. Imbus de la conception d'un droit unitaire et étatique, les juristes tendent tout naturellement à concevoir l'arbitrage à l'image de la justice. »* Ainsi, le droit comparé permet de sortir des notions admises de leurs carcans nationaux afin de les confronter à d'autres droits au niveau international qui peuvent les approcher de manière radicalement différente. C'est par exemple le cas des 'anti-suit injunctions' dont l'admission n'est plus discutable en Common Law, tandis que ce concept est rejeté dans la plupart des législations de droit civiliste. La comparaison permet d'apporter de l'humilité au juriste en remettant en cause les acquis qu'il tient de son système, et de lui ouvrir l'esprit en le mettant en perspective avec d'autres systèmes.

**16. Intérêt du choix des législations.** L'approche comparatiste repose traditionnellement sur la *summa divisio* droit civiliste / common law. Il est moins intuitif de comparer des droits faisant partis de la même famille du fait de leurs grandes similitudes. Par ailleurs, la comparaison en général, et le droit de l'arbitrage en particulier, ont longtemps été, tout au long du XX<sup>ème</sup> siècle notamment, l'exclusivité des droits occidentaux. Ces derniers étant plus développés économiquement, les principaux acteurs du commerce international se concentraient logiquement en Europe et en Amérique du Nord. Or, la tendance s'est inversée et de plus en plus de pays « en voie de développement » ont vu leur droit se développer et s'adapter avec la mondialisation, et par suite du développement de leur économie. Il est donc primordial d'analyser l'évolution de ces droits, en particulier à l'égard de l'équilibre entre leur inspiration des droits issus de pays développés économiquement et le maintien de leur empreinte locale.

**17. Fondements économiques.** En matière d'arbitrage, la motivation primaire est d'ordre économique, dans la mesure où, dans l'optique d'attirer les investisseurs étrangers, le Maroc s'est vu obligé de devoir offrir des garanties juridiques et juridictionnelles suffisantes pour compenser la méfiance de ces derniers à l'égard des investisseurs étrangers. L'intérêt est ici de s'émanciper du confort de la comparaison de droits occidentaux, pour se pencher vers des droits plus discrets sur le plan international, mais dont l'intérêt de l'étude n'est pas moindre, tel que le droit marocain. L'intérêt du choix de ce pays se justifie également par les nombreuses réformes que ce soit droit a connu, en 1974, puis en 2007, et enfin une réforme

très récente qui a été ratifiée le 13 Juin 2022. Il s'agira d'analyser ces vagues de réformes sous le prisme de l'efficacité, en étudiant si les réformes convergent vers une évolution en faveur des standards internationaux, enveloppant le droit marocain d'un voile de garanties d'efficacité de telle sorte qu'il attire les investisseurs étrangers. Le droit français fera office de modèle, dans la mesure où, outre le fait qu'il s'agisse d'un des droits les plus efficaces et les plus libéraux en matière d'arbitrage, il entretient également de nombreuses similarités avec le droit marocain, et constitue en somme sa source d'inspiration. Effectivement, outre le fait qu'ils soient tous les deux parties de la famille des droits civilistes, le Maroc et la France ont une histoire commune, du fait du protectorat français, au Maroc, qui a duré de 1912 à 1956, et a eu une grande influence sur l'évolution du droit marocain, qui s'est perpétué bien après la fin du protectorat, jusqu'à aujourd'hui. Il sera donc intéressant d'étudier l'évolution du droit marocain, à la lumière de sa convergence du droit français, en analysant les réminiscences de l'empreinte locale, dans la mesure où « *Tout modèle cesse d'en être un quand il est transféré [...] car il sera tout de suite transformé* »<sup>28</sup>. Ainsi, bien que l'inspiration du droit français soit certaine, les particularismes locaux propres à un système juridique demeurent marquants en tout état de cause. Il n'est pas envisageable, car bien trop complexe en pratique, de pouvoir transposer sur mesure un système juridique.

**18. Droit marocain et conventions internationales.** Outre l'inspiration du droit français, le Maroc est signataire de multiples conventions internationales, telle que la convention de New York, ce qui participe également à son uniformisation avec les outils internationaux. Toutefois, nous verrons que l'empreinte locale demeure, et qu'il y a en tout état de cause un contraste entre la théorie et la pratique, qui nous mène à nous demander, dans une approche plus sociologique, si l'adoption d'une législation conforme aux standards internationaux est suffisant à faire suivre la pratique, où s'il faut des réformes plus pratiques, du fait de la formation des praticiens par exemple, pour atteindre cet objectif d'efficacité. Il s'agira également d'étudier si le Maroc a évolué dans une optique de convergence avec le droit français, ou si au contraire, il a eu une réaction émancipatrice induisant un nouveau modèle et de nouveaux objectifs d'efficacité à atteindre.

---

<sup>28</sup> R. M. Kiesow, Modèles européens dans la mondialisation juridique. Un aperçu ; in B. Fauvarque-Cosson (dir.), Le droit comparé au XXI<sup>e</sup> siècle - Enjeux et défis, Journées internationales de la Société de législation comparée, 8-9 avril 2015, préc., p. 151, spéc. p. 153



**19. Justification du choix des systèmes juridiques.** Il s'agit de s'interroger sur le choix de la comparaison entre la France et le Maroc. Ceci peut se justifier pour deux raisons. D'une part, le droit de l'arbitrage marocain est pertinent à étudier dans la mesure où cette matière a connu de nombreuses et profondes réformes, et d'autre part, cette procédure s'est développée de façon exponentielle au Maroc, en corrélation avec la mondialisation, l'évolution du commerce international, et l'ouverture commerciale du Maroc à l'extérieur. Le droit français, quant à lui, fait office de référentiel naturel pour observer l'évolution du droit de l'arbitrage au Maroc, du fait des liens historiques et juridiques entre les deux pays, et de l'influence constante du droit français sur le droit marocain.

**20. Mutations du commerce international et impact sur l'arbitrage au Maroc.** Le commerce extérieur a implosé durant cette dernière décennie, et le Maroc est un bon exemple d'Etat ayant suivi cette dynamique. Effectivement, le commerce extérieur représente, en 2019, 87% de son PIB<sup>29</sup> et le niveau d'exportations est en croissance constante, notamment dans le domaine de l'engrais ou des automobiles, tandis que les importations se concentrent autour du pétrole, le gaz ou les pièces de tracteurs<sup>30</sup>. De plus, le Maroc multiplie les coopérations économiques internationales, du fait de la signature de son accord de libre-échange avec les Etats-Unis en 2005, et avant cela son accord de libre-échange avec l'Union Européenne en 2004. Également, un pacte de libre-échange entre les pays arabes est entré en vigueur en 2005, la Zone Arabe de libre-échange, et le Maroc en fait partie. Ainsi, le Maroc est extrêmement tourné vers l'extérieur, que ce soit par sa position géographique à l'intersection entre l'Afrique et l'Europe, mais également du fait de sa politique économique profondément ancrée dans le processus de mondialisation et de développement du commerce international. Si son commerce extérieur a fortement évolué ces dernières années, son engagement est toutefois historique.

**21. Intégration au GATT.** Le Maroc a lancé un programme de libéralisation de son commerce extérieur dès 1984, qui s'est illustré par son intégration au GATT en 1987, ce qui l'a engagé à se conformer aux principes de commerce international, notamment en matière de concurrence et de droit des douanes. C'est ainsi qu'une loi-cadre a été édictée en 1992, consacrant les principes du GATT. Les lignes directrices en sont le principe de la libéralisation

---

<sup>29</sup> Rapport annuel de la Banque Mondiale, 2019

<sup>30</sup> <https://import-export.societegenerale.fr/fr/fiche-pays/maroc/risque-pays-commerce>

des importations et la précision des conditions de la protection nationale. Dans cette foulée, un projet de création d'une zone de libre-échange avec l'Union européenne s'est dessiné dans les années 1990, débouchant sur la signature d'un accord d'association maroco-européenne en 1996, prévoyant un renforcement de la coopération économique, culturelle et technique entre le Maroc et l'Union européenne.

**22. Multiplication des accords.** En 2008, le Maroc s'est vu reconnaître un « statut avancé », qui s'inscrit dans le cadre de l'accord d'association de 2000, et présente comme objectif une intégration au marché intérieur par le biais d'un rapprochement réglementaire, une coopération sectorielle et humaine, ainsi qu'un approfondissement des relations politiques. Enfin, en 2013, ont été conclus des accords de protection et de promotion des investissements, et des conventions de non double imposition, ce qui renforce ce climat favorable aux investissements étrangers. Elles s'inspirent principalement du modèle de convention fiscale de l'OCDE, et ont pour principal objectif de promouvoir les échanges de biens et services et les mouvements de capitaux et de personnes, en éliminant la double imposition. En somme, malgré le printemps arabe et la crise internationale économique, le Maroc a su conserver l'attractivité de son économie et la prospérité de sa politique. Ce pays présente de nombreux atouts tel que sa proximité géographique avec l'Europe, son faible coût d'une main d'œuvre compétente et formée, ou encore sa fiscalité, qui attirent de plus en plus d'investisseurs français. De même, de nombreux programmes de financement dans des secteurs stratégiques participent au développement des investissements, tel que le plan Emergence industrielle (aéronautique et automobile), le plan Maroc numérique (technologies de l'information et de la communication) ou encore le programme Maroc vert (agriculture et écologie). Ainsi, si le cadre juridique et l'économie au Maroc sont manifestement favorables à l'attractivité, des investisseurs étrangers, les entreprises ont une méfiance naturelle et historique envers les juges étrangers. Ainsi, dans le cadre d'investissements à l'étranger, ils préfèrent se tourner vers l'arbitrage pour juger de leurs litiges, dans la mesure où cette procédure leur permet de choisir la loi applicable, et la constitution d'un tribunal indépendant contournant l'assujettissement à des juges nationaux.

**23. Législation et attraction des investisseurs.** Le Maroc a donc un intérêt primaire à assurer un cadre favorable à l'arbitrage en ayant une législation souple et accommodante pour l'arbitrage afin d'attirer les investisseurs étrangers. Effectivement, l'étude de la législation d'un pays est un préalable nécessaire pour un investissement étranger. Elle doit présenter une

sécurité juridique suffisante, ainsi que des atouts qui se distinguent dans un monde de plus en plus globalisé où la concurrence à ce niveau est très forte. Cette problématique apparaît pertinente dans la mesure où elle sous-tend des enjeux majeurs de la scène économique actuelle. Effectivement, dans un monde interconnecté où la concurrence est de plus en plus importante, la qualité d'un système juridique constitue un atout majeur d'attractivité des investissements.

**24. Intérêt de la comparaison : liens historiques entre le Maroc et la France.** Les liens entre le Maroc et la France sont ancestraux. Effectivement, ils remontent au XVI<sup>ème</sup> siècle, puisqu'en 1533, François 1<sup>er</sup> a envoyé le colonel Pierre de Piton au Maroc, comme ambassadeur. La même année, le sultan Abu Al-Abbas Ahmad Muhammed, de Fès, a signé le début des relations économiques entre la France et le Maroc, en permettant la liberté de livraison, et en accordant sa protection aux commerçants français. Tout au long des règnes de François 1<sup>er</sup>, et de son fils Henri II, les liens économiques se sont multipliés dans la mesure où la France envoyait régulièrement des bateaux de marchandises au Maroc. Dès le XVII<sup>ème</sup> siècle, les relations diplomatiques se sont accrues, notamment du fait de Moulay Ismail qui envoya le premier ambassadeur marocain en France Mohammad Temim, en 1682, à la cour de Louis XVI, ce qui accru la coopération franco-marocaine<sup>31</sup>.

**25. Influence du protectorat sur les relations franco-marocaines.** Les relations entre la France et le Maroc ont connu un tournant suite au protectorat que la France a exercé sur le Maroc du 30 Mars 1912 au 2 Mars 1956. L'un des principaux héritages du protectorat au Maroc est d'ordre juridique. Effectivement, jusqu'en 1912, l'organisation juridique moderne n'était pas connue du droit positif marocain. Il y avait en réalité 4 ordres de juridictions. Dans un premier temps la justice coutumière, la plus ancienne, était appliquée aux tribus berbères et exécutée par la « jamaa », assemblée administrant la tribu et son chef. La justice dite du « chrâa » était rendue par les « cadis » qui appliquaient le droit musulman. La justice du « makhzen » était rendue par les représentants locaux du pouvoir exécutif, soit les « caids » dans les campagnes et les pachas dans les villes, et elle était compétente en matière pénale, civile et commerciale, pour toutes les affaires ne relevant pas de la compétence du cadi. Enfin la justice rabbinique était exercée par des juges rabbins qui exerçaient selon le droit hébraïque. En parallèle, il y

---

<sup>31</sup> « Maroc-France: Près de 10 siècles de diplomatie » [archive], sur <http://leconomiste.com/> [archive], 27 août 2015

avait également une justice consulaire rendue par les consuls des pays bénéficiant de ce privilège d'ordre juridictionnel assisté d'assesseurs étrangers. Ils statuaient lorsque le défendeur était de nationalité étrangère sauf pour les affaires immobilières relevant de la justice de « chrâa ». Ainsi, jusqu'au protectorat, le système juridique marocain était sédimentaire et connaissait de nombreuses déficiences du fait de l'absence de centralisation, de l'inexistence de la séparation des pouvoirs ou encore de l'exclusion des garanties équitables du procès.

**26. Prémices de la codification.** C'est le protectorat qui donnera l'impulsion de la codification et de l'organisation du droit positif. De prime abord, ce sont les autorités françaises qui durant le protectorat vont procéder d'un côté à la mise en place d'un nouvel ordre juridique au Maroc, en vertu des dahirs du 12 août 1913, qui instituent une véritable législation s'agissant des matières civile, commerciale, pénale et sociale, ainsi que de nouvelles juridictions compétentes en ces matières. Ainsi, indépendamment des systèmes judiciaires de Tanger et du nord du Maroc placés sous protectorat espagnol, le système judiciaire dans la zone française de l'empire chérifien est devenu dualiste dans la mesure où on distingue deux grands types de juridictions, d'une part les juridictions traditionnelles qui étaient maintenues et réaménagées, et de l'autre les juridictions françaises créées en 1913.

**27. Organisation juridictionnelle et législative.** Ce processus aboutit à la création d'un nouvel ordre judiciaire avec la promulgation des Dahirs du 20 octobre 1953 qui instituent les tribunaux de première instance, les tribunaux régionaux, et le haut tribunal chérifien, à l'image du modèle français. Parallèlement à ces juridictions, on retrouve les tribunaux du « chrâa », compétents pour trancher des litiges entre musulmans en matière de statut personnel et successoral. Parallèlement à cet effet de construction institutionnelle, le Maroc consolide son arsenal juridique en préservant les grands codes adoptés sous le protectorat français, tel que le Code de statut personnel et successoral pour les musulmans publiés par les Dahir des 22 novembre et 18 décembre 1957, 25 janvier et 20 février 1958, le code des libertés publiques publié par le Dahir du 15 novembre 1958 ou encore le Code de procédure pénale publié par le Dahir du 10 février 1959. Ainsi, le droit positif marocain moderne, que ce soit par sa hiérarchie juridictionnelle ou sa construction normative, est fortement inspiré du droit français. Quant au droit de l'arbitrage, il est également inspiré du droit français, et c'est ce qui fera l'objet de notre étude et de notre analyse. Il convient toutefois de citer qu'historiquement,

les articles 306 à 327 du chapitre VIII du titre V du Code de procédure civile encadrant la procédure arbitrale, ont été promulgués par le Dahir du 12 août 1913, à l'aube du protectorat.

**28. Ancrage historique des modes alternatifs de règlement des conflits.** Il convient également de justifier l'intérêt de l'étude de l'arbitrage au Maroc. La présence de l'arbitrage en terres marocaines n'est ni moderne, ni récent. Effectivement, les modes alternatifs de règlement de conflits, et plus précisément l'arbitrage, trouve ses racines dans l'Islam qui encourageaient le règlement des litiges par cette voie.

**29. Les sources de l'Islam :** De prime abord, l'Islam est la religion d'Etat au Maroc, et ce depuis 698, date à laquelle le général Arabe Oqba Ibn Nafaa, soutenu par une armée de tribus berbères<sup>32</sup> converties par les compagnons du prophète, ont entrepris une campagne de conversion des territoires aujourd'hui marocain, sur les ordres de la dynastie des Ommeyyades. L'Islam se construit autour de la Charia, qui se définit comme « *l'ensemble de commandements et prescriptions dogmatiques que l'Islam doit appliquer en vue de réaliser ses objectifs de réformer la société* »<sup>33</sup>. L'Islam a connu un chiïsme qui l'a divisé entre Chiïtes, qui considèrent qu'Ali le gendre du prophète est son successeur, et Sunnites, qui clament que c'est son compagnon Abou Bakr, qui doit lui succéder. Au Maroc, la religion dominante est l'Islam Sunnite. Elle est appréhendée sur le fondement de 4 sources : le Coran, la Sunna, l'Ijmaa et le Qyias.

**30. L'arbitrage au cœur du Coran :** Le Coran est la source intangible et dominante de l'Islam. La communauté des croyants la considère comme la stricte parole de Dieu, transmise au prophète par l'ange Gabriel, à la Mecque et à Médine. Il est constitué de 30 chapitres, 114 sourates et 6236 versets, et il régit tous les aspects de la vie d'un croyant, dont la facette juridique. Certains versets traitent directement de l'arbitrage, et c'est notamment le cas des extraits suivants du verset des femmes, ou « sourate nissaa » :

« *Si vous craignez la séparation entre conjoints, faites appel à un arbitre de la famille de l'époux et à un arbitre de la famille de l'épouse. Allah rétablira la concorde entre eux deux, s'ils veulent se réconcilier.* »<sup>34</sup> ;

---

<sup>32</sup> Notamment les tribus Iluwaten et Inefzawen

<sup>33</sup> Mustapha Al-Zarka, *Al-Fiqh al-Islami fi Tawbihi al-Jadid*, 7ed, Dar e-Fiqr, Beyrouth, p. 30.

<sup>34</sup> Verset 35

[...]

« Dieu vous ordonne de restituer les dépôts à leurs propriétaires et de juger avec équité quand vous arbitrez entre vos semblables. »<sup>35</sup>

[...]

« Par ton Seigneur ! Ils ne seront pas croyants tant qu'ils ne t'auront pas fait juge de leurs différends (...) et ils n'éprouveront aucune gêne à se soumettre à ta décision.<sup>36</sup> »

Outre la référence littérale à un arbitre en cas de survenance d'un litige, c'est la notion de choix qui est mise en exergue, dans la mesure où le premier extrait suggère qu'un arbitre sera choisi par chacune des parties, à l'instar de la procédure d'arbitrage moderne. Il en ressort également que la constitution du tribunal se fait par désignation volontaire des parties, à l'opposé des tribunaux étatiques, au sein desquels le choix des juges est imposé. Également, la Sourate Maedeh<sup>37</sup>, traite de la sanction applicable à un pèlerin qui chasserait en portant ses habits sacrés. Dès lors qu'il commet ce péché, deux arbitres doivent se concerter et choisir une bête équivalente qui sera sacrifiée par le pèlerin afin qu'il expie sa faute. C'est l'autorité juridictionnelle de l'arbitre qui est ici mise en exergue, et son pouvoir de juger, et de décider de la peine adaptée à la situation.

**31. L'arbitrage dans la Sunna :** La Sunna, qui peut être littéralement traduite par le terme « tradition », est la seconde principale source de l'Islam. Elle désigne l'ensemble des commandements, dires, et recommandations morales du prophète et de ses compagnons, les califes Al-Rachidoun<sup>38</sup>. La Sunna est accompagnée de Hadiths, qui se traduisent par un ensemble de commentaires et d'interprétations du Coran par les compagnons du prophète. Le Coran, complété par la Sunna et les Hadiths<sup>39</sup>, sont le socle principal des sources de la religion musulmane.<sup>40</sup> Le prophète a lui-même été choisi comme arbitre à nombreuses reprises pour régler des conflits familiaux à la Mecque, son approbation de l'arbitrage s'illustre dans une

---

<sup>35</sup> Verset 58

<sup>36</sup> Verset 65

<sup>37</sup> Verset 95

<sup>38</sup> Al Khalifat Al Rachidoun

<sup>39</sup> L'intangibilité des hadiths demeurent discutables dans la mesure où ils ont été rassemblés un siècle après la mort du prophète, alors même que des schismes ont débuté 30 ans après la mort de ce dernier, ce qui laisse planer des doutes sur leur authenticité dans la mesure où les différents « clans » se revendiquent de hadiths à leur avantage.

<sup>40</sup> N. Najjar, L'arbitrage dans les pays arabes face aux exigences du commerce international, Bibliothèque de droit privé Tome 422, L.G.D.J., 2004

des Sunna, selon laquelle un croyant aurait énoncé « *Ô Prophète, quand les miens ont un différend, ils viennent à moi pour que j’arbitre entre eux et cela satisfait les deux parties.* »<sup>41</sup>. Le prophète aurait rétorqué : « *Comme ceci est bon.* ». En outre, l’arbitrage le plus notoire avoir existé en Islam<sup>42</sup> oppose Ali Ben Abi Talib, le quatrième calife orthodoxe, et Mou’awiya ben Abi Soufiane. Ce dernier a contesté l’autorité de Ali, suite au meurtre du troisième Calife, le considérant illégitime tant que les meurtriers du troisième calife n’ont pas été jugé et exécuté. Le litige a dans un premier temps débouché sur une bataille, à l’issue de laquelle Mou’awiya ben Abi Soufiane, en position de faiblesse, suggéra le choix de l’arbitrage pour résoudre le différend. Chaque partie désigna alors un arbitre, qui rédigèrent ensemble la convention suivante :

*« Au nom de Dieu, puissant et miséricordieux, voici ce dont sont convenus Ali ben Abi Taleb et Mou’awiyat Ben Abi Soufiane pour les gens de Damas et leurs partisans croyants et musulmans : Nous nous plions à la décision de Dieu en nous conformant aux dispositions de son livre pour la résolution de notre différend et les appliquerons de leur début à leur fin, soutenant ce qui y est soutenu et rejetant ce qui y est rejeté [...] Ce litige devra être examiné dans un délai expirant au mois de Ramadan à moins que les arbitres ne désirent le trancher plus tôt ou plus tard [...] Chacun des deux arbitres pourra convoquer les témoins de son choix, les témoignages devront toutefois être consignés par écrit [...]. »<sup>43</sup>*

Cet arbitrage a été un succès, et à partir de là, le Fiqh en a conclu que l’arbitrage en islam était licite et admis<sup>44</sup>. Cette procédure était, par ailleurs, très louable dans la mesure où elle se rapprochait de façon extraordinaire d’une procédure d’arbitrage moderne.

**32. L’arbitrage dans l’Ijmaa :** L’Ijmaa peut être traduit par le « consensus » et désigne la troisième source de l’Islam. L’Ijmaa est une source prédominante de la doctrine islamique dans la mesure où il traduit le consensus des savants islamiques<sup>45</sup> à l’égard d’un sujet ou d’une matière religieuse. La majorité de la doctrine islamique est en faveur du règlement des conflits

---

<sup>41</sup> Ali Haydar, Dourar al-Houkkam fi Charh al-Hakkam, traduit en arabe par F. Al Houssayni, éd. Maktabat annahde (pas d’année d’édition), p. 639

<sup>42</sup> N. Najjar, L’arbitrage dans les pays arabes face aux exigences du commerce international, Bibliothèque de droit privé Tome 422, L.G.D.J, 2004, p. 34

<sup>43</sup> A-H El-Ahdab, L’arbitrage dans les pays arabes, op. cit., p. 19

<sup>44</sup> N. Najjar, L’arbitrage dans les pays arabes face aux exigences du commerce international, Bibliothèque de droit privé Tome 422, L.G.D.J, 2004

<sup>45</sup> Les « Oulémas »

de façon alternative, et notamment par le biais de l'arbitrage. Leur cheminement est constitué d'un faisceau d'indices autour de l'interprétation des versets du Coran, notamment le verset des femmes<sup>46</sup>, et des Hadiths des califats orthodoxes<sup>47</sup>, qui les mène à une conclusion en faveur de l'arbitrage.

**33. L'arbitrage dans le Qiyas :** Le Qiyas est la dernière source de l'Islam, minime mais non négligeable. Il peut être littéralement traduit par « l'analogie » et désigne la méthode de réflexion des juristes musulmans. Le Qiyas rejoint l'Ijmaa<sup>48</sup> dans la mesure où il s'agit d'une méthode d'interprétation des deux principales sources de l'Islam que sont le Coran et la Sunna, en appliquant à un cas quelconque un principe avéré du Coran ou de la Sunna, dans la mesure où les deux situations sont connexes.<sup>49</sup> Le Qiyas est considérablement en faveur du règlement amiable des conflits. En effet, il encourage les mohtassib et les amine<sup>50</sup> à s'établir en arbitre pour résoudre les litiges commerciaux, dans le cas où le règlement amiable, qui demeure la priorité, est un échec. Dans cette même voie, des experts appliquant la *lex mercatoria* dans l'optique d'arbitrer les différends commerciaux spécifiques à un corps de métier, nommés les *Ourahas*, ont rapidement vu le jour. Ainsi, l'arbitrage est grandement présent dans la théorie de l'Islam et encouragé par les pratiques du prophète, de ses compagnons, et des juristes. Cet enthousiasme s'est ainsi imprégné dans les usages et l'organisation de la vie commerciale et publique, et s'est poursuivi jusqu'au protectorat.

**34. La pratique de l'arbitrage à l'ère postislamique :** le récit le plus illustre qui dénote de l'importance de l'arbitrage comme mode alternatif de règlement des conflits équivalents s'est déroulé à l'époque des Omeyyades<sup>51</sup>. Par suite d'une sentence rendue par Hasan Al Basri, l'une des parties refuse de s'exécuter. Le juge étatique est alors saisi, et autorise l'aide de la force publique pour exécuter la sentence. Il envoie une lettre au chef de police, énonçant :

*« Les Al Qasim b. Sulayman et Khalid b. Safwan ont agréé al-Hasan comme arbitre de leur litige et celui-ci a rendu sa sentence. Mais ils ont refusé de s'en satisfaire. Fais donc exécuter*

---

<sup>46</sup> *Supra*

<sup>47</sup> *Supra*

<sup>48</sup> Ces interprétations par les juristes sont dénommées l'Ijtihad

<sup>49</sup> N. Najjar, L'arbitrage dans les pays arabes face aux exigences du commerce international, Bibliothèque de droit privé Tome 422, L.G.D.J., 2004 p. 14

<sup>50</sup> Représentants des différents corps professionnels

<sup>51</sup> Il s'agit d'une dynastie arabe qui gouverne le monde musulman de 661 à 750.



*la décision d’Al-Hasan à leur rencontre, ordonne-leur de payer ce à quoi ils ont été condamnés, et qu’ils s’en accommodent. ».*

Ce système surprend par sa modernité dans la mesure où il introduit le concept de juge d’appui dans le cas où une des parties refuseraient de s’exécuter volontairement. Il se rapproche fortement du droit français

**35. Comparaison avec le droit français.** Effectivement, ce système est équivalent à l’arbitrage interne en France, aujourd’hui, dans la mesure où le juge étatique est érigé en instance d’appel, et prêtant son concours pour exécuter les sentences légales. Cette position est soutenue par les jurisconsultes de l’époque<sup>52</sup>, qui soutiennent la validité du caractère contraignant de la sentence, qui doit bénéficier de l’exéquatur du juge étatique le cas échéant. L’arbitrage ne s’érige pas comme une procédure juridictionnelle concurrente à la procédure commune, ne remettant donc pas en cause la légitimité islamique de cette dernière mais les deux procédures travaillent en commun et s’entraident pour organiser la vie publique et commerciale. Au contraire, la justice étatique encourage l’arbitrage et notamment l’arbitrage d’experts dans des domaines professionnels, dans la mesure où ils sont en bonne position pour juger de litiges propres à leur propre corps de métier.

**36. Maintien de ces traditions.** Ceci s’est notamment poursuivi au Maroc jusqu’au protectorat, dans la mesure où les citoyens marocains se tournaient vers d’éminents notables dans chaque corps de métier, notoires et respectés pour leur éthique, plutôt que vers les autorités gouvernementales<sup>53</sup>. Ces arbitrages, dénommés des Jemaa, s’organisaient pour discuter de litiges commerciaux ou professionnels et débouchés souvent sur des succès. Ainsi, l’arbitrage est fortement ancré dans la société arabo-musulmane par le biais de son empreinte dans la culture islamique, qui est la religion d’Etat au Maroc depuis des siècles. L’usage des modes alternatifs des conflits n’est donc pas étranger ou récent. C’est donc naturellement que le Maroc a conservé cette tradition, et a entrepris de moderniser ce mode juridictionnel, en entreprenant de l’adapter aux normes internationales d’arbitrage.

---

<sup>52</sup> Notamment Ibn Layla et Sha’bi

<sup>53</sup> Le Makhzen

**37. Ancrage historique de l'arbitrage international.** Au niveau international, historiquement, l'intérêt du Maroc pour l'arbitrage remonte au XVII<sup>ème</sup> siècle, suite à la signature d'un traité entre le sultan alaouite Moulay Ismail et Louis XIV, portant sur la condition des étrangers au Maroc. Effectivement, ce traité prévoyait que les personnes de confession non musulmane, pouvaient soumettre leurs litiges à l'arbitrage, dans la mesure où le Cadi, juge de droit musulman, était incompétent pour statuer en matière de statut personnel et successoral. Ceci annonçait la période dite de « capitulation », qui faisait des consuls des puissances occidentales, parties à des traités bilatéraux conclu avec les autorités marocaines, pré-protectorat français, des arbitres pour régler les différends.

**38. Arbitrage et droit international.** Dans les années 1930, un traité franco-marocain est signé le 17 septembre 1931, prévoyant que les personnes de confession non musulmane au Maroc peuvent voir leurs litiges réglés par le biais de l'arbitrage. Il est également notable que le Maroc est le second pays à avoir ratifié la Convention de New York, datant du 10 juin 1958, relative à la reconnaissance et à l'exécution des sentences arbitrales étrangères, par Dahir royal du 12 février 1959, alors même que dans les années 1960, le Maroc est fraîchement sorti du protectorat français, et le développement de son industrie et son commerce sont encore au stade primaire, ce qui ne fait pas de cette convention une priorité. De même, le cadre politique du Maroc se traduit par la gouvernance du parti indépendantiste, l'Istiqlal, qui affiche un fort nationalisme et des idées conservatrices. Ceci est nuancé par le libéralisme solide qu'affiche Mohamed V, qui matérialise sa volonté de s'ouvrir à l'international par le biais de la signature de ce traité. Il comprend qu'il est essentiel d'autoriser l'arbitrage afin d'attirer les investisseurs étrangers qui souhaitent régler leurs litiges par ce biais. Effectivement, le Maroc présente de nombreux atouts tel que sa situation géographique, au carrefour entre l'Europe et l'Afrique, ou encore les multiples programmes de financement qu'il met en place dans des secteurs stratégiques pour l'époque, tel que l'automobile ou l'agriculture.

**39. L'arbitrage international au Maroc aujourd'hui.** L'arbitrage international au Maroc est en expansion constante. Effectivement, ce dernier a entrepris d'adhérer à de multiples conventions internationales dans l'optique d'être concurrentiel sur la scène d'arbitrage international. C'est ainsi qu'il signe par décret royal du 31 octobre 1966 la convention de Washington du 18 Mars 1965 relative au règlement des différends relatifs aux investissements et la convention de Séoul du 11 Octobre 1985 qui institue l'Agence multilatérale de garantie des investissements (AMGI). Ces conventions internationales, à l'instar de la hiérarchie des

normes en droit français, priment sur le droit interne, tel que prévu par la loi n°08-05 relative à l'arbitrage et à la médiation conventionnelle<sup>54</sup>. Ces dispositions sont entérinées par la jurisprudence, par le biais d'un arrêt de principe rendu par la Cour de Cassation marocaine, datant du 1<sup>er</sup> janvier 2000, dans le cadre d'une affaire commerciale n°706/1998. Il énonce effectivement que « *l'exception de non-exécution des sentences arbitrales internationales pour le fait qu'elles soient contraires à l'ordre public marocain* » doit être argumentée par la demanderesse au pourvoi en cassation. Dans ce cas d'espèce, la Cour de cassation a estimé que la demande était insuffisamment motivée, et a refusé d'écarter l'exécution de la sentence arbitrale internationale litigieuse.

**40. Développement régional.** Au niveau régional, le Maroc est signataire de la convention arabe d'Amman sur l'arbitrage commercial datant du 4 avril 1987 et de la convention de Riyad relative à l'entraide judiciaire datant du 6 avril 1983, qui traite notamment de l'exéquatur des décisions arbitrales. La convention d'Amman a quant à elle pour objectif d'uniformiser droit arabe de l'arbitrage, à l'image de la convention européenne sur l'arbitrage commerciale datant de 1961. Elle a vocation à mettre en place un système arabe d'arbitrage commun dans l'optique de maintenir l'équité dans le règlement des différends commerciaux internationaux. Ce système vise à s'appliquer aux personnes physiques ou morales de droit privé, peu importe leur nationalité, tant qu'elles ont des rapports juridiques commerciaux avec l'un des Etats contractants ou l'une de ses composantes ou dont le siège principal se trouve sur le territoire de l'un des États contractants.

**41. Arbitrage interne historiquement sporadique au Maroc.** Si l'arbitrage interne a été systématisé au Maroc par l'introduction de la n°08-05 du 6 décembre 2007 qui régit le régime général du droit de l'arbitrage, certaines dispositions afférentes à l'arbitrage demeurent sporadiquement présentes dans d'autres codes ce qui témoigne de l'absence de réticence de la culture juridique marocaine vis-à-vis de ce mode alternatif des conflits. Par exemple, la Moudawana, code de statut personnel et successoral, fait référence à l'arbitrage, en son article 56-2 qui prévoit une conciliation possible entre époux par le biais de deux arbitres choisis par ces derniers.

---

<sup>54</sup> Loi publiée au journal officiel n°5584 le 6 décembre 2007

**42. Faveur des modes alternatifs de règlement des conflits.** De façon globale, la médiation et les modes alternatifs de règlement de conflit sont très encouragés s'agissant des litiges relatifs au droit de la famille et du statut personnel et successoral. Dans des régimes plus spéciaux, tel que celui qui encadre le statut des journalistes, le Dahir du 18 avril 1942 relatif au statut des journalistes, prévoit dans les articles 6 et 7 une procédure face à une commission arbitrale lorsqu'il s'agit de statuer sur la résiliation de leur contrat de travail et leur accorder une réparation pécuniaire. S'agissant du droit immobilier, l'article 8 du Dahir du 16 septembre 1946 régulant le statut de la copropriété des immeubles divisés en appartement, autorise une clause d'arbitrage pour le règlement des différends survenant entre les copropriétaires à propos de l'application de leur statut. Dans ce même domaine, l'arrêté viziriel du 19 novembre 1936 prévoit une procédure suivie devant les commissions arbitrales pouvant accorder des délais de grâce à tout débiteur de bonne foi poursuivi en exécution d'une dette garantie par une hypothèque sur un immeuble bâti à usage d'habitation ou professionnel, et ce en vertu d'un dahir du 10 juillet 1936.

**43. Cas particulier du droit public.** En droit public, l'article 4 du Dahir n°1-69-246 du 19 janvier 1970 portant approbation de la convention de concession de l'exploitation du monopole des tabacs, conclue entre l'Etat et la société dénommée « Régie des Tabacs » prévoyait une clause compromissoire applicable aux litiges pouvant naître entre l'administration publique et la société bénéficiaire des privilèges découlant du monopole qui lui est reconnu. En outre, le Maroc a accordé à l'ancienne société « Maroc des chemins de fer », par convention datée du 19 juin 1920, et à la société « Maroc énergie électrique », par convention du 9 mai 1923, un monopole. L'article 22 de cette convention prévoyait de soumettre les différends résultant de l'exécution de ces accords à une commission arbitrale. Il faut prendre en considérations les conditions politiques du Maroc à ce moment-là, qui était sous protectorat, et ne contrôlait donc pas sa politique interne. Le gouvernement était donc forcé d'accorder des privilèges aux entreprises françaises de la métropole, alors même que cela allait à l'encontre des intérêts internes du pays. Dans cette continuité, l'article 32 du Dahir n°421-66 du 20 octobre 1969 relatif aux attributions des agents diplomatiques et des consuls nationaux à l'étranger, dispose qu'en cas de consentement des parties de nationalité marocaine, ces agents peuvent régler les différends par voie d'arbitrage dans le cadre de leurs attributions. Enfin, un dernier exemple pertinent serait celui de l'article 39 du code pétrolier marocain de 1958, qui prévoit que les accords conclus en application de ce code, et celles en général qui lient l'Etat à des personnes morales en vue de définir les droits et les obligations de ces dernières en tant que titulaires des

titres miniers d'hydrocarbures, peuvent prévoir le recours à l'arbitrage. Cette disposition a été ensuite reprise par l'article 33 du dahir n°1-91-118 du 1er avril 1992 portant loi n°21-90 relative à la recherche et à l'exploitation des gisements d'hydrocarbures.

**44. Une unification de l'arbitrage interne autour de la loi n°08-05 du 6 décembre 2007 :**

**l'arbitrage interne.** Aujourd'hui, sur le plan législatif, l'arbitrage est fortement ancré au Maroc. D'un point de vue interne, la procédure arbitrale est encadrée par la loi 08-05, publiée au journal officiel n°5585 du 6 décembre 2007. Cette loi insuffle une vigueur nouvelle à l'arbitrage en abrogeant les dispositions du code de procédure civile relatives à l'arbitrage, qui étaient jusqu'alors incomplètes et précaires, et établit un nouveau régime inspiré du droit français et des conventions internationales. Elle s'illustre par la grande liberté de son régime, offrant aux parties une marge de manœuvre importante quant à leur liberté contractuelle. Elle encadre toutefois fermement les grands principes de la procédure arbitrale, régulant notamment les situations de conflits où des affaires sont présentées à la fois devant un arbitre et devant une juridiction étatique. De prime abord, la loi dissocie l'arbitrage interne de l'arbitrage international, et prévoit pour chacun un régime spécifique. D'une part, elle encadre le champ d'application de l'arbitrage interne qui est ouvert dans les cas suivants : les litiges relevant de la compétence des tribunaux de commerce et les contestations pécuniaires résultant d'une relation avec l'Etat et les collectivités locales.

**45. Limites du champ d'application de la convention d'arbitrage.**

A contrario, sont exclus du champ de l'arbitrage interne les litiges relatifs : au droit des personnes, aux actes unilatéraux de l'Etat, des collectivités locales ou autres organismes dotés de prérogatives de puissance publique, aux contestations concernant l'application de la loi fiscale. La loi encadre les conditions de formation de la convention d'arbitrage que nous étudierons ultérieurement. Elle doit obligatoirement avoir été convenue par écrit sous la forme d'une clause d'arbitrage insérée dans le contrat ou d'un compromis d'arbitrage à travers lequel elles décident de saisir un tribunal arbitral après la survenance d'un litige.

**46. Conditions applicables aux arbitres.**

Quant aux arbitres, ils sont limitativement prévus par une liste établie par la Cour d'appel, à la suite d'un examen de leurs déclarations par le procureur général dans le ressort de laquelle ils résident ou exercent. La sentence arbitrale est également soumise à des conditions de validité. Elle doit être impérativement écrite et comporter certaines indications obligatoires tel que le nom des arbitres, la date, le lieu, un

exposé des faits et des prétentions de chaque partie, et indiquer les questions litigieuses. La sentence arbitrale a l'autorité de la chose jugée. Elle n'est susceptible d'exécution forcée que suivant une ordonnance d'exequatur délivrée par le président de la juridiction dans le ressort de laquelle la sentence a été rendue. L'ordonnance d'exequatur n'est pas susceptible d'un recours. Celle qui refuse l'exequatur doit être motivée et elle est quant à elle susceptible d'appel dans un délai de quinze jours, à compter de sa notification. La loi donne également des solutions à certaines situations de difficultés. Par exemple, si un litige est à la fois soumis à un tribunal arbitral et à une juridiction étatique, alors même qu'une convention arbitrale est valide, cette dernière doit prononcer l'irrecevabilité de la demande

#### **47. Une unification autour de la loi n°08-05 du 6 décembre 2007 : l'arbitrage international.**

Quant à l'arbitrage international, il est défini dans cette loi de façon équivalente au droit français, c'est à dire comme tout arbitrage mettant en cause des intérêts du commerce international, et dont l'une des parties au moins à son domicile ou son siège à l'étranger. Contrairement à l'arbitrage interne, les parties peuvent déterminer la loi nationale qui régira la procédure et tranchera le litige. Aussi, en tant que signataire de la convention de New York du 10 juin 1958 relative à la reconnaissance et à l'exécution des sentences arbitrales étrangères, le Royaume chérifien confère l'exequatur aux sentences arbitrales étrangères, à la suite de leur examen par le président de la juridiction commerciale dans le ressort de laquelle elles ont été rendues, ou par le président de la juridiction commerciale du lieu d'exécution si le siège de l'arbitrage est situé à l'étranger. En outre, La dernière nouveauté remarquable de cette loi est qu'elle encadre pour la première fois les règles de la médiation conventionnelle. Effectivement, elle précise les termes de la convention de médiation qui impérativement être conclue à l'écrit, désigner le médiateur ou prévoir les modalités de désignation. Elle encadre également son régime, que nous ne détaillerons pas car il s'écarte de notre sujet.

**48. Ancrage institutionnel de l'arbitrage progressif :** Enfin, l'émergence de l'arbitrage au Maroc se manifeste institutionnellement par la présence de nombreux organismes institutionnels, dont la chambre d'arbitrage maritime, créée en 1980, le centre arabe d'arbitrage commercial créé par la convention d'Amman, en 1987, qui a été signée par le Maroc, ou encore une annexe à la chambre de commerce internationale de Paris, en 1997. Plus récemment, le CIMAR, centre international de médiation et d'arbitrage de Rabat, créé en 2011, en partenariat avec la Chambre de Commerce et d'Industrie et des Services de Rabat, le ministère de la Justice et le ministère de l'Industrie, du Commerce et des Nouvelles

Technologies, a pour objectif d'organiser des médiations et des arbitrages sur le plan interne et international, ainsi que d'organiser des formations en médiation et en arbitrage destinés aux professionnels de différents secteurs d'activités. Il s'agit donc d'un outil moderne de promotion de la culture des modes alternatifs de résolution des conflits au Maroc. De même, la chambre de commerce internationale de Casablanca a également été créée dans l'optique de faire profiter aux investisseurs locaux du cadre juridictionnel de la CCI sans qu'ils aient à se déplacer à Londres ou encore à Paris. Cette cour avait également une vocation de rayonnement régionale, projetant de s'établir comme place institutionnelle arbitrale au Maroc et en Afrique.

#### **49. Perspectives d'évolution : La loi 95-17 publiée au Bulletin officiel n°7099 du 13 juin 2022.**

Le projet de loi 95-17 sur l'arbitrage et la médiation conventionnelle a été adopté par le Conseil du gouvernement le 5 mars 2020. Ce projet est spectaculaire dans la mesure où le Maroc va se doter pour la première fois d'un code d'arbitrage autonome du Code de procédure civile. Le Roi Mohamed VI dans un discours du 21 octobre 2019 adressé aux participants de la deuxième conférence internationale sur la justice a énoncé :

*« A cet égard dans notre discours prononcé en 2009, à l'occasion de la Révolution du Roi et du peuple, Nous avons déjà souligné la nécessité de développer les modes judiciaires alternatifs, comme la médiation, l'arbitrage, la conciliation. De même, dans Notre message adressé à la première édition de votre conférence, Nous avons, parmi d'autres orientations, appelé à une institutionnalisation des modes alternatifs de règlement des litiges. En réponse aux demandes pressantes des investisseurs pour la simplification et l'accélération des procédures administratives et judiciaires, un projet de Code de l'arbitrage et de la médiation conventionnelle se trouve actuellement en attente d'approbation. ».*

Ainsi, il y a une véritable volonté de la part du Royaume marocain de s'aligner en termes de législation avec les standards internationaux dans un objectif purement économique, afin d'attirer les investisseurs et d'accroître l'attractivité du Maroc en termes de commerce international. Pour cela, des garanties législatives sont nécessaires, particulièrement s'agissant de sphères tel que les investissements et le commerce international qui sont grandement régis par l'arbitrage.

**50. Modernisme de la nouvelle loi à l'efficacité mitigée.** Cette loi a été ratifiée le 13 juin 2022 et insuffle un vent de modernité sur la législation relative à l'arbitrage en droit marocain. Effectivement, comme nous le développerons ultérieurement, un véritable épurement d'une législation contradictoire est mis en œuvre par cette loi qui prévoit des dispositions claires, précises et encadrant efficacement la rédaction de la convention d'arbitrage et la procédure qui en découle. Nous saluerons le « nettoyage » effectué par le législateur marocain qui abrogera diverses dispositions désuètes et inadaptés à la modernité que requiert aujourd'hui une législation gouvernant l'arbitrage. Le Maroc cherche réellement à s'adapter aux besoins du commerce international et aux nouvelles technologies, en élargissant par exemple la définition du support de la convention d'arbitrage, dans la mesure où l'écrit peut se traduire par un message électronique. Toutefois, certains apports de la loi demeurent controversés et ne sont pas appréciés par la pratique. C'est notamment le cas de l'introduction de la pratique du contradictoire en matière d'audiences d'exequatur, qui est fortement critiquée par les praticiens du fait de la lourdeur administrative qu'elle introduit, comme nous le développerons ultérieurement. En somme, cette réforme est assez décevante dans la mesure où la grande majorité du système introduit par la loi 08-05 est maintenu.

**51. L'efficacité de la validité de la convention d'arbitrage.** Dans cette optique comparatiste, cette étude sera fondée sur l'outil principal à l'origine de la naissance de toute procédure arbitrale : la convention d'arbitrage. Il s'agit avant tout d'un contrat, elle est donc soumise aux mêmes conditions de fond que tous les contrats. Nous nous chargerons donc d'analyser les différentes conditions de validité, tel que le consentement, l'objet et la cause, sous le prisme de la comparaison. Il s'agira également d'étudier les causes de nullité du contrat. En somme, il conviendra de couvrir toutes les facettes en amont de la formation de la convention d'arbitrage, et prérequis nécessaires à sa validité. Toutefois la convention d'arbitrage répond également à des conditions qui lui sont spécifiques pour entériner sa validité. De façon générale, il s'agit de l'arbitrabilité des litiges et des conditions de licéité. L'étude de la convention d'arbitrage, comme tout contrat est large, et il serait prétentieux et pauvre de s'adonner à une étude exhaustive de toutes ses composantes. Il conviendra donc de sélectionner judicieusement les caractéristiques de ces deux législations entourant la convention d'arbitrage, qui participent à accroître son efficacité, ou au contraire, s'érigent en obstacle. Il s'agira donc d'une étude sélective guidée par la problématique de l'efficacité et la volonté d'y répondre.



**52. L'efficacité de l'application de la convention d'arbitrage.** La véritable efficacité d'un contrat se mesure à travers l'effectivité de son application. Nous reprendrons l'expression de M. Diaz qui se référait à la reconnaissance de l'exequatur de la sentence arbitrale, pour transposer à l'efficacité de la convention d'arbitrage qui non appliquée « *n'a pas plus de valeur qu'un chiffon de papier* »<sup>55</sup>. Il s'agira donc d'étudier l'effet de la convention d'arbitrage sur les différents protagonistes, c'est-à-dire les parties et l'arbitre, ce qui permettra également de déterminer la portée et le rayonnement de la convention d'arbitrage.

**53. Particularités de la convention d'arbitrage : l'autonomie.** La principale particularité de la convention d'arbitrage est son autonomie, qui est une caractéristique dominante du régime de la convention d'arbitrage. L'autonomie de la convention d'arbitrage est double, elle est à la fois autonome vis-à-vis du contrat principal conclu entre les parties, mais également par rapport aux lois étatiques<sup>56</sup>. Dans son premier versant, l'autonomie de la convention d'arbitrage a été consacré d'une telle force, qu'elle fait partie des principes généraux de l'arbitrage. Selon ce principe, la convention d'arbitrage est indépendante du contrat principal, c'est-à-dire que le droit applicable au contrat principal, ne l'est pas automatiquement à la convention d'arbitrage, quand bien même elle serait contenue dans le contrat.<sup>57</sup> Ce principe sous-tend également, comme nous le verrons ultérieurement, le fait que la nullité<sup>58</sup> ou l'inexistence du contrat principal<sup>59</sup> n'influence pas la convention d'arbitrage, qui survit à ce dernier. Il découle de cela que les arbitres sont amenés à statuer sur leur propre compétence, ou en d'autres termes, que le principe de compétence-compétence est applicable à la convention d'arbitrage<sup>60</sup>. L'autre versant de l'autonomie du contrat se présente dans une perspective relative aux lois étatiques. Si la convention d'arbitrage est soumise dans sa formation au droit commun des contrats, l'application des lois étatiques est adaptée, particulièrement en arbitrage international. Des méthodes de détermination des lois applicables ont été mises en œuvre pour décider du droit applicable à la convention d'arbitrage, à savoir la méthode conflictuelle, et la méthode des règles matérielles. L'arrêt

---

<sup>55</sup> J. A. Graham, Chronique de jurisprudence étrangère, Mexique, préc., spéc. p. 233 et 234

<sup>56</sup> JurisClasseur Droit international Fasc. 703 : ARBITRAGE COMMERCIAL INTERNATIONAL . – Convention d'arbitrage . – Autonomie et principe de validité . – Droit applicable, Emmanuel GAILLARD - Professeur à l'Université de Paris XII - Associé, Shearman & Sterling, Paris

<sup>57</sup> Ph. Francescakis, Le principe jurisprudentiel de l'autonomie de l'accord compromissaire : Rev. arb. 1974, p. 67. – H. Motulsky, Écrits, t. 2, Études et notes sur l'arbitrage, Dalloz 1974, p. 335 s.

<sup>58</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 18 mai 1971, Impex, préc. n° 2.

<sup>59</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 6 déc. 1988, Navimpex : Rev. arb. 1989, p. 641, note B. Goldman

<sup>60</sup> J.- Cl. Droit international, Fasc. 586-5 ou Procédure civile, Fasc. 062

Dalico<sup>61</sup> a été à l'origine de la consécration de ce principe d'autonomie, qui reconnaît que la validité de la convention d'arbitrage est reconnue indépendamment de toute loi étatique, interne ou étrangère.<sup>62</sup>

**54. Effet principal de la convention d'arbitrage : la mission juridictionnelle de l'arbitre.** La convention d'arbitrage est un contrat particulier, puisque son objet est processuel, dans la mesure où elle octroie à l'arbitre le pouvoir et la légitimité de pouvoir statuer sur des différends entre deux ou plusieurs parties<sup>63</sup>. Elle se positionne ainsi en « norme d'origine subjective »<sup>64</sup>, qui a des effets d'une part sur les parties à la convention d'arbitrage, et d'autre part sur certains tiers. De prime abord, le principal effet à l'égard des parties se traduit par l'effet contraignant de la convention d'arbitrage, en application du principe général de la force obligatoire du contrat. Dans le cas où une partie récalcitrante entrave volontairement la procédure d'arbitrage, c'est une exécution en nature qui sera applicable, se matérialisant par la formation du tribunal arbitral en tout état de cause, éventuellement grâce à l'aide du juge d'appui si nécessaire.<sup>65</sup> Il s'agira également d'étudier, en arbitrage international, la renonciation aux privilèges de juridiction.<sup>66</sup> Le second versant principal de l'effet de la convention d'arbitrage est l'octroi de la compétence juridictionnelle au tribunal arbitral, et le dessaisissement des juridictions étatiques, qui en est le corollaire, durant toute la durée de la procédure. A cela, résiste des exceptions dans la mesure où le juge étatique conserve certaines prérogatives, notamment en matière d'octroi de mesures provisoires et conservatoires, et peut même conserver sa compétence exclusive, s'agissant des sûretés judiciaires et des mesures conservatoires<sup>67</sup>. Il s'agira d'en étudier les tenants, les aboutissants et l'étendue. S'agissant de l'analyse des effets à l'égard des tiers, elle se concentrera principalement sur la transmission de la convention d'arbitrage, et sur les stipulations pour autrui pouvant être incluses dans la clause compromissoire, et l'extension de la convention d'arbitrage.

---

<sup>61</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 20 déc. 1993 : JDI 1994, p. 432, note E. Gaillard ; JDI 1994, p. 690, note E. Loquin ; Rev. arb. 1994, p. 116, note H. Gaudemet-Tallon ; Rev. crit. DIP 1994, p. 663, note P. Mayer

<sup>62</sup> JurisClasseur Contrats – Fasc. 191 : CONVENTION D'ARBITRAGE . – Formation, Date de la dernière mise à jour : 17 Janvier 2012, Jean-Baptiste Racine - Professeur à l'université de Nice-Sophia Antipolis

<sup>63</sup> N. Coipel-Cordonnier, Les conventions d'arbitrage et d'élection de for en droit international privé : LGDJ, 1999

<sup>64</sup> Dalloz - Répertoire de droit civil Convention d'arbitrage Civ. – Effets de la convention d'arbitrage – Louis-Frédéric PIGNARRE – Décembre 2013

<sup>65</sup> Jean-Baptiste Racine, Droit de l'arbitrage, Thémis droit PUF

<sup>66</sup> Ph. Fouchard, E. Gaillard., B. Goldman, op. cit., n°627, p.396.

<sup>67</sup> Jean-Baptiste Racine, Droit de l'arbitrage, Thémis droit PUF, p.233

L'objet de notre étude se traduira donc par le développement et l'analyse des différentes facettes constitutives de la convention d'arbitrage sous le prisme de la recherche de l'efficacité et du rayonnement de cette dernière. Il s'agit d'une étude sélective des différentes facettes de la formation, validité et effets découlant de la convention d'arbitrage et convergeant vers la réalisation de son efficacité. Il nous est apparu lors de nos recherches peu intéressant dans une perspective dynamique d'analyser l'intégralité des contours de la convention d'arbitrage, ce qui nous a délibérément mené à écarter certains éléments qui ne participent à répondre à notre problématique relative à l'efficacité de la convention d'arbitrage.

Dans cette perspective, nos propos se diviseront en trois parties. Une première partie préliminaire nous permettra d'étudier l'autonomie de la convention d'arbitrage, qui constitue le socle de l'efficacité de la convention d'arbitrage, ce qui permettra également de poser la méthode de recherche de la loi applicable (**Partie préliminaire**).

Nous nous pencherons par la suite sur les conditions de validité de la convention d'arbitrage, et la portée de leur efficacité. Il conviendra de mesurer l'efficacité de la convention d'arbitrage à la lumière des critères de validité qui l'entourent, ce qui nous donnera un indicateur pragmatique sur la souplesse du régime entourant la convention d'arbitrage. (**Partie I**).

Nous définirons par la suite les contours de l'application de la convention d'arbitrage, par le biais de ses effets à l'égard des parties, puis à l'égard de l'arbitre. Après l'approche théorique de l'efficacité intrinsèque de la convention d'arbitrage, il s'agira de d'estimer son efficacité pratique, en étudiant l'étendue des effets de la convention d'arbitrage. (**Partie II**).

## **Partie Préliminaire : Autonomie et Loi Applicable**

### **Introduction**

**55. Autonomie et efficacité.** L’autonomie de la convention d’arbitrage est au cœur de la question de son efficacité. Effectivement, pour M. Fouchard : « *la convention arbitrale, dans le commerce international, sera [...] l’instrument premier de l’autonomie que ce milieu cherche à obtenir vis-à-vis des ordres étatiques* »<sup>68</sup>. Cette autonomie s’interprète sous deux aspects, l’autonomie vis-à-vis du contrat principal et l’autonomie vis-à-vis des lois étatiques. Or, dans ces deux dimensions, en étant autonome, la convention d’arbitrage voit les causes de nullité pouvant l’affecter considérablement se réduire, à la faveur de son efficacité, puisque la convention d’arbitrage est immunisée contre les vices pouvant toucher le contrat principal, de même que les potentielles causes d’inefficacité du contrat d’arbitre. Également, elle est indépendante des règles gouvernant le contrat qui peuvent être inadaptées ou en défaveur de l’arbitrage, du fait de la possibilité pour les parties de choisir la loi applicable. Il s’agit de conclure une convention qui répond uniquement des règles qui la gouverne et des vices qui peuvent potentiellement l’affecter. Effectivement, dans le cas contraire, la convention d’arbitrage se verrait affectée par les vices du contrat principal, voir sa nullité, ce qui élargit fortement les causes d’inefficacité pouvant l’atteindre.

**56. Admission du principe d’autonomie.** Ce principe d’autonomie est aujourd’hui admis par la majeure partie des systèmes juridiques, et nous pouvons même avancer qu’il relève de l’évidence. Ainsi, pour M. Batiffol, « *il est évident que la procédure arbitrale ne pourra pas être engagée valablement que si la validité de la clause compromissoire ou du compromis n’est pas remise en cause au prétexte qu’elle devra dépendre de la validité du contrat principal dans lequel elle est insérée* »<sup>69</sup>. La doctrine considère ainsi qu’il en va de l’effectivité de la convention d’arbitrage, que l’efficacité de cette dernière ne dépende pas de la validité du contrat principal. Il n’en est pas moins intéressant d’étudier l’évolution, en comparant celle du système français, à celle du système marocain qui s’en inspire, et d’analyser dans quelles

---

<sup>68</sup> L. Chedly, op. cit. p. 249

<sup>69</sup> H. Batiffol, « l’ouverture des travaux du congrès international de l’arbitrage de Paris », 11 au 13 mai 1961, RA, 1961, p. 45

mesures l’évolution et la généralisation progressive du principe autonomie de la convention d’arbitrage participent conséquemment à la protection et à l’efficacité de cette dernière.

La préservation de l’autonomie se justifie selon la doctrine pour des raisons pratiques et pragmatiques. Pour Lotfi Chedly, « *le droit de l’arbitrage est pragmatique, il cherche avant tout le résultat, et sans la clause compromissoire autonome, nulle efficacité n’est possible. C’est là la véritable razione juris de l’autonomie* »<sup>70</sup>. Ainsi, la question de l’efficacité et de l’autonomie sont intrinsèquement liées, ce qui se justifie dans la mesure où l’indépendance de la convention d’arbitrage vis-à-vis du contrat principal réduit les causes de nullité pouvant affecter cette dernière, tandis que son autonomie vis-à-vis des lois étatiques évite que sa portée soit réduite par la lourdeur des législations nationales.

Ainsi, il s’agira d’étudier l’évolution et la consécration du principe d’autonomie, ainsi que son effet positif sur l’efficacité de la convention d’arbitrage. Il conviendra d’étudier successivement l’approche française **(I)**, pour ensuite envisager la position du droit marocain **(II)**.

### **I. Autonomie et loi applicable en droit français**

La consécration de l’autonomie de la convention d’arbitrage (*Section 1*) se traduit par deux facettes : l’indépendance de la convention vis-à-vis du contrat principal, et l’autonomie de la convention vis-à-vis des lois étatiques. Cette dernière conséquence a pour effet d’entraîner la recherche d’une loi applicable à la convention d’arbitrage (*Section 2*).

#### *Section 1 : La consécration du principe d’autonomie en droit français*

Le principe d’autonomie de la convention d’arbitrage est aujourd’hui définitivement consacré en droit français de l’arbitrage interne, et international **(A)**, ce qui entraîne de multiples conséquences juridiques **(B)**.

#### **A. Une consécration bien ancrée de l’autonomie**

#### **57. Consécration jurisprudentielle du principe d’autonomie de la convention d’arbitrage en France en arbitrage international.** Le professeur Schwebel décrit très justement le principe

---

<sup>70</sup> L. Chedly, op. cit., p. 257

d'autonomie de la manière suivante : « *when the parties to an agreement containing an arbitration clause enter into that agreement, they conclude not one but two agreements, arbitral twin of which survives any birth defect or acquired disability of the principle agreement* »<sup>71</sup>. De ce fait, bien que le contrat principal et la clause compromissoire partagent le même instrumentum, Pr. Schwebel effectue une distinction intellectuelle s'agissant de leur negotium, en affirmant que les parties à un contrat contenant une clause d'arbitrage s'engagent à deux conventions, la convention principale et la convention d'arbitrage. Cette affirmation introduit d'emblée le principe d'autonomie de la convention d'arbitrage vis-à-vis du contrat principal.

**58. Autonomie et efficacité de la convention d'arbitrage.** Cette autonomie, qualifiée de matérielle par M. Chedly, est essentielle à l'efficacité de la convention d'arbitrage, et traduit même son principal socle. Effectivement, en distinguant le contrat principal de la convention d'arbitrage, ce sont également les causes de nullité susceptibles d'affecter la convention d'arbitrage qui sont considérablement réduites. Effectivement, la principale conséquence de l'autonomie de la convention d'arbitrage vis-à-vis du contrat principal se traduit par le fait que le sort de ce dernier n'affecte pas la validité de la convention d'arbitrage. En d'autres termes, la convention d'arbitrage survit à la nullité du contrat principal. Il s'agit ainsi de l'allégorie même de son efficacité, dans la mesure où sans cela, la convention d'arbitrage se trouverait fortement affaiblie par les causes de nullité pouvant toucher le contrat principal, et la voie serait ouverte aux plaideurs de mauvaise foi, qui pourraient alors user de ces arguments pour interrompre, ou a minima suspendre et retarder la procédure arbitrale. Cela risquerait de décourager l'appétence à l'égard de l'arbitrage dans la mesure où l'une des principales raisons pour laquelle cette procédure est attractive pour les acteurs économiques est sa rapidité et sa souplesse. Une telle lourdeur serait sans équivoque source d'insécurité et d'inefficacité.

**59. Réserves doctrinales.** Or, le concept d'autonomie n'a pas toujours été admis en droit français, surtout par la doctrine. Pierre Mayer considérait que : « *la clause compromissoire serait inconcevable en l'absence du reste du contrat ; l'objet même de la clause compromissoire est constitué par le reste du contrat* »<sup>72</sup>. Cette position, qui revendique que la clause

---

<sup>71</sup> S. M Schwebel, *International Arbitration: Three Salient Problems*, Grotius Publications, Cambridge, 1987, p. 5 cité dans la thèse de Dr. Sebastian Partida, *La convention d'arbitrage dans le droit des nouvelles puissances économiques (Chine, Inde, Brésil, Mexique)*, 2019

<sup>72</sup> P. Mayer, *Les limites de la séparabilité de la clause compromissoire* : Rev. arb. 1998, p. 361

compromissoire est dépendante du reste du contrat a toutefois très rapidement été écartée par la jurisprudence. Effectivement, le principe d'autonomie, a été consacré pour la première fois par l'arrêt Gosset<sup>73</sup>, rendu le 7 mai 1963, qui énonce que :

*« En matière d'arbitrage international, l'accord compromissoire, qu'il soit conclu séparément ou inclus dans l'acte juridique auquel il a trait, présente toujours, sauf circonstances exceptionnelles (...), une complète autonomie juridique, excluant qu'il puisse être affecté par une éventuelle invalidité de cet acte ».*

Cet arrêt consacre l'autonomie de la convention d'arbitrage, qu'il s'agisse d'une clause compromissoire conclue au sein d'un contrat ou d'un compromis. Cette autonomie se place vis-à-vis du contrat principal, dans la mesure où la conséquence que tire cette jurisprudence se traduit par le fait que la convention d'arbitrage ne peut être affectée par « une éventuelle invalidité de cet acte ».

**60. Conséquences juridiques de l'arrêt Gosset.** Ainsi, la validité de la clause d'arbitrage est indépendante de la convention principale dans laquelle elle est incluse. Jean Robert en tire une deuxième conséquence, qui est que la clause d'arbitrage est soumise à des lois distinctes de celles qui régissent la convention dans laquelle elle est contenue<sup>74</sup>. Cette facette de l'autonomie assure une souplesse gage d'efficacité de la convention d'arbitrage dans la mesure où elle ouvre la voie aux parties pour choisir la loi applicable à la convention d'arbitrage. Par ailleurs, cela évite une application automatique, de la loi applicable au contrat, au contrat. Effectivement, ce qui est efficace pour régir le contrat principal, ne l'est pas forcément pour la convention d'arbitrage, et ce d'autant plus que certains régimes juridiques étatiques sont sévères et décourageants vis-à-vis de l'arbitrage.

**61. Consécration jurisprudentielle du principe d'autonomie de la convention d'arbitrage en France en arbitrage interne.** Ce principe a rapidement été admis en droit de l'arbitrage interne en France également, dans un premier temps, par la Cour d'appel<sup>75</sup>, qui avance que :

*« La clause compromissoire constitue une convention de procédure autonome et distincte de la convention principale liant les parties sur le fond du litige ; elle doit pouvoir être mise en*

---

<sup>73</sup> Cass. civ. 1, 7 mai 1963, Gosset c/ Carapelli, Bull. civ. I. n° 246

<sup>74</sup> J. Robert ; Rev. Crit. DIP, 1963, p. 615 ; note H. Motulsky ; JCP 1963 II 13405, note. B. Goldman ; JDI 1964, p. 83, note J-D Bredin

<sup>75</sup> CA Paris, 8 oct. 1998 : JurisData n° 1998-133390 ; Rev. arb. 1999, p. 350, P. Ancel et O. Gout

*œuvre indépendamment de l'existence ou de la validité du contrat principal conformément à la volonté commune des parties. ».*

Ainsi, l'arbitrage interne a dans un premier temps débuté par consacrer l'indépendance de la convention d'arbitrage vis-à-vis du contrat principal.

L'arrêt cardinal en la matière est l'arrêt Barbot, qui a retenu que :

*« La clause compromissoire présentant, par rapport à la convention principale dans laquelle elle s'insère, une autonomie juridique qui exclut qu'elle puisse être affectée par l'inefficacité de cet acte, l'éventuelle nullité du contrat de sous-traitance est sans incidence sur la validité de ladite clause. »<sup>76</sup>.*

Cet arrêt est très important puisqu'il immunise la convention d'arbitrage contre « l'inefficacité » de l'acte principal, ce qui englobe de façon large les causes pouvant affecter la nullité du contrat principal. A moins d'une semaine d'intervalle, un second arrêt est venu conforter cette position en énonçant que :

*« En droit interne de l'arbitrage, la clause compromissoire présente, par rapport à la convention principale dans laquelle elle s'insère, une autonomie juridique qui exclut, sauf stipulation contraire, qu'elle puisse être affectée par une éventuelle inefficacité de cette convention. »<sup>77</sup>.*

Cet arrêt nuance la portée de l'arrêt Barbot dans la mesure où il indique qu'une stipulation contractuelle contraire peut écarter le principe d'autonomie, qui n'est donc pas d'ordre public en droit interne de l'arbitrage français. En tout état de cause, le droit français a sans soubresauts évolué vers une admission complète de l'autonomie de la convention d'arbitrage. Ceci renforce l'importance de ce principe pour l'efficacité de la convention d'arbitrage qui sans son indépendance, n'atteindrait pas son efficacité optimale. C'est le décret n°2011-48 du 13 janvier 2011 qui vient entériner légalement cet apport jurisprudentiel en son article 1447

---

<sup>76</sup> Cass. 2e civ., 4 avr.2002, Barbot c/ Bougyues Bâtiment, Rev. arb. 2003, p. 103 (Aere esp.), note P. DODOER; JCP G 2003, I 105, n°2, obs. Ch. Seraglini; D. 2003, p. 1117, note L. Degos.

<sup>77</sup> Cass. Com., 9 avr. 2002, Toulousy c/ Philan, Rev. Arb. 2003, p. 103 (2e esp.), note P. Didir; JCP G 2003, I, 105, n°2, obs. Ch. Seraglini; D. 2003, p. 117, not L. Degos et som. P. 2470, obs. th. Clay



du Code de procédure civile qui retient que « *la convention d'arbitrage est indépendante du contrat auquel elle se rapporte* ».

**62. Consécration jurisprudentielle du principe d'autonomie de la convention d'arbitrage à l'étranger.** Aux Etats-Unis, la consécration jurisprudentielle a également précédé la reconnaissance législative. Effectivement, l'arrêt *Prima Paint v. Flood and Conklin* a disposé que<sup>78</sup> :

« *Au regard du droit fédéral les conventions d'arbitrage sont séparables du contrat dans lequel elles sont incorporées.* ».

Si la formulation est différente, le principe demeure le même, la convention d'arbitrage est autonome et indépendante de la convention principale dans laquelle ils sont contenus, au nom du principe de séparabilité.

**63. Principe de séparabilité.** La Cour américaine fait prévaloir la volonté des parties qui peut faire échec à ce principe. Dans cet arrêt, la Cour suprême accorde à l'arbitre la possibilité de statuer sur l'invalidité du contrat principal, mais si c'est la validité de la clause compromissoire qui est remise en cause, alors dans ce cas-là, la compétence revient aux juridictions fédérales.

**64. Obstacles au principe de séparabilité.** Cette jurisprudence s'est rapidement généralisée et le principe a notamment été réitéré au sein de la décision *Buckeye Check Cashing v. Cardegna*<sup>79</sup> qui a érigé le principe de séparabilité au rang de règle du droit fédéral. Cette généralisation n'a toutefois pas été faite sans embûches, car certaines cours, tel que la Cour d'appel du 9<sup>e</sup> circuit, ont interprété la jurisprudence *Prima Paint* de façon restrictive, considérant que le principe de séparabilité s'appliquait uniquement aux contrats nuls ab initio, et non pas aux contrats inexistantes, tel que retenu dans l'arrêt *Three Valleys v. Hutton*, jusqu'à ce que l'arrêt *Buckeye Check v. Cardegna* vienne généraliser le principe.

**65. Souplesse de la conception d'autonomie française.** La Cour suprême a effectivement considéré que « *la jurisprudence Prima Paint permet aux cours fédérales d'appliquer une clause compromissoire dans un contrat qu'un arbitre peut déclarer, par la suite, nul et*

---

<sup>78</sup> *Prima Paint Corp. v. Flood & Conklin Mfg. Co.*, 388 U.S. 395 (1967)

<sup>79</sup> *Buckeye Check Cashing, Inc. v. Cardegna* - 546 U.S. 440, 126 S. Ct. 1204 (2006)

*inexistent* »<sup>80</sup>. Ce principe est donc exclusivement limité par la volonté exprimée contraire des parties<sup>81</sup>. L'autonomie de la convention d'arbitrage est plus limitée en droit américain, bien qu'incontestablement admise, elle peut être exclue par la volonté des parties. En droit français, il s'agit d'un principe cardinal qui ne peut être évincé ce que nous approuvons sans réserve. Bien que la volonté des parties soit maîtresse en matière d'arbitrage, la force et l'efficacité d'une procédure découlant d'un contrat ne peuvent exclusivement dépendre de la volonté humaine, et ce surtout de parties potentiellement peu informées des tenants et des aboutissants précis de leur engagement. Certains principes, comme l'autonomie de la convention d'arbitrage, doivent selon nous recevoir une portée d'ordre public, du fait de la garantie inestimable qu'ils apportent à la convention d'arbitrage.

**66. Admission par les jurisprudences arbitrales.** S'agissant de la jurisprudence arbitrale, la sentence BP Exploration Company c. Libye<sup>82</sup> est la première à s'être confortée dans la lignée des jurisprudences internes. Elle a été rapidement suivie par de nombreuses sentences. Il convient de citer le cas d'Elf c. NIOC<sup>83</sup>, l'arbitre ayant déclaré que :

*« L'autonomie d'une clause d'arbitrage est un principe de droit international qui a été régulièrement appliqué dans les décisions rendues dans des arbitrages internationaux, dans les écrits des auteurs les plus compétents en arbitrage international, dans les règlements d'arbitrage adoptés par des organisations internationales et dans les traités. Également dans maints pays le principe fait partie du droit national de l'arbitrage. ».*

Cet arrêt est fondamental, car il érige l'autonomie de la convention d'arbitrage en « principe de droit international », entérinant ainsi les jurisprudences éparses et les consécutions légales internes. Il s'agit désormais d'un véritable principe transnational de l'arbitrage international.

**67. Justification du principe.** M. Ancel justifie la consécution et la démocratisation de ce principe de façon très juste dans les termes suivants :

*« La clause compromissoire internationale traduit une certaine fuite des contractants devant les incertitudes des lois de procédure parfois trop restrictives et une recherche de sécurité. »*

---

<sup>80</sup><https://blogs.parisnanterre.fr/article/sens-et-portee-du-principe-dautonomie-de-la-clause-compromissoire-internationale-en-droit>

<sup>81</sup> Gary B. Born, International Commercial Arbitration, Second Edition 2014, p. 371

<sup>82</sup> BP Exploration Company c/ Libye Extraits : Rev. arb. 1980, p. 117

<sup>83</sup> Ad Hoc-Award of January 14, 1982, Elf Aquitaine Iran (France) v. National Iranian Oil Company, YCA 1986, at 97, 102 et seq.

*Pour assurer cette sécurité et cette sérénité, il fallait que la clause compromissoire ne puisse pas être remise en cause à tout propos (...) ».*<sup>84</sup>

De ce fait, l'efficacité de la clause compromissoire dépend de son autonomie par rapport aux lois étatiques, qui pourraient être instrumentalisées comme motif pour en demander la nullité. M. Ancel lie l'autonomie à la recherche de la sécurité de la convention d'arbitrage. Effectivement, l'autonomie de la convention d'arbitrage est considérée comme « *un rempart contre l'inefficacité des droits étatiques* »<sup>85</sup>. Elle permet aux parties de s'émanciper de l'automatisme impliquant l'application de la loi du contrat, pour leur offrir l'extraordinaire possibilité de choisir une loi adaptée aux potentiels litiges qu'ils anticipent en concluant par exemple une clause compromissoire. Il convient également de mentionner la sentence 2476 CCI<sup>86</sup>. En l'espèce, La société italienne défenderesse se prévalait d'une incompétence du tribunal arbitral selon le moyen que le contrat serait nul et que les tribunaux italiens détenaient une compétence exclusive. Sur le fondement de l'article 13 du Règlement de Conciliation et d'Arbitrage de la CCI en vigueur depuis le 1<sup>er</sup> juin 1955, et correspondant à l'article 8 paragraphe 4 du nouveau règlement d'arbitrage en vigueur depuis le 1<sup>er</sup> juin 1975, le tribunal d'arbitrage rappelle que la nullité du contrat n'entraîne pas la nullité de l'incompétence de l'arbitre, et que ce dernier demeure compétent, tant qu'il retient lui-même, la validité de la clause d'arbitrage. De ce fait, l'autonomie de l'arbitrage dans toutes ses composantes, matérielle et juridique, sont reconnues par la jurisprudence arbitrale.

**68. Consécration institutionnelle et conventionnelle.** Le principe d'autonomie de la convention d'arbitrage a été reconnu par la plupart des institutions d'arbitrage. C'est le cas de la Chambre de commerce internationale, qui énonce en son article 6<sup>87</sup> que :

*« À moins qu'il n'en ait été convenu autrement, l'allégation de nullité ou d'inexistence du contrat n'entraîne pas l'incompétence du tribunal arbitral dès lors que ce dernier retient la validité de la convention d'arbitrage. Le tribunal arbitral reste compétent, même en cas d'inexistence ou de nullité du contrat, pour déterminer les droits respectifs des parties et statuer sur leurs demandes et moyens. ».*

Le règlement de la CNUDCI énonce quant à lui en son article 23 que :

---

<sup>84</sup> L'actualité de l'autonomie de la clause compromissoire, Trav. comité fr. DIP 1991-1992.81).

<sup>85</sup> L. Chedly, op. cit., p. 250

<sup>86</sup> Sentence CCI n°2476, 1976, journal de droit international n°4 1977, p. 936 et s.

<sup>87</sup> Règlement d'arbitrage de la Chambre de commerce internationale En vigueur à compter du 1er janvier 2021

« *Le tribunal arbitral peut statuer sur sa propre compétence, y compris sur toute exception relative à l'existence ou à la validité de la convention d'arbitrage. À cette fin, une clause compromissoire faisant partie d'un contrat est considérée comme une convention distincte des autres clauses du contrat. La constatation de la nullité du contrat par le tribunal arbitral n'entraîne pas de plein droit la nullité de la clause compromissoire.* ».

Le règlement de la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage consacre le principe d'autonomie en son article 10.4 qui énonce que : « *sauf stipulation contraire, si l'arbitre considère que la convention d'arbitrage est valable et que le contrat liant les parties est nul ou inexistant, l'arbitre est compétent pour déterminer les droits respectifs des parties et statuer sur leurs demandes et conclusions* »<sup>88</sup>. Ainsi, cet article souligne l'autonomie de la convention d'arbitrage en ce qu'elle demeure valide et survit malgré la nullité du contrat principal.

Ces illustrations démontrent que les exemples sont nombreux, et le principe est unanime et incontesté jusqu'à aujourd'hui. Que ce soit au niveau interne ou international, conventionnel, législatif ou jurisprudentiel, tout converge vers une efficacité optimale de la convention d'arbitrage par le biais de son autonomie, qui a pour directe conséquence de réduire les causes pouvant potentiellement affecter son efficacité, tel que les vices affectant le contrat principal d'une part, et la rigidité d'une application automatique de la loi du contrat d'autre part.

## **B. Les effets du principe d'autonomie de la convention d'arbitrage**

**69. Conséquence du principe d'autonomie de la convention : indépendance vis-à-vis du contrat principal.** Cela signifie que la nullité<sup>89</sup> ou même l'inexistence du contrat principal n'a pas d'effet sur la validité de la convention d'arbitrage<sup>90</sup>. Les vices du contrat principal ne produisent pas d'effets sur la validité de la convention d'arbitrage. Cela va sans dire qu'un tel effet entraîne un renforcement de l'efficacité de la convention d'arbitrage qui voit s'effectuer un écrémage des causes de nullité pouvant l'affecter. De vifs débats doctrinaux avaient surgi s'agissant de la différenciation de régime entre le cas où le contrat est invalide, et celui où le contrat est inexistant. Effectivement, certains auteurs avançaient que le principe d'autonomie n'était pas applicable en cas d'inexistence du contrat, c'est-à-dire lorsque le contrat n'avait

---

<sup>88</sup> OHADA, Règlement d'arbitrage de la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage Acte fait à Conakry, le 23 novembre 2017

<sup>89</sup> Cass. 2e civ., 4 avr. 2002, n° 00-18.009 : JurisData n° 2002-013915 ; Rev. arb. 2003, p. 103, P. Didier

<sup>90</sup> Cass. 1<sup>ère</sup> civ. 6 déc. 1988, n° 87-15.168

jamais existé, en l'absence de rencontres des volontés des parties<sup>91</sup>. La jurisprudence est venue mettre fin à ces débats à la suite d'un arrêt Omenex qui a retenu que :

« *En application du principe de validité de la convention d'arbitrage et de son autonomie en matière internationale, la nullité non plus que l'inexistence du contrat qui la contient ne l'affectent* »<sup>92</sup>.

Ainsi cet arrêt généralise l'autonomie de la convention d'arbitrage vis-à-vis du contrat quelle que soit la cause l'affectant, énonçant bien que cela vise également les causes d'inexistence du contrat.

**70. Généralisation du principe.** Bien qu'énoncé en arbitrage international, cette jurisprudence a eu vocation à se généraliser et à s'appliquer également en matière d'arbitrage interne. En tout état de cause, le choix du terme inefficacité de l'article 1447 est large, et peut trouver application pour l'ensemble des vices qui pourraient toucher le contrat<sup>93</sup>. La volonté de protéger la convention d'arbitrage a fait un pas de plus dans la mesure où la jurisprudence a admis que la clause compromissoire survit quand bien même le contrat arriverait à son terme. Effectivement, la Cour d'appel de Paris a retenu que « *l'expiration d'un contrat de distribution n'affecte pas la validité de la clause compromissoire qui y est insérée* »<sup>94</sup>. L'autonomie englobe donc également les cas où le contrat expire naturellement. C'est également le cas si le contrat est caduc<sup>95</sup> ou même résilié<sup>96</sup>. Cette position a du sens dans la mesure où le droit d'action doit demeurer ouvert au cas où une partie souhaite contester l'extinction du contrat.

**71. Limites du principe d'autonomie.** Cette solution a été reniée à la fois par la Cour d'appel de Paris<sup>97</sup> qui a considéré que les clauses compromissoires dans un contrat ne survivaient pas en cas d'extinction des obligations éteintes auxquelles elles sont liées et par la Cour de cassation qui limite l'application de la clause compromissoire uniquement dans les cas où la novation

---

<sup>91</sup> C. Seraglini & J. Ortscheidt, Droit de l'arbitrage interne et international, Précis Domat Droit Privé, 2<sup>ème</sup> édition p. 103

<sup>92</sup> Cass. 1<sup>ère</sup> civ. 25 oct. 2005, sté Omenex c/ M. Hugon, D. 2005, p. 3052 et p. 3060, obs. Th Clay ; D. 2006, p. 199, avis J. Sainte-Rose; JCP G 2006, I, 148, n°6, obs. J. Béguin; Rev. Arb. 2006, p. 103, note J-B. Racine ; JDI, p. 996, note F-X Train.

<sup>93</sup> C. Seraglini & J. Ortscheidt, op. cit, p. 105

<sup>94</sup> CA Paris, 24 mai 2000, n° 2000/01918 : JurisData n° 2000-117311 ; Rev. arb. 2001, p. 535, P. Didier

<sup>95</sup> Les cahiers de l'arbitrage, ss dir. A. Mourre, vol. 3 : Gazette du Palais, 2006, p. 347

<sup>96</sup> CA Paris, 26 nov. 1981 : Rev. arb. 1982, p. 439, E. Mezger

<sup>97</sup> CA Paris, 15 juin 1998 : Rev. arb. 2002, p. 147

n'aurait pas été acceptée<sup>98</sup>. Aujourd'hui, la doctrine semble être en accord sur le fait que la clause compromissoire ne survit pas à la novation dans la mesure où un nouveau rapport de droit, assorti à de nouveaux droits d'action est créé, à la seule limite des litiges issus du contrat originel, préalablement à la novation<sup>99</sup>. Enfin, il a été retenu que la convention d'arbitrage demeure valide en cas de transaction<sup>100</sup> lorsque cette dernière met exclusivement fin à un litige précis et non pas à l'intégralité de la convention litigieuse. Le principe d'autonomie et le renforcement de la convention d'arbitrage qui en découle connaît ainsi ses limites. Nous avons ainsi vu que la convention d'arbitrage ne survit pas à la novation. Toutefois, cette limite est rationnelle et n'influence pas le principe d'efficacité dans la mesure où le fondement de la convention d'arbitrage se traduit par la volonté des parties. Or, la novation traduit un tout autre rapport juridique et anéantit la volonté des parties primaire qui a permis la conclusion de la convention d'arbitrage. La seconde conséquence se traduit par la possibilité d'appliquer une loi différente de la loi applicable au contrat principal.

**72. Conséquence du principe d'autonomie de la convention : indépendance vis-à-vis des lois étatiques.** La seconde facette de l'autonomie de la convention d'arbitrage est évoquée par M. Chedly tel que son « autonomie juridique »<sup>101</sup>, c'est-à-dire son indépendance vis-à-vis de la loi applicable au contrat. Cette dimension est essentielle à l'efficacité de l'arbitrage dans la mesure où elle représente « un rempart contre l'inefficacité découlant des droits étatiques »<sup>102</sup>. Cette autonomie a été consacrée par l'arrêt Dalico, rendu le 20 décembre 1993, qui a retenu que :

*« En vertu d'une règle matérielle du droit international de l'arbitrage, la clause compromissoire est indépendante juridiquement du contrat principal, qui la contient directement ou par référence [...] son existence et son efficacité s'apprécient, sous réserve des règles impératives du droit français et de l'ordre public international, d'après la commune volonté des parties, sans qu'il soit nécessaire de se référer à une loi étatique ».*

Il s'agit d'un tournant majeur pour l'efficacité de la convention d'arbitrage dans la mesure où le choix est laissé aux parties de déterminer la loi la plus favorable à leur litige et non pas de

---

<sup>98</sup> Cass. com., 22 mai 2001, n° 98-19.469 : Rev. arb. 2002, p. 145

<sup>99</sup> Fasc. 1020 : Arbitrage . – Compromis et clause compromissoire, Éric Loquin - Professeur à l'Université de Bourgogne - Ancien doyen de la faculté de droit de Dijon, 26 novembre 2020

<sup>100</sup> Cass. Ire civ., 2 avr. 2014, n° 11-14.692 : JurisData n° 2014-006480.

<sup>101</sup> L. Chedly, op. cit., p. 267

<sup>102</sup> L. Chedly, op. cit., . 267

se voir imposer une loi potentiellement restrictive et sévère à l'égard de la procédure d'arbitrage.

**73. Liberté de choisir la loi applicable à l'arbitrage.** Ainsi, sous réserve du respect « *des règles impératives du droit français et de l'ordre public international* », les parties ont le libre choix de sélectionner la loi applicable à la convention d'arbitrage, sans qu'un automatisme soit créé avec l'application de la loi gouvernant le contrat principal. Cette position a été dans un premier temps extrêmement critiquée, car considérée comme étant impérialiste dans la mesure où elle s'applique à chaque litige où le juge français est saisi. Elle serait source d'insécurité juridique, dans la mesure où : « *La simple référence à la volonté des parties limitée par l'ordre public international ne saurait fournir à la convention d'arbitrage un régime juridique complet et surtout prévisible.* »<sup>103</sup>. Ainsi, la largesse des critères d'appréciation de la validité de la convention d'arbitrage sont considérés comme étant trop laxiste et insuffisamment solides pour assurer un régime assurant une certaine sécurité juridique.

**74. Consécration par le droit français.** Aujourd'hui, le principe est unanime, la convention d'arbitrage internationale est indépendante de la loi qui régit le contrat. En droit français, ce principe est édicté à l'article 1447 du CPC qui retient que : « *La convention d'arbitrage est indépendante du contrat auquel elle se rapporte* ». Cette indépendance se décline elle-même en deux volets, l'indépendance vis-à-vis du droit interne et l'indépendance vis-à-vis de toute loi étatiques<sup>104</sup>. Effectivement, l'effet de cette autonomie se traduit par le fait qu'elle protège la convention d'arbitrage des considérations des lois étrangères qui pourraient avoir pour effet de les rendre nulles ou inefficaces. Il s'agit ainsi de faire « *échapper la convention d'arbitrage aux « particularismes locaux* »<sup>105</sup>. En effet, la convention d'arbitrage ne peut être tributaire de lois nationales potentiellement inadaptées et réductrice de son efficacité. Il s'agit d'une garantie majeure pour l'effectivité de la convention d'arbitrage, que d'accorder aux parties une marge de liberté suffisante pour choisir la loi la plus adaptée pour s'appliquer à cette dernière.

L'arrêt Dalico n'a pas seulement conforté l'indépendance de la convention d'arbitrage vis-à-vis de la clause compromissoire, mais a édicté la méthode de recherche de la loi applicable dont nous allons étudier l'évolution.

---

<sup>103</sup> L. Chedly, op. cit., p. 286

<sup>104</sup> J.-B. Racine, Droit de l'arbitrage, Thémis droit PUF, p. 104

<sup>105</sup> J.-B. Racine, op. cit., p. 108

## *Section 2 : La recherche de la loi applicable*

Si le passage de la méthode de conflits des lois à la méthode des règles matérielles est aujourd'hui définitif (A), il n'est pas exempt de critiques doctrinales (B).

### **A. L'évolution des méthodes de recherche de la loi applicable**

- 75. Conséquence du principe d'autonomie de la convention d'arbitrage : la possibilité de soumettre la convention d'arbitrage à une loi distincte de celle à laquelle est soumise le contrat principal.** *Quid de la loi applicable à la convention d'arbitrage ?* Il convient dans un premier temps de traiter de la méthode de détermination de la loi applicable. Ce préalable est nécessaire afin de poser un cadre légal général avant d'entamer notre analyse de fond. Historiquement, deux méthodes s'opposent : la méthode des règles de conflit de lois classique et la méthode des règles matérielles. L'adoption de ces méthodes a suivi une évolution jurisprudentielle, qui a appliqué dans un premier temps la règle de conflit des lois<sup>106</sup>, et qui l'a par la suite rejeté à la faveur de la méthode des règles matérielles, indépendamment de toute recherche de la loi applicable. La règle de conflit des lois est la méthode classique usitée pour les questions relatives à la loi applicable. Elle est contenue dans de nombreuses conventions, tel que la convention de New York par exemple, qui énonce en son article V que « *La reconnaissance et l'exécution de la sentence ne seront refusées, sur requête de la partie contre laquelle elle est invoquée, (...) ou que ladite convention n'est pas valable en vertu de la loi à laquelle les parties l'ont subordonnée ou, à défaut d'une indication à cet égard, en vertu de la loi du pays où la sentence a été rendue* ». Cet article énonce très clairement que les parties choisissent la loi à laquelle la convention d'arbitrage est subordonnée. Cette méthode consiste à rechercher la règle substantielle applicable à la résolution du litige. Il s'agit de se demander quel système de droit a « objectivement » les liens les plus significatifs avec le litige, appelés des critères de rattachement afin de pouvoir déterminer s'il est applicable ou non.
- 76. Le passage de la méthode de conflit des lois à la méthode classique.** Cette méthode a dans un premier temps été entérinée par la Cour d'appel de Paris, et notamment par deux décisions rendues en 1988 qui énoncent que « *la clause compromissoire a une validité et une efficacité*

---

<sup>106</sup> Arrêt rendu le 25 janvier 1972, Rev. Arb. 1973, p. 158, note Ph. Fouchard, sentence dans une affaire CCI n°4504, JDI 1986, p. 118



*propres* »<sup>107</sup>. L'adjectif « propre » sous-entend qu'elles ont une efficacité indépendante de toute loi nationale. Si ces jurisprudences visaient principalement les parties non-signataires de la convention d'arbitrage, elles posent également explicitement le principe d'autonomie de la convention d'arbitrage vis-à-vis de tout système de règles étatiques. La Cour d'appel rend une seconde série d'arrêts en 1991 au sein desquels elle retient que :

*« En matière d'arbitrage international, le principe de l'autonomie de la clause compromissoire est d'application générale, en tant que règle matérielle internationale consacrant la licéité de la convention d'arbitrage, hors de toute référence à un système de conflits de lois, la validité de la convention ».*

Cet arrêt consacre très clairement et très explicitement l'autonomie de la convention d'arbitrage indépendamment de toute loi nationale applicable en vertu de l'application de la méthode du conflit des lois. L'approche des règles matérielles est ici consacrée.

- 77. Arrêt Dalico.** Ce passage s'est définitivement effectué grâce à l'arrêt Dalico, le 20 décembre 1993, puis à l'arrêt Hecht. Ce dernier consacre la volonté des parties, et l'érige comme critère de validité de la convention d'arbitrage indépendamment de toute loi étatique. La seule limite se traduirait par le respect des règles impératives de droit français et de l'ordre public.<sup>108</sup> La Cour de cassation a ainsi validé l'accord compromissoire sur l'unique fondement du principe d'autonomie, sans mentionner un quelconque droit de rattachement, ce qui prouve bien qu'il y a une éviction de la conception de loi de rattachement<sup>109</sup>.
- 78. Admission la méthode des règles matérielles.** Il faut en tirer deux conséquences : non seulement la convention d'arbitrage est indépendante du contrat principal, mais elle est également indépendante des lois étatiques, et peut être régie par un ordre de règles indépendantes de celles auxquelles est sujet le contrat principal. Il est donc logique que l'arbitre analyse la loi applicable à la convention d'arbitrage à l'aune de la méthode des règles matérielles. Par cet arrêt, la haute juridiction s'est montrée favorable à l'arbitrage, et a limité les cas où la clause compromissoire était invalidée dans la mesure où cette dernière ne dépend

---

<sup>107</sup> CA Paris, 29 avr. 1988 : Rev. Arb. 1988, p. 570 ; CA Paris, 30 nov. 1988, Rev. Arb. 1989, p. 691, note P.-Y. Tschanz

<sup>108</sup> CA Paris, 19 juin 1970 : JCP G 1971, II, 1971, II, 16927, os. B. Goldman ; JDI 1971, p. 833, noe B. Oppetat

<sup>109</sup> Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 4 juillet 1972 : JDI 1972, p. 843, note B. Oppetit ; Rev. Crit. DIP 1974

plus de la *lex contractus*, mais est désormais analysée indépendamment de tout contrat et de toute loi étatique. Ceci participe directement à la faveur de son efficacité en éludant de nombreuses causes d'invalidité qui pourraient être soulevées.

- 79. Consécration de la méthode des règles matérielles en tant que principe transnational.** La méthode des règles matérielles se voit apposée le visa du droit international de l'arbitrage, l'érigant ainsi en principe transnational de l'arbitrage international. Au nom de cette méthode, l'autonomie de la convention d'arbitrage est retenue, et sa validité est appréciée avec pour principal critère d'appréciation, la volonté des parties. Cette méthode participe sans équivoque à l'efficacité de la convention d'arbitrage. Effectivement, d'une part, en appliquant une loi différente de celle applicable au contrat, la convention d'arbitrage est immunisée contre les causes de nullité ou d'invalidité propres à des ordres juridiques plus ou moins sévères vis-à-vis de l'arbitrage. Ainsi « *le principe de validité est la manifestation d'un principe plus général que l'on peut appeler principe de faveur ou principe d'efficacité* »<sup>110</sup>. De la validité de la convention d'arbitrage, découle naturellement son efficacité. Aussi, la méthode des règles matérielles pour objectif de protéger la convention d'arbitrage et « *créer de la sorte les conditions d'une efficacité maximale que la Cour de cassation a choisi d'abandonner la méthode des conflits de lois pour dégager une règle matérielle dont le contenu est particulièrement libéral* »<sup>111</sup>. La méthode des règles matérielles justifie donc son application par des considérations pratiques de recherche de l'efficacité de la convention d'arbitrage, en l'émancipant définitivement de l'application automatique d'une loi nationale.
- 80. Limites : règles impératives du droit français et ordre public international.** Une réserve est toutefois posée, celle du respect des règles impératives du droit français et de l'ordre public international, puisque le respect des règles impératives de droit français n'est plus exigé<sup>112</sup>. Ce respect de l'ordre public international est lui-même très restreint dans la mesure où ce dernier est conçu de manière beaucoup plus libéral que l'ordre public interne. Il peut se définir comme tous les « *principes que l'ordre juridique français estime essentiels en matière internationale* »<sup>113</sup>. Or, l'ordre juridique français est si libéral qu'il est difficile de pouvoir retenir une atteinte de l'ordre public international dans cette perspective. En tout état de cause, cette réserve de l'ordre public international semble elle-même s'être estompée, l'arrêt Zanzi

---

<sup>110</sup> L. Chedly, op. cit., p. 152

<sup>111</sup> J.-B. Racine, op. cit., 2016, p. 108

<sup>112</sup> Civ. 1. 21 mai 1997, Rev. Arb. 1997, p. 537, note E. Gaillard

<sup>113</sup> Ph Fouchard, E. Gaillard. B. Goldman, op. cit. p.251

retenant uniquement « *le principe de validité de la clause d'arbitrage internationale* »<sup>114</sup>. Cette tournure est telle qu'il semblerait que la convention d'arbitrage soit valide inconditionnellement, ce qui constituerait le plus haut degré d'efficacité. Une telle position serait toutefois bien trop risquée, voir contra legem, et le juge souhaitait en réalité probablement se référer à « un principe d'efficacité » ou encore « de licéité » de la convention d'arbitrage en matière internationale<sup>115</sup>.

## B. Les critiques de ces méthodes

**81. Critiques et nuances de l'arrêt Dalico et de la méthode des règles matérielles.** Une partie de la doctrine critique cette méthode au motif qu'elle aurait entravée les principes fondamentaux du droit des contrats, dans la mesure où une convention ne peut être valide par principe, sans que les conditions qui l'encadrent ne soient vérifiées<sup>116</sup>. M. Mayer se questionne sur les conséquences de cet arrêt se questionnant ainsi si l'on voudrait dire « *qu'une clause compromissoire n'est pas susceptible d'être nulle pour cause d'incapacité, de vice du consentement, de non-arbitrabilité, etc. ? Ce n'est pas sérieux* »<sup>117</sup>. Il considère ainsi que l'atteinte aux principes fondamentaux du droit des contrats est trop importante pour être sérieusement envisagée. Les défenseurs de ces jurisprudences considèrent que le réel objectif est de « *faire échapper l'appréciation de la convention d'arbitrage aux particularismes locaux* »<sup>118</sup>. Il s'agit donc d'une analyse de la validité de la convention d'arbitrage à l'aune des règles matérielles de droit français, mais tout en prenant en considération sa dimension internationale, et les exigences qui en découlent<sup>119</sup>. L'arrêt Dalico est conforté par l'arrêt Zanzi, qui prône un « *un principe de validité de la clause d'arbitrage international* »<sup>120</sup>. Dans cette jurisprudence, un principe de licéité de la convention d'arbitrage est consacré, avec pour seule limite la volonté des parties. Il s'agit d'une position très libérale. Cette position jugée « impérialiste » a rapidement été nuancée par l'arrêt Uni-Kod, qui énonce que :

---

<sup>114</sup> Cass. 1<sup>ère</sup> civ. 5 janv. 1999, Rev. Arb. 1999, p. 260 ; note Ph. Fouchard

<sup>115</sup> C. Seraglini & J. Ortscheidt, op. cit. p. 547

<sup>116</sup> H. Gaudemet-Tallon, note, ss CA Paris, 26 Mars 1991, préc. N°48

<sup>117</sup> P. Mayer, L'autonomie de l'arbitre international dans l'appréciation de sa propre compétence, Cours, préc. N°112

<sup>118</sup> Fasc. 1020 : Arbitrage . – Compromis et clause compromissoire, Éric Loquin - Professeur à l'Université de Bourgogne - Ancien doyen de la faculté de droit de Dijon, 26 novembre 2020

<sup>119</sup> JDI 1994, p. 432, note E. Gaillard et note E. Loquin p. 692

<sup>120</sup> Civ. 1, 5 janv. 1999, Zanzi c/ J. de Coninck et autres ; Rev. Crit. DIP 1999, p. 546, note D. Bureau

« En vertu d'une règle matérielle du droit de l'arbitrage international, la clause compromissoire est indépendante juridiquement du contrat principal qui la contient directement soit par référence et son existence et son efficacité s'apprécient, sous réserve des règles impératives du droit français et de l'ordre public international, d'après la volonté commune des parties, sans qu'il soit nécessaire de se référer à une loi étatique »<sup>121</sup>.

**82. Apport de l'arrêt Uni-Kod.** Dans cet arrêt, plusieurs limites sont posées à la méthode des règles matérielles. Effectivement, outre la réserve « *des règles impératives du droit français et de l'ordre public international* », la volonté des parties est également mise en avant, dans la mesure où ces dernières auraient éventuellement pu faire le choix de se soumettre à une loi nationale si leur volonté avait été manifestée en ce sens au sein de la convention, et ce n'est qu'en l'absence de « volonté commune des parties », que le juge a la liberté de décider quelle sera la loi applicable, au regard de la méthode des règles matérielles. Effectivement, l'arrêt énonce : « *qu'en l'espèce, la Cour d'appel n'avait pas à rechercher les conséquences de la loi russe au litige, dès lors que les parties n'avaient pas soumis la validité et les effets de leur convention d'arbitrage à cette loi, ni même à aucune loi déterminée* ». Ainsi, cet arrêt reconnaît que les parties avaient la possibilité de choisir la loi russe comme loi applicable à la convention, et que dans cette perspective-là, les arbitres n'auraient pu juger de la validité de la convention d'arbitrage au regard des règles matérielles, mais plutôt en se référant au droit russe. Ainsi, il ne s'agit pas d'une exclusion de l'application des lois étatiques à la convention d'arbitrage, mais plutôt une mise en avant de la notion de choix portée par la volonté des parties, qui participe de la souplesse et de l'efficacité de la convention d'arbitrage.

**83. Critiques doctrinales.** La doctrine demeure critique les motifs du fait de leur manque de prévisibilité et d'une insécurité due à la prévalence accordée, au détriment d'un cadre juridique prédéterminé et encadré à « *des notions vagues tel que la commune volonté des parties, les règles impératives ou encore l'ordre public international* »<sup>122</sup>. Il ne s'agit pas pour cette partie de la doctrine de notions suffisamment concrètes pour assurer la sécurité juridique. Sylvain Bollée s'interroge sur « *comment savoir a priori quelle solution pourrait être donnée au problème de la valeur du silence dans l'échange des consentements ? Y a-t-il lieu d'opérer une distinction, par exemple, selon que la partie à laquelle est opposée la convention*

---

<sup>121</sup> Civ. 1, 30 mars 2004, Uni-Kod c/ Sté Ouralkali ; Rev. Arb. 2005, p. 959, note Ch. Serraglini – S. Bollée

<sup>122</sup> L. d'Avout, le consentement à l'arbitrage international sans l'appui de la règle de droit (retour critique sur la jurisprudence Dalico/Zanzi/Soerni), note sous Civ. 1, 16 mars 2016 ; Rev. Arb. 2016, p. 818.

*d'arbitrage est un particulier ou un professionnel, ou selon qu'existent ou non des relations d'affaires antérieures entre les protagonistes, dans le cadre desquelles le recours à l'arbitrage a été fréquemment stipulé ? »*<sup>123</sup>. Ni la jurisprudence, ni la doctrine n'apportent de réponses claires, et cela n'est pas sans créer une insécurité supplémentaire. Sylvain Bollée considère que les notions de volonté commune des parties, d'ordre public international et de règles impératives en droit français qui viennent régir la détermination de la loi applicable via la méthode des règles matérielles sont « structurellement inaptes » à remplir la fonction qui leur est dévolue et participe au manque de sécurité qui est reprochée à ces règles<sup>124</sup>.

**84. Visée de la jurisprudence.** Somme toute, ces jurisprudences n'ont pas pour objectif d'être impérialistes, ou de contourner les principes du droit des contrats, et encore moins de se soustraire à un ordre juridique préétabli, mais simplement de prendre en considération la dimension internationale de la convention d'arbitrage, et les exigences du commerce international qui en découle, en donnant la priorité au respect de l'ordre public international. Les arbitres ont tendance à se placer en faveur de cette méthode, dans la mesure où :

*« Ces considérations expliquent l'existence, dans la jurisprudence arbitrale, d'un fort courant tendant à apprécier l'existence et la validité de la convention d'arbitrage au regard des seules conceptions matérielles de source transnationale qui correspondent au caractère transnational de la source du pouvoir de juger des arbitres »*<sup>125</sup>.

Ainsi, l'appréciation de la méthode des règles matérielles est ici liée au pouvoir de juger de l'arbitre, qui trouve lui-même sa source dans des principes transnationaux, ce qui justifie que la loi sur laquelle il doit reposer pour exercer son pouvoir en l'appliquant au contrat doit également être d'ordre transnational.

**85. Propositions d'alternatives doctrinales.** Le professeur d'Avout propose une solution intermédiaire, entre la méthode de conflit des lois, et la méthode matérielle, avançant que :

*« En matière internationale, le consentement des parties à l'arbitrage s'apprécie, sauf volonté contraire des parties, d'après les règles du droit civil du for français réputées conformes à*

---

<sup>123</sup> S. Bollée, Quelques remarques sur la pérennité (relative) de la jurisprudence Dalico et la portée de l'article IX de la Convention européenne de Genève Journal du droit international (Clunet) n° 1, Janvier 2006, var. 5

<sup>124</sup> S. Bollée, op. cit. Journal du droit international (Clunet) n° 1, Janvier 2006, var. 5

<sup>125</sup> Sentence CCI rendu le 23 septembre 1982 dans l'affaire 4131 Dow Chemical : Rev. Arb. 1984, p. 174

*l’ordre public international. La loi choisie par les parties pour trancher le litige de fond ou, à défaut d’un tel choix, les règles appliquées par les arbitres au problème de validité considéré, peuvent être invoquées par la partie y ayant intérêt, afin de faire obstacle à l’invalidité de la convention d’arbitrage selon le droit français du for »<sup>126</sup>.*

M. d’Avout propose ainsi une hiérarchie, laissant la priorité à la volonté des parties conformément aux principes transnationaux applicables à l’arbitrage. Le cas échéant, il revient à l’arbitre de déterminer la loi applicable à la convention d’arbitrage, s’il considère que le droit civil du for français n’est pas adapté.

Certains ordres juridiques adoptent cette position intermédiaire, tel que le droit suisse, qui dans l’article 1178 de la loi suisse de droit international privé consacré à la convention d’arbitrage, qui donne une priorité à la loi choisie par les parties, et en cas de silence de leur part, privilégie le droit « *régissant l’objet du litige et notamment le droit applicable au contrat principal* ». Il autorise le juge à se fonder sur le droit suisse au motif que la sentence produirait des effets sur le territoire suisse.

**86. Maintien de cette jurisprudence.** En dépit des critiques, les principes tirés de la jurisprudence Dalico perdurent jusqu’à aujourd’hui<sup>127</sup>. Une décision récente rendue par la Cour d’appel de Paris rappelle la décision Dalico, exprimant ainsi sa volonté de s’inscrire dans sa continuité<sup>128</sup>. Les plaideurs se sont prévalus de l’application de la loi anglaise pour justifier de l’invalidité de la convention d’arbitrage. Face à cela, les juges ont effectué une analyse de la convention fondée sur une lecture à la lumière de la méthode des règles matérielles pour en déduire qu’il n’y avait pas de stipulations indiquant que la loi anglaise était choisie par les parties comme applicable à la convention d’arbitrage.

**87. Portée.** Cet arrêt rappelle également que la loi applicable à la convention d’arbitrage n’est pas choisie en fonction d’un raisonnement conflictualiste entre deux ordres étatiques, mais au regard de règles matérielles, avec pour seul limite le respect de l’ordre public international. La Cour confirme donc la position du tribunal arbitral qui a rejeté l’application du droit

---

<sup>126</sup> V. supra ibid

<sup>127</sup> CA. – Paris. – pôle 1, ch. 1. – 23 juin 2020. – n° 17/22943. – Sté Kout Food Group

<sup>128</sup> Arbitrage international. – Convention d’arbitrage. – Conflit de lois (non). – Règles matérielles. – Contrat principal. – Exécution du contrat. – Extension de la clause compromissoire. ; Journal du droit international (Clunet) n° 1, Janvier 2021, Commentaire par Jean-Baptiste Racine

koweïtien sur ce motif. Seul l’ordre public international interprété par la loi française permet de décider de la validité de la clause d’arbitrage.

**Conclusion** : En tout état de cause, la loi des règles matérielles est préférable car elle comporte l’avantage de « la certitude et de l’efficacité »<sup>129</sup>. Effectivement, en laissant aux parties la latitude de choisir la loi applicable, ces derniers se tourneront certainement vers l’ensemble de règles le plus favorable à l’application de la convention d’arbitrage et à l’efficacité de la procédure arbitrale. De même, cela permet de circonscrire le choix précisément à la loi la plus conforme aux objectifs que se posent les parties, et non pas un ensemble de règles vaguement rattaché sur le fondement de la nationalité, ou du siège et qui n’est pas précisément applicable et efficace à l’aune de la problématique posée par la convention d’arbitrage. La méthode des règles de conflit risque d’handicaper le déroulement de la procédure arbitrale en ce qu’elle peut conduire à l’application d’une loi inadaptée et sévère à l’égard de la procédure qui risque d’alourdir cette dernière.

---

<sup>129</sup> L. Chedly, op. cit., p. 152

## II. Autonomie et loi applicable en droit marocain

La consécration de l’autonomie (Section 1), en droit français comme en droit marocain, a eu pour effet d’entraîner la naissance de nouvelles déterminations de la loi applicable à l’arbitrage (Section 2).

### *Section 1 : La consécration de l’autonomie en droit marocain de l’arbitrage*

Le droit international privé est venu combler les lacunes législatives en droit de l’arbitrage marocain (A), jusqu’à la consécration tardive de l’autonomie de clause d’arbitrage (B).

#### **A. Des lacunes législatives en droit de l’arbitrage comblées par les principes de droit international privé marocain**

**88. Consécration tardive du principe d’autonomie en droit marocain.** Originellement, le droit marocain dans sa législation de 1974 ne faisait pas mention de l’autonomie de la clause d’arbitrage. Il n’y avait aucune base légale pour justifier cette autonomie ce qui handicapait fortement le régime de la convention d’arbitrage et décourageait les acteurs économiques, particulièrement internationaux, à se tourner vers l’arbitrage dans la mesure où la procédure pouvait s’avérer lente et lourde en l’absence de cette autonomie.

**89. Consécration doctrinale du principe d’autonomie fondée sur le droit international.** C’est ainsi que la doctrine majoritaire se fondait sur la primauté du droit international vis-à-vis du droit interne, qui est admise par le droit marocain, pour reconnaître l’autonomie de la clause d’arbitrage. Effectivement, le Maroc a bel et bien ratifié la Convention pour la reconnaissance et l’exécution des sentences arbitrales étrangères conclue à New York le 10 juin 1958, qui consacre en son article 2 l’incompétence des tribunaux étatiques lorsqu’un litige portant sur une question susceptible d’être réglée par voie d’arbitrage était portée devant ces derniers. Cette disposition pouvait être interprétée de façon extensive au sens où la convention d’arbitrage est indépendante des ordres juridiques nationaux, et était exclusivement soumise à la compétence du tribunal arbitral. Également, l’article 5 de cette même convention évoquait que l’exequatur pouvait être refusée si la partie qui s’y oppose prouve que la convention d’arbitrage n’est pas valable en vertu de la loi à laquelle les parties ont subordonné la convention. Cela sous-entend que la convention d’arbitrage est indépendante du contrat principal dans la mesure où elle n’est pas forcément soumise à la même loi que ce dernier.



Bien que louable, une telle interprétation est un tant soit peu bancal, dans la mesure où elle découle d'une interprétation extrêmement large de la Convention de New York, qui ne traduit pas forcément la véritable portée de ces articles. Par ailleurs, cette position est insuffisante dans la mesure où elle met de côté un pan important de l'autonomie de la convention d'arbitrage, qui est la survivance de la convention d'arbitrage dans l'hypothèse de la nullité de la convention principale.

**90. Consécration doctrinale du principe d'autonomie fondée sur une interprétation de la loi.**

Une autre partie de la doctrine se fondait sur l'article 308 COC ancien<sup>130</sup> qui énonçait que certaines clauses d'un contrat peuvent être indépendantes de ce dernier, en étant annulable sans affecter le contrat principal<sup>131</sup>. Effectivement, cet article énonçait que : « *La nullité d'une partie d'une obligation annule l'obligation pour le tout, à moins que celle-ci puisse continuer à subsister à défaut de la partie atteinte de nullité, auquel cas elle continue à subsister comme contrat distinct* ». Ainsi, à partir du moment où les clauses ne sont pas liées dans la mesure où la survivance de l'une ne dépend pas de l'autre, le législateur ne pose pas d'obstacles à leur indépendance. La doctrine était manifestement en faveur de cette autonomie, dans la mesure où elle allait jusqu'à déduire que : « *l'absence de disposition légale contraire à une telle interprétation plaide pour l'autonomie de cette clause* »<sup>132</sup>. Bien que l'intention soit louable, une telle approche est juridiquement bancal, l'autonomie d'une clause ne peut être déduite de l'absence de dispositions, et doit être strictement encadrée par la jurisprudence ou la loi pour être reconnue. Une interprétation aussi extensive et libérale du silence de la loi serait source d'insécurité. Il est inconcevable d'ériger en principe général du droit des contrats que les clauses d'un contrat sont indépendantes les unes des autres. Il s'agit d'une exception justifiée par les particularités de la convention d'arbitrage, et notamment son objet processuel, qui aurait un effet chaotique si elle était instituée en principe.

**91. Lenteur de l'adaptation de la législation marocaine.** Le Maroc faisait preuve, à ce sujet, de retard, vis-à-vis d'autres pays arabes, dans la mesure où de multiples pays se sont fondés sur le modèle CNUDCI afin de retenir l'autonomie de la clause compromissoire, vis-à-vis du

---

<sup>130</sup> Issu de la réforme de 1974

<sup>131</sup> Abdellah Boudahrain, L'arbitrage commercial interne et international au regard du Maroc, Editions Al Madariss, p. 68

<sup>132</sup> A. Boudahrain, op. cit., p. 69

contrat principal<sup>133</sup>. C'est ainsi le cas du code de procédure civile tunisien en son article 16 ou du code de procédure civile égyptien en son article 23 qui reprennent l'article 16 de la loi type CNUDCI en vertu duquel : « *une clause compromissoire faisant partie d'un contrat est considérée comme une convention distincte des autres clauses du contrat. La constatation de la nullité du contrat par le tribunal arbitral n'entraîne pas de plein droit la nullité de la clause compromissoire* »<sup>134</sup>. L'autonomie est clairement consacrée. L'Algérie a réformé son droit de l'arbitrage par un décret n°93-09 du 25 avril 1993. L'article 442 du code de procédure civil algérien exigent des parties qu'elles apposent une signature séparée à la convention d'arbitrage, quand bien même il s'agirait d'une clause compromissoire contenue dans un contrat. Cette disposition démontrait manifestement la séparation entre la clause compromissoire et le contrat principal, leur instrumentum étant également distincts. Or, sans autonomie, la convention d'arbitrage ne peut être totalement efficace tel qu'étudié préalablement, dans la mesure où elle demeure tributaire de vicissitudes ne l'affectant pas directement, dans le cas d'un contrat principal vicié, tout en subissant la lourdeur d'une potentielle soumission à un ordre juridique inadaptée à l'application de la convention d'arbitrage.

**92. Nécessité de l'admission du principe d'autonomie.** La consécration de l'autonomie de la convention d'arbitrage se présente comme une nécessité pour l'expansion et le développement de l'arbitrage au Maroc. Effectivement, le Maroc est particulièrement dépendant des investissements étrangers, dont le corollaire est un système judiciaire et juridictionnel moderne. Ces investisseurs qui ne souhaitent pas être tributaires des particularismes locaux propres aux systèmes juridictionnels internes ont tendance à se tourner vers l'arbitrage. Or, cet avantage s'annule si l'autonomie de la convention d'arbitrage n'est pas garantie par le système marocain. Ceci explique cette volonté de la doctrine de rechercher un fondement à l'autonomie de la convention d'arbitrage. Or, ces dispositions éparses constituent un fondement insuffisant, et une consécration jurisprudentielle ou législative est nécessaire afin d'encadrer le principe.

**93. Tentative de rattrapage par la jurisprudence.** Dans un premier temps, la jurisprudence tentait de rattraper ce retard avec une modernité louable, en se fondant sur les arrêts Hecht et

---

<sup>133</sup> N. Najjar, L'arbitrage dans les pays arabes face aux exigences du commerce international, L.G.D.J., Bibliothèque de droit privé, Tome 422, 2004, p. 148

<sup>134</sup> N. Najjar, L'arbitrage dans les pays arabes face aux exigences du commerce international, L.G.D.J., Bibliothèque de droit privé, Tome 422, 2004, p. 149

Gosset pour retenir la compétence exclusive de la Cour d'arbitrage de la Chambre de Commerce International au motif que le contrat comportait une clause compromissoire<sup>135</sup>. Pour la doctrine il s'agit d'une « *nette reconnaissance de l'autonomie de la clause compromissoire et des effets qui s'y attachent au point de vue de la compétence juridictionnelle, sans doute en raison de l'absence de cadre légal pour le contrat de joint-venture, en droit marocain* »<sup>136</sup>. Cette interprétation demeure insuffisante pour retenir l'autonomie comme principe général gouvernant la convention d'arbitrage. Nous verrons qu'un long cheminement a été nécessaire avant que l'autonomie soit efficacement consacrée en droit marocain.

**94. Encadrement précoce des questions relatives à la loi applicable aux contrats internationaux en droit marocain.** Du fait de la colonisation, le Maroc a vu son droit international se développer très rapidement, en comparaison à d'autres pans demeurés longtemps archaïques. La question de la loi applicable aux contrats internationaux s'est, par exemple, vu, rapidement résoudre. Ainsi, l'article 13 du Dahir du 12 Août 1913<sup>137</sup> sur la condition civile des Français et des étrangers au Maroc disposait que :

*« Les conditions de fond et les effets des contrats sont déterminés par la loi à laquelle les parties ont eu l'intention expresse ou tacite de se référer. Si la détermination de la loi applicable dans le silence des parties ne ressort ni de la nature de leur contrat, ni de leurs conditions relatives, ni de la situation du bien, le juge aura égard à la loi de leur domicile commun, et si elles n'ont ni domicile dans le même pays ni nationalité commune, à la loi du lieu du contrat ».*

Il en ressort clairement une priorité accordée à la volonté des parties, ce qui n'est pas sans rappeler le traitement de la loi applicable aux conventions d'arbitrage prévu par la méthode des règles matérielles. La loi applicable n'est pas régie par le mode d'organisation juridictionnelle mais par le choix et la volonté des parties.

**95. Justification de ces dispositions.** Cette disposition se justifie par le principe de l'égalité des étrangers devant la loi, fermement établi en droit marocain durant l'ère du protectorat. En

---

<sup>135</sup> Cour d'appel de Casablanca, 13 Novembre 1984, arrêt cité dans Abdelhai Sefrioui, « pratique de l'arbitrage et tendances réformatrices nouvelles », précité, p. 76

<sup>136</sup> Abdelhai Sefrioui, « pratique de l'arbitrage et tendances réformatrices nouvelles », précité, p. 76 cité dans N. Najjar, , L'arbitrage dans les pays arabes face aux exigences du commerce international, L.G.D.J, Bibliothèque de droit privé, Tome 422, 2004, p. 51

<sup>137</sup> Dahir sur la condition civile des Français et des étrangers dans le Protectorat Français du Maroc, Dahir du 12 Août 1913 (9e Ramadan 1331)

outre, la suite de la disposition se rattache directement à la méthode conflictuelle, puisque le législateur marocain liste hiérarchiquement les critères à prendre en considération pour décider de la loi applicable, que sont respectivement le domicile des parties, s'il est identique, leur nationalité commune, et enfin le lieu de conclusion du contrat. Cette hiérarchie est confirmée par la jurisprudence, et notamment par le Tribunal mixte de Tanger énonçant que ce dahir « *établit un ordre de préférence entre les divers lois applicables* »<sup>138</sup>. La priorité accordée à la volonté des parties est définitive.

**96. Consécration jurisprudentielle.** Ce principe de prééminence de la volonté des parties a été illustrée par la jurisprudence marocaine<sup>139</sup> et confirmé par la doctrine qui énonce que<sup>140</sup> :

*« Si les parties ont manifesté clairement leur intention de se référer, de faire gouverner leur rapport par telle ou telle loi étrangère ou même faire régler leurs accords par des dispositions appartenant à plusieurs lois étrangères, le juge ne peut que s'incliner devant le choix qui a été fait et prendre les sanctions que ce choix comporte. Il doit considérer, à partir de ce moment, comme si la loi applicable, la loi choisie, l'avait investi dans ses fonctions, et l'interpréter sans dépasser les limites légales de la législation choisie. »*

Ainsi, la volonté des parties est primordiale s'agissant du choix de la loi applicable, et lorsque cette dernière est clairement exprimée, le juge ne peut que s'incliner, et n'a aucune marge d'appréciation. La Cour de cassation française s'est montrée moins libérale que la Haute Cour marocaine jugeant par un arrêt du 29 avril 1933<sup>141</sup> qui énonce que :

*« L'article 13 du Dahir sur la condition civile des français et des étrangers au Maroc ne peut avoir pour effet de faire obstacle à l'application des lois monétaires et aller à l'encontre des dispositions d'ordre public qu'elles édictent ».*

Elle vient ici casser un arrêt rendu par la Cour d'appel de Rabat qui reconnaissait aux parties une liberté sans limites de choisir la loi applicable à leur contrat<sup>142</sup>. De ce fait, si le principe prééminent demeure le respect de la volonté des parties, ce dernier est limité par le respect des

---

<sup>138</sup> M. D. Toumilt & A. A. Toumilt, *Le droit de l'arbitrage au Maroc*, Les éditions Maghrébines, 2014, p. 227

<sup>139</sup> CA Rabat, 28 Mars 1928, CA Rabat, 30 oct. 1930, GTM, 19131, n°451, p. 170.

<sup>140</sup> A. Acquaviva, *La condition civile des étrangers au Maroc*, Sirey, 1937, p. 154

<sup>141</sup> Cass. FR. civ., 29 avril 1933, Recueil Marocain Penant, 1934.II.46

<sup>142</sup> CA Rabat, 7 févr. 1922, R.A.C.A.R., t I, p. 267

lois impératives. Un second arrêt de grande renommée rendu par la Cour d'appel de Rabat<sup>143</sup> énonce que :

*« Aux termes de l'article 13 sur la condition civile des français et des étrangers, les juges doivent rechercher dans la nature de leur contrat, la loi à laquelle les parties ont eu l'intention tacite de se référer, à défaut par elles d'avoir exprimé leur volonté à cet égard.*

*Il en est spécialement ainsi lorsqu'on se trouve en présence d'une matière qui n'a pas été spécialement réglée par la loi locale, et qui au contraire fait l'objet d'une loi spéciale à l'étranger.*

*Tel est le cas d'un bail à moitié fruits qui, dans son esprit comme dans la rédaction de ses clauses, rappelle le régime du colonat partiaire institué par la loi française du 18 juillet 1889. Il y a lieu, en conséquence, d'appliquer les dispositions de cette loi. ».*

Le juge s'est ici fondé sur l'interprétation de la nature du contrat et de sa rédaction pour en déduire le rapprochement avec la loi française et en conclure que cette dernière est applicable au contrat. Cette méthode n'est pas sans rappeler la méthode des règles matérielles dans la mesure où le juge adopte une approche pragmatique fondée sur un faisceau d'indices en l'absence d'expression de la volonté des parties. Si l'effort est appréciable, il demeure insuffisant pour assurer un cadre légal suffisamment efficace pour sécuriser la convention d'arbitrage.

**97. Les différents critères jurisprudentiels.** L'alinéa 1 de l'article 13 dudit Dahir mentionne respectivement : la nature du contrat, les conditions relatives aux parties, la situation des biens, le domicile commun, la loi nationale commune et le lieu de conclusion du contrat. S'agissant de la nature du contrat, la rédaction d'un contrat se rapprochant de celle d'un contrat nommé dans une législation étrangère peut justifier que ladite législation soit applicable.

**98. Méthode fondée sur un faisceau d'indices hiérarchisé.** La jurisprudence marocaine, en l'absence de volonté clairement exprimé, se fonde sur un faisceau d'indices pour déterminer la loi applicable. Notamment, le fait de se référer à une loi étrangère au sein du contrat peut être considéré comme une volonté d'appliquer cette loi au contrat<sup>144</sup>. En l'absence totale de manifestation de la volonté des parties, « un ordre de préférence »<sup>145</sup> a été mis en place, au

<sup>143</sup> CA Rabat, 3 nov. 1926, R.A.C.A.R., t. IV p. 45

<sup>144</sup> CA Rabat, 17 mai 1930, R.A.C.A.R., t. BI, p.117

<sup>145</sup> M. D. Toumilt & A. A. Toumilt, op. cit., p. 227

sujet duquel la jurisprudence et la doctrine sont d'accord. Ainsi, un arrêt rendu par la Cour d'appel de Rabat, le 13 avril 1920 a retenu que :

*« Aux termes de l'article 13 sur la condition civile des français et des étrangers, les juges doivent rechercher, dans la nature de leur contrat, la loi à laquelle les parties ont eu l'intention tacite de se référer, à défaut par elles d'avoir exprimé leur volonté à cet égard.*

*Il en est spécialement ainsi lorsqu'on se trouve en présence d'une matière qui n'a pas été spécialement réglée par la loi locale, et qui au contraire fait l'objet d'une loi spéciale à l'étranger.*

*Tel est le cas d'un bail à moitié fruits qui, dans son esprit comme dans la rédaction de ses clauses, rappelle le régime du colonat partiaire institué par la loi française du 18 juillet 1889. Il y a lieu en conséquence, d'appliquer les dispositions de cette loi. »<sup>146</sup>.*

Cet arrêt est étonnant dans la mesure où l'un de ses arguments se traduit par le fait de compenser les lacunes de la loi marocaine dans certains pans par une loi étrangère. Si ce libéralisme peut être efficace pour résoudre un litige ponctuel, il n'en est pas moins dangereux pour la souveraineté de l'État s'il se généralise. Une législation étrangère ne peut pas s'ingérer sur un territoire pour la simple raison que le droit de cet État est lacunaire. Toutefois cette position semble tempérer dans le présent arrêt dans la mesure où elle est également conditionnée par le fait que les parties « ont eu l'intention tacite de s'y référer ». Le critère prégnant se traduit donc par la volonté des parties.

**99. Effet du contexte historique sur le développement de l'autonomie de la convention d'arbitrage.** L'autonomie de convention d'arbitrage s'est donc développée différemment au Maroc du fait des différences socio-culturelles et d'un contexte économique différent. Tout au long du XX<sup>ème</sup> siècle, l'arbitrage a pris une place exponentielle en France, à une époque où la méfiance à l'égard de ce mode de règlement des litiges régnait au Maroc. Les principes, tel que l'autonomie d'une clause vis-à-vis d'un contrat, ou encore l'application d'une loi selon le raisonnement des règles matérielles s'est certes développée de façon relativement précoce, mais s'agissant de matières différentes de l'arbitrage. Du fait du protectorat, ces principes ont

---

<sup>146</sup> CA Rabat, 13 avr. 1920, R.A.C.A.R., t. p. 61

trouvé un terreau fertile au sein du droit international marocain, non pas applicable à l’arbitrage, mais à la condition civile des étrangers plutôt.

- 100. Critère de la condition des parties.** Le second critère se traduit par la condition relative des parties. Ce critère a peu eu l’occasion d’être mis en œuvre par la jurisprudence, ayant été retenu une seule fois par la Cour d’appel de Rabat<sup>147</sup>, en étant peu claire et en exposant d’autres indices de rattachement.
- 101. Critère de la situation du bien.** Hiérarchiquement, le troisième critère est celui de la situation du bien. A ce sujet, la Cour de cassation française a eu l’occasion de confirmer la position de la Cour d’appel de Rabat retenant que « *s’agissant d’obligations contractuelles ayant pour objet un immeuble sis au Maroc, les juges du fond ont déclaré, en conformité avec les dispositions de l’article 13, qu’il est manifeste que les parties (qui, toutes deux de nationalité française avaient passé le contrat en territoire français, et gardé le silence sur la loi applicable* » ont eu l’intention de se référer à la loi marocaine »<sup>148</sup>. Alors même que les deux parties ont la même nationalité, le juge a ici fait prévaloir la situation du bien comme critère pour choisir la loi applicable. En tout état de cause, nous rejoignons l’interprétation jurisprudentielle qui a pu considérer que « *le lieu où se situe le bien est souvent le centre des intérêts des parties, en particulier lorsqu’il s’agit d’un bien immeuble* »<sup>149</sup>. Ainsi, un tel choix se justifie de façon pragmatique et économique.
- 102. Critère de la nationalité des parties.** La jurisprudence s’est également illustrée s’agissant de la nationalité des parties<sup>150</sup> ou du lieu de formation du contrat<sup>151</sup>. La doctrine a considéré que : « *les parties peuvent et doivent avoir une liberté dans le choix de la loi qui régira leur relation, et, à la limite, elles peuvent parfaitement désigner une loi qui ne présenterait aucun rapport apparent avec leur convention. De fait, rien ne s’oppose à ce que les parties à un contrat international choisissent, en toute liberté, la loi qui leur ‘convient’, le choix permis aux contractants devant assurément s’étendre non seulement aux lois des États avec lesquels la*

---

<sup>147</sup> CA Rabat, 5 janv. 1926, rapp. par BAALOUK BENACHIR, La loi applicable aux contrats en droit international, sous la direction de M. Yvon Loussouarn, 1984 p. 150

<sup>148</sup> Cass. Fr. civ., 28 mars 1960, Rev. Crit. Dr. Int. Pr., 1960, p. 208

<sup>149</sup> M. D. Toumilt & A. A. Toumilt, op. cit., 2014 p. 228

<sup>150</sup> CA Rabat, 27 juin 1923

<sup>151</sup> CA Rabat, 24 nov. 1923, R.A.C.A.R., t. I, p. 379

*convention paraît étroitement liée, mais aussi à celles qui ne présenteraient pas un tel rattachement. Il n'y a pas de loi prédestinée.* »<sup>152</sup>.

Nous approuvons cette approche en faveur de la souveraine volonté des parties, dans la mesure où ces dernières, en arbitrage international, choisissent généralement l'arbitrage pour pouvoir se délier des contraintes d'une juridiction étatique. En limitant la volonté des parties sur ce point, l'effet se traduit par l'atrophie d'un des avantages de la procédure les plus attractifs. Peu importe la loi applicable, l'essentiel est que les parties y aient librement consenti et décidé de l'appliquer au litige né entre elles. Il ressort de cette étude jurisprudentielle que, par le biais, de la recherche d'un indice de rattachement, le juge recherche réellement la volonté des parties en recherchant ses manifestations par le biais de ces différents critères. Il s'agit d'une position louable au vu de l'époque, du fait de sa modernité et de sa faveur vis-à-vis de la volonté des parties.

## **B. La consécration législative des acquis jurisprudentiels**

- 103. Consécration législative.** La consécration législative du principe d'autonomie de la convention d'arbitrage s'est finalement effectuée par le biais de la loi 08-05, issue de la réforme, abrogeant et remplaçant le chapitre VIII du titre V du code de procédure civile relatif à l'arbitrage et à la médiation<sup>153</sup>. Cette multitude de solutions éparses se sont donc cristallisées au sein de cette loi, sous-tendant ainsi un encadrement plus efficace et sûr de la convention d'arbitrage. Ainsi, l'article 318 de cette loi<sup>154</sup>, qui sera repris au sein du Code de procédure civile, énonce que : « *La clause d'arbitrage est réputée être une convention indépendante des autres clauses du contrat. La nullité, la résiliation ou la cessation du contrat n'entraîne aucun effet sur la clause d'arbitrage comprise dans ledit contrat lorsque celle-ci est valable en soi.* ». De ce fait, la clause d'arbitrage en droit marocain bénéficie d'une autonomie complète à l'image de la loi française. Le législateur ne laisse pas place à l'équivoque, en mentionnant les causes de nullité pouvant affecter le contrat principal, en excluant totalement l'effet sur la convention d'arbitrage. Il convient tout de même de se demander si cette liste est exhaustive,

---

<sup>152</sup> B. Baalouk, La loi applicable aux contrats en droit international, sous la direction de M. Yvon Loussouarn, 1984

<sup>153</sup> Dahir n° 1-07-169 du 19 kaada 1428 (30 novembre 2007) portant promulgation de la loi n° 08-05 abrogeant et remplaçant le chapitre VIII du titre V du code de procédure civile, Bulletin Officiel n° 5584 du Jeudi 6 Décembre 2007

<sup>154</sup> Article 8 du Code de l'arbitrage ratifié le 13 juin 2022, issu de Loi n° 95-17 relative à l'arbitrage et à la médiation conventionnelle, ratifiée le 13 juin 2022, BO 7099



et si d’autres causes de nullité ou d’invalidité du contrat pourraient affecter la convention d’arbitrage. La question n’a pas encore été soumise en jurisprudence, mais au vu de la première partie de l’article, il semblerait que l’autonomie de la convention d’arbitrage vis-à-vis du contrat principal soit total, du moins dans ce premier versant de l’indépendance du contrat principal et des vices qui peuvent l’affecter.

**104. Consécration de l’indépendance de la convention d’arbitrage vis-à-vis de la loi applicable au contrat principal.** Le législateur a solutionné les controverses menant à des confusions et difficultés de détermination de la loi applicable issues des controverses relatives à la condition des étrangers au Maroc en consacrant le second versant de l’autonomie qui se traduit par l’indépendance de la loi applicable à la convention d’arbitrage. Ainsi, s’agissant de l’arbitrage interne, l’article 327-10 du CPC<sup>155</sup> retient que « *le tribunal arbitral règle les modalités de la procédure arbitrale qu’il juge adéquates sous réserve des dispositions de la présente loi, sans être tenu de suivre les règles établies pour les juridictions, sauf si les parties en ont autrement décidé dans la convention d’arbitrage* ». Une disposition équivalente est retenue pour l’arbitrage international à l’article 327-42 du CPC qui énonce que « *La convention d’arbitrage peut, directement ou par référence à un règlement d’arbitrage, régler la procédure à suivre dans l’instance arbitrale* ». Ces articles sont plus limitatives que le droit français dans la mesure où ils règlent uniquement l’application des lois gouvernant la procédure. Les articles 327-18 pour l’arbitrage interne, et 327-44 pour l’arbitrage international consacrent des dispositions équivalentes s’agissant de la loi applicable au fond du litige. Ainsi, sur le plan théorique, la loi 08-05 a permis une consécration de l’autonomie de la convention d’arbitrage conforme à la conception française de ce principe, à la différence qu’elle distingue clairement la loi applicable à la procédure, de la loi applicable au fond.

**105. La validité des accords amiables.** Une question s’est posée s’agissant des accords amiables que les parties pouvaient conclure officieusement, alors même qu’elles seraient engagées dans une convention arbitrale. Le tribunal arbitral est-il compétent pour juger de ces accords ? Dans un premier temps, la Cour d’appel de commerce de Casablanca a répondu par la positive, considérant que tout contrat ou accord signé en lien avec la procédure arbitrale est tacitement soumis à la compétence du tribunal arbitral<sup>156</sup>. Une seconde jurisprudence vient contredire

---

<sup>155</sup> Article 33 du Code de l’arbitrage ratifié le 13 juin 2022, issu de Loi n° 95-17 relative à l’arbitrage et à la médiation conventionnelle, ratifiée le 13 juin 2022, BO 7099

<sup>156</sup> CAC Casablanca, 21 nov. 2006, rev. Rihab Al Mahakim, n°8, octobre 2010, p. 137

cette position<sup>157</sup>. Il s'agissait d'un cas où deux parties avaient conclu une clause compromissoire prévoyant que tout litige relatif à l'exécution du contrat devait être réglé par voie d'arbitrage. Ultérieurement, elles concluent un accord amiable. Une des parties conteste cet accord qu'elle aurait signé de façon non consentante et par voie de violence. La Cour de cassation dénie toute compétence au tribunal arbitral, considérant que l'accord amiable signé, il est mis fin à la sphère englobant les litiges relatifs à l'exécution du contrat, et ce aussi longtemps que ladite Cour considérera que l'accord est valide. Cette position est étonnante dans la mesure où elle témoigne d'un recul qui vide la compétence du tribunal arbitral de sa substance. Le tribunal arbitral devrait être compétent pour valider toute convention qui met fin à sa compétence, et ce d'autant plus qu'une des parties en conteste la validité. Cette position pourrait potentiellement ouvrir la voie aux plaideurs de mauvaise foi qui souhaitent se délier de la convention d'arbitrage. Cela a une influence sur l'efficacité de la convention d'arbitrage dans la mesure où la réduction des compétences du tribunal arbitral alourdit la procédure puisque ce dernier devra la suspendre en attendant que le tribunal étatique statue. Il s'agit d'un premier exemple illustrant les détournements de la pratique judiciaire, qui malgré l'établissement de règles législatives adéquates à l'efficacité de l'arbitrage, procède à des interprétations douteuses entravant la véritable portée de la loi.

*Section 2 : Consécration des méthodes de détermination de la loi applicable en droit de l'arbitrage marocain*

Tout comme en France, le Maroc détermine la loi applicable grâce aux méthodes de conflit des lois et des règles matérielles (A), lois auxquelles vient s'ajouter la *lex mercatoria* qui est une source importante en droit de l'arbitrage marocain (B).

**A. Les méthodes applicables**

**106. Application de ces principes à la convention d'arbitrage.** La loi 08-05 vient consacrer les règles relatives à la détermination de la loi applicable aux conventions d'arbitrage bien avant la jurisprudence, à l'inverse du droit français. Cette loi distingue la loi applicable à la

---

<sup>157</sup> CS ch. Mixte, 22 oct. 2008, Revue de la Jurisprudence Civile, n°5, 2012, p. 205

procédure d’arbitrage, de la loi applicable au fond du litige. Ainsi, l’article 327-10 du Code de procédure civile marocain<sup>158</sup> énonce en matière d’arbitrage interne que :

*« Le tribunal arbitral règle les modalités de la procédure arbitrale qu’il juge adéquates sous réserve des dispositions de la présente loi, sans être tenu de suivre les règles établies pour les juridictions, sauf si les parties en ont autrement décidé dans la convention d’arbitrage ».*

Le régime de l’arbitrage interne accorde ici une primauté à la volonté des parties et à ce qu’elles ont décidé au sein de la convention d’arbitrage, et en second lieu à la souveraineté du tribunal arbitral qui possède une grande latitude pour décider de la procédure qu’il « juge adéquate ». Si la formulation est différente en matière d’arbitrage international, la hiérarchie est similaire dans la mesure où la volonté des parties exprimée au sein de la convention d’arbitrage prévaut, comblée par la compétence du tribunal arbitral en cas de lacunes. Cet article est la reproduction exacte de l’ancien article 1494 du Code de procédure civile français.

- 107. Critiques de la législation marocaine.** Il est notable que les répétitions entre les deux régimes n’ont pas vraiment d’intérêt et démontre qu’une unification permettrait de faire gagner en efficacité et en souplesse la convention d’arbitrage. Effectivement, la formulation de cet article est assez lourde et rébarbative, et ouvre à une interprétation comparatiste entre les deux régimes qui pourrait alors être source de contentieux et de contradictions, potentiellement instrumentalisés par des parties de mauvaise foi pour arriver à leurs fins. Cette distinction est d’autant plus inutile que le principe d’autonomie de la convention d’arbitrage vis-à-vis des lois étatiques, et la priorité accordée à la volonté des parties semble être admis de façon équivalente en droit marocain et en droit français. La seule distinction se traduit par le fait qu’en arbitrage interne, la loi applicable aux juridictions étatiques est explicitement écartée, alors qu’en arbitrage international, elle n’est pas mentionnée, mais ne peut être écartée a fortiori au vu du libéralisme encadrant la rédaction de cet article. Le Maroc gagnerait à unifier le régime sur le modèle du droit français, en introduisant par exemple un article équivalent à l’article 1506 du Code de procédure civile. Ce dernier permet de transposer bon nombre de dispositions du régime de l’arbitrage interne au régime de l’arbitrage international.

---

<sup>158</sup> Article 33 du Code de l’arbitrage ratifié le 13 juin 2022, issu de Loi n° 95-17 relative à l’arbitrage et à la médiation conventionnelle, ratifiée le 13 juin 2022, BO 7099

**108. Consécration légale de la volonté des parties.** En tout état de cause, cette prééminence accordée à la volonté des parties est confirmée par l'article 319 du Code de procédure civile, qui précise que l'arbitre a le pouvoir de fixer les règles applicables à la procédure uniquement lorsque les parties n'ont pas manifesté leur volonté d'appliquer un certain ensemble de règles déterminées. Ceci a été illustré par la jurisprudence, et notamment par un arrêt de la cour d'appel de Marrakech rendu le 18 janvier 2005<sup>159</sup> qui a reconnu l'efficacité de la loi choisie par les parties de façon explicite au sein du contrat, mais ultérieurement contestée par une partie par suite d'une sentence arbitrale rendue en sa défaveur. S'agissant du fond du litige, c'est l'article 327-18 du CPC<sup>160</sup> qui dispose que :

*« Le tribunal tranche le litige conformément aux règles de droit convenues entre les parties. Si les parties ne s'entendent pas sur les règles de droit devant être appliquées au litige, le tribunal arbitral applique les règles objectives de droit qu'il juge les plus proches du litige. Dans tous les cas, il doit prendre en considération les clauses du contrat objet du litige, les usages et coutumes commerciaux et ce qui est habituellement d'usage entre les parties. Si les parties s'entendent expressément à conférer au tribunal arbitral la qualité d'amiable compositeur, celui-ci n'est pas tenu, dans ce cas, de se conformer aux règles de droit et statue selon les règles de justice et d'équité sur l'objet du litige ».*

En matière d'arbitrage international, l'article 327-44 prévoit que :

*« La convention d'arbitrage détermine librement les règles de droit que le tribunal arbitral devra appliquer au fond du litige. A défaut de choix par les parties des règles de droit applicables, le tribunal arbitral tranche le litige conformément à celles qu'il estime appropriées.*

*Dans tous les cas, le tribunal arbitral tient compte des dispositions du contrat qui lie les parties et des coutumes et usages pertinents du commerce ».*

Il convient de constater que l'arbitrage international est beaucoup plus libéral que l'arbitrage interne au regard des dispositions législatives marocaines. Effectivement, en matière d'arbitrage international, une immense liberté est conférée à l'arbitre, qui peut trancher le

---

<sup>159</sup> CAC Marrakech 18 janv. 2005, doss. N°843/6/04, rapp. Par O. Azougar et A. El Alami, op. cit., p. 105

<sup>160</sup> Article 45 du Code de l'arbitrage ratifié le 13 juin 2022 : Le tribunal arbitral applique à l'objet du litige les règles de droit convenues par les parties. Si les parties ne s'entendent pas sur les règles de droit applicables au litige, le tribunal arbitral applique les règles de fond qui ont le plus de lien avec le litige, et elle doit dans tous les cas se tenir aux dispositions du contrat objet du litige, et respecter les usages et coutumes ainsi que ce qui est communément pratiqué par les parties.

litige conformément aux règles de droit « qu'il estime appropriées ». Outre, la formulation « règles de droit » qui peut être interprétée de façon large, dans la mesure où elle ne se réfère pas directement à un ordre juridique étatique, l'expression « qu'il estime appropriées » démontre l'entière liberté du tribunal arbitral s'agissant du choix de la loi applicable aux parties. La méthode des règles matérielles a toute la latitude pour s'appliquer en droit marocain de l'arbitrage international.

**109. Régime de l'arbitrage interne plus sévère.** La position du législateur en matière d'arbitrage interne diffère. La liberté d'interprétation du tribunal est bridée, puisqu'il : « *applique les règles objectives de droit qu'il juge les plus proches du litige. Dans tous les cas, il doit prendre en considération les clauses du contrat objet du litige, les usages et coutumes commerciaux et ce qui est habituellement d'usage entre les parties.* ». L'adjectif « objective » pour qualifier les règles de droit est ici essentiel. Effectivement, il s'agit d'une référence directe au droit objectif, qui se traduit par l'ensemble de règles de droit légiféré. Ainsi, il semblerait que le dualisme du droit marocain entre l'arbitrage interne et l'arbitrage international se manifeste également s'agissant du traitement de la loi applicable au fond. En matière interne, c'est la méthode de conflit des lois qui s'applique. L'arbitre a la liberté de déterminer la loi applicable en cas de silence des parties, mais ceci doit être effectué en confrontant différents systèmes, et en faisant prévaloir celui qui se rapproche le plus du litige selon une liste de critères énoncés par la loi, que sont : les clauses du contrat objet du litige, les usages et coutumes commerciaux et ce « qui est habituellement d'usage entre les parties ». La Lex Mercatoria vient ici servir comme point d'appui, non pas comme règle de droit directement applicable, mais comme critère de détermination d'une règle de loi objectif.

**110. Intérêt de la différenciation de régime.** *Quid de l'intérêt d'une loi applicable différente en matière interne et en matière internationale ?* Cette différence de traitement peut se justifier par la volonté d'encourager le développement de l'arbitrage international, qui met en scène des parties étrangères qui pourraient se méfier d'un régime trop strict, et ce d'autant plus que la méthode des règles matérielles est celle qui prime aujourd'hui en matière d'arbitrage international. La différenciation entre la loi applicable à la procédure et la loi applicable au fond présente moins d'intérêts, puisqu'elle peut au contraire être source de conflits si les deux lois applicables sont différentes et présentes des contradictions susceptibles de bloquer le bon déroulement de l'arbitrage. Au-delà des principes, les formulations sont au demeurant lourdes et source d'inefficacité du fait de leur manque de clarté. Le législateur marocain gagnerait en

efficacité à unifier le régime de l'arbitrage international et de l'arbitrage interne et à épurer les règles de droit applicable à l'arbitrage afin de préserver la souplesse propre à cette matière.

- 111. Théorie du contrat sans loi et loi applicable.** Il s'agit de constater qu'il n'y a pas d'automatisme entre la loi régissant la procédure et le siège de l'arbitrage, dans la mesure où ce dernier n'est même pas mentionné dans la liste de critères de l'article 327-42 du CPC<sup>161</sup>. Nous ne pouvons qu'applaudir cette position du législateur marocain dans la mesure où ce lieu est généralement choisi pour des raisons pratiques ou procédurales, bien plus souvent que pour sa proximité avec litige de fond et les problématiques d'ordre juridique. Cet article semble consacrer la méthode des règles matérielles du fait de sa latitude en matière d'arbitrage international. Pour une partie de la doctrine, il s'agirait même d'une consécration de la théorie du contrat sans loi.
- 112. Rejet de la théorie du contrat sans loi.** Il s'agit d'une théorie en vertu de laquelle des parties au sein d'un contrat international s'affranchit de toute loi étatique applicable à ce contrat, et sont exclusivement soumis aux normes juridiques souples tel que la *lex mercatoria*. Si cette dernière est une norme importante en arbitrage, et particulièrement au Maroc, appliquer la théorie du contrat sans loi serait une trop importante source d'insécurité. En tout état de cause, cela n'a jamais été illustré par la jurisprudence. Cela pourrait avoir des effets extrêmement vicieux, pouvant potentiellement être instrumentalisée par des parties de mauvaise foi pour s'affranchir de tout encadrement législatif, dans l'objectif d'accomplir des contrats possiblement illégaux au nom de la volonté commun des parties. Cette liberté accordée à l'arbitre se justifie par la nature de la convention d'arbitrage, qui naturellement cherche à s'émanciper des juridictions étatiques, non pas uniquement pour en éviter la lourde et l'assujettissement procédural, mais également pour avoir la latitude de choisir la loi applicable qui convient aux parties, qui est d'ailleurs l'un des principaux critères justifiant le choix de l'arbitrage.
- 113. Les limites à la liberté dans le choix de la loi applicable.** En ce sens, le droit marocain rejoint le droit français puisque la principale limite se traduit par le respect de l'ordre public. Également, en application de l'article 319<sup>162</sup> du Code de procédure civile, les parties sont

---

<sup>161</sup> Article 74 du Code de l'arbitrage ratifié le 13 juin 2022, issu de Loi n° 95-17 relative à l'arbitrage et à la médiation conventionnelle, ratifiée le 13 juin 2022, BO 7099

<sup>162</sup> Article 10 du Code de l'arbitrage ratifié le 13 juin 2022, issu de Loi n° 95-17 relative à l'arbitrage et à la médiation conventionnelle, ratifiée le 13 juin 2022, BO 7099

soumises au respect des principes fondamentaux de la procédure et notamment des droits de la défense. Le cas échéant, l'article 327-36<sup>163</sup> du CPC sanctionne toute la procédure par l'annulation de la sentence arbitrale.

**114. Le rôle prééminent de l'autonomie de la volonté.** Outre les limites préalablement présentées, c'est la volonté des parties qui est maîtresse. Un éminent auteur énonce que :

*« Ce principe de l'autonomie de la volonté des parties dans l'identification des règles applicables ne peut être considéré comme incompatible avec la fonction juridictionnelle de l'arbitre, et ce dans la mesure où la composante contractuelle de l'institution arbitrale ne peut être négligée, d'autant plus que c'est l'arbitre lui-même, en tant que « juge privé », qui acquiesce, en acceptant la mission d'arbitrer le litige, à l'étendue des pouvoirs qui lui sont conférés en vertu de la convention d'arbitrage et/ou du contrat d'arbitre. ».*<sup>164</sup>

Ainsi, la prééminence de la volonté des parties ne vient pas brider le rôle du tribunal arbitral, mais vient se fondre dans la mission qu'il a lui-même acceptée. L'arbitre est l'instrument au service de la manifestation de la volonté des parties.

**115. Liberté des parties.** Outre la limite du respect l'ordre public national et international, les parties ont l'entière liberté de choisir le droit applicable au fond du litige, sans qu'aucune priorité ne soit accordée au droit marocain. Le tribunal arbitral intervient seulement lorsque les parties ne manifestent pas d'une volonté d'appliquer une certaine loi à la convention d'arbitrage. Dans ces cas-là, l'article 327-18 du Code procédure civile considère qu'il revient à l'arbitre de décider des règles applicables, selon celles qu'il « juge les plus proches du litige ». La volonté des parties est le socle de l'efficacité de la convention d'arbitrage. Effectivement, elle permet la rédaction de la convention, son application et a fortiori la conduite de l'instance d'arbitrage en accord avec ce que souhaite les parties, ce qui limite directement les potentiels obstacles et contestations pouvant se dresser tout au long de la procédure.

**116. Rejet d'une exclusion totale des lois étatiques.** Nous avons vu que les deux méthodes de résolution des conflits de loi prévues en France sont admises en droit marocain, avec une application de la règle des conflits des lois en arbitrage interne, et une préférence à la méthode

---

<sup>163</sup> Article 63 du Code de l'arbitrage ratifié le 13 juin 2022, issu de Loi n° 95-17 relative à l'arbitrage et à la médiation conventionnelle, ratifiée le 13 juin 2022, BO 7099

<sup>164</sup> M. D. Toumilt & A. A. Toumilt, Le droit de l'arbitrage au Maroc, Les éditions Maghrébines, 2014, p. 241

des règles matérielles en droit international. Cela n'empêche évidemment pas le tribunal arbitral d'appliquer un ensemble de règles législatifs étatiques à un arbitrage international si ces dernières sont les plus appropriées. Une fois de plus, l'objectif est simplement de laisser le choix aux parties, et non pas d'exclure les lois étatiques.

- 117. Les règles choisies par les parties mais allant à l'encontre de l'esprit de leur volonté.** Un problème d'ordre pratique se pose au Maroc. Les parties à une convention d'arbitrage ne font pas automatiquement appel à un juriste lors de la rédaction de la convention d'arbitrage. Il arrive qu'elles choisissent une loi applicable sans en avoir étudié techniquement les tenants et les aboutissants, et viennent à le regretter ultérieurement cas de litige, notamment lorsque la loi choisie irait même jusqu'à mettre en cause la validité de la convention d'arbitrage. Pour la doctrine marocaine, ces lois doivent être écartées car « *les parties, ne pouvant avoir voulu conclure un contrat invalide, n'auraient pu choisir – en connaissance de cause – une loi qui l'annule, même partiellement.* »<sup>165</sup>. Il faudrait donc écarter la lettre du contrat au profit de son esprit fondé sur la volonté des parties, et ce également pour des raisons d'efficacité.

#### **B. Le maintien d'une empreinte locale dans la pratique marocaine**

- 118. L'édification de la *lex mercatoria* en tant que source du droit.** Parmi les critères énoncés par l'article 327-44<sup>166</sup> du CPC afin de déterminer la loi applicable à la convention d'arbitrage, ce dernier mentionne « les coutumes et les usages pertinents du commerce ». Une formulation similaire est usitée à l'article 327-18 du CPC en matière d'arbitrage interne. Ces dispositions s'inspirent directement de l'ancien article 1511 du CPC français.
- 119. Importance de la *lex mercatoria* en droit marocain.** La référence à la *lex mercatoria* fait partie intégrante du droit commercial marocain, l'article 2 du Code de commerce énonçant même qu'il est « *statué en matière commerciale conformément aux lois, coutumes et usages du commerce* ». En matière d'arbitrage, la jurisprudence a même déjà retenu qu'une convention d'arbitrage tacite avait été conclue entre deux parties, alors même qu'aucun instrumentum n'avait été signé, au motif que ces parties avaient pour usage de régler leurs différends de façon répétée par voie d'arbitrage<sup>167</sup>. Ainsi, les usages et les coutumes forment un pan important du droit marocain. Cette approche souple, bien qu'efficace, a pu être

---

<sup>165</sup> M. D. Toumilt & A. A. Toumilt, op. cit., p. 248

<sup>166</sup> Article 45 du Code de l'arbitrage ratifiée le 13 juin 2022

<sup>167</sup> CS com., 7 oct. 2009, GTM n.s., n° 124-125, février-avril 2010, p. 263.



critiquée au nom du principe de sécurité des rapports juridiques, ce à quoi l'on peut répondre qu'elle n'est pas exempte de limite, puisqu'elle doit respecter les lois étatiques qu'elles ne peuvent contredire<sup>168</sup>. Les liens entre *lex mercatoria* et arbitrage ne sont pas surprenants, et ce particulièrement à la lumière de l'arrêt Dalico. Effectivement, ce dernier mentionne la « règle matérielle du droit international de l'arbitrage », qui a été interprétée comme une règle matérielle française, mais enrichie par les « besoins du commerce international »<sup>169</sup>. En ce sens, la *lex mercatoria* englobe toutes les sources juridiques en cohérence avec les besoins du commerce international, dont font parties les règles matérielles d'arbitrage tel qu'issus de l'arrêt Dalico et la jurisprudence qui l'a suivi. De même, il y a une référence indirecte à la *lex mercatoria* dans la formulation « principes de droit généralement reconnus dans le cadre des transactions internationales ».

## 120. Illustrations jurisprudentielles de l'importance de la *lex mercatoria* en droit marocain.

Il convient de citer un arrêt rendu par la Cour suprême le 14 septembre 2000 qui énonce que :

*« La coutume constitue une règle juridique que le juge est supposé connaître et appliquer au litige qui lui est soumis ; son existence n'a donc pas besoin d'être prouvée par les parties. Par ailleurs, en matière commerciale, la coutume est une source importante des règles régissant les transactions entre commerçants, lesquelles requièrent rapidité confiance et souplesse »*<sup>170</sup>.

Cet arrêt présente une position radicale dans la mesure où la charge de la preuve ne repose pas sur la partie revendiquant l'application de la *Lex mercatoria*. Il est inconcevable qu'une source de droit aussi incertaine soit exempte de toute preuve dans la mesure où cela créerait une importante insécurité dans les rapports juridiques. Le cas échéant, cela laisserait une importante latitude aux plaideurs de mauvaise foi qui pourraient se prévaloir de coutumes en faveur de leur position. Ceci est d'autant plus vrai que la *lex mercatoria* a des contours malléables.

## 121. Définition de la *lex mercatoria*. La doctrine marocaine la définit comme « une catégorie ouverte, au contenu variable et dont la terminologie est flottante : règles transnationales, droit a-national, règles a-nationales, principes généraux du droit du commerce international, principes généraux des usages du commerce international, principes communs aux droits

---

<sup>168</sup> Article 475 du DOC

<sup>169</sup> J.-B. Racine, Brefs propos sur la notion de besoins du commerce international : RDAI 2019, n° 4, p. 375

<sup>170</sup> CS. Com., 14 nov. 2001, Le Rapport annuel de la Cour suprême, 2001, p.35

*applicables au commerce internationales, etc. Elle se situerait à mi-chemin entre le droit étatique et le droit international* »<sup>171</sup>. Si sa légitimité n'est pas à remettre en cause sur le principe, il convient de la manipuler et surtout de l'appliquer avec précaution et après avoir établi la certitude qu'elle existe et qu'elle est applicable aux litiges en question.

**122. Conditionnement de l'application de la lex mercatoria.** La doctrine marocaine est en faveur de la prise en considération de la lex mercatoria en matière d'arbitrage, mais est plus nuancée que la jurisprudence puisqu'elle exige du tribunal arbitral de vérifier « *l'existence de ses règles puis leur efficience* », ainsi que « *les exigences requises pour accéder au statut de coutume ou d'usage* »<sup>172</sup>. Toutefois, cette dernière doit forcément être prouvée pour éviter toute source d'insécurité juridique. D'une part, il s'agit d'apporter la preuve que cette coutume existe, et dans un second temps qu'elle est applicable au corps de métier, groupe de personnes litigieux. Il est impensable qu'un contrat soit remis en cause par une source de droit non légiféré et, sans preuve apportée par la partie qui la revendique, puisqu'il s'agit d'une atteinte directe à la sécurité des rapports juridiques et tendrait à encourager les plaideurs de mauvaise foi à user de cet argument pour se soustraire à la loi applicable. Si l'arbitrage est un pan de droit souple, un encadrement légal n'en est pas moins nécessaire pour assurer la sécurité des contrats et la protection des parties. La souplesse n'est pas synonyme d'efficacité lorsqu'elle induit un risque d'insécurité juridique. Dans le cas contraire, cela risquerait de décourager les parties d'user de ce mode de règlement des conflits, source d'insécurité. En tout état de cause, le tribunal arbitral a souvent a minima un membre expert en la matière du litige qui est apte à déterminer si tel usage ou telle coutume sont applicables au contrat. Le cas échéant, il est d'usage commun de faire appel à des experts impartiaux.

**Conclusion :** Le principe d'autonomie de la convention d'arbitrage est bien ancré en droit marocain, ce qui le place en conformité avec les standards internationaux en termes d'efficacité de la convention d'arbitrage, sur cette matière. Toutefois, de cette autonomie découle la nécessité pour les parties de choisir la loi applicable à la convention d'arbitrage. A ce sujet, la législation marocaine fait preuve d'inefficacité dans la mesure où elle multiplie les articles à ce sujet, distinguant droit interne et droit international, mais également loi procédurale et loi de fond, ce qui peut donner lieu à des confusions pour les parties peu alertes. Le législateur marocain gagnerait à introduire des articles clairs et concis, précisant

---

<sup>171</sup>M. D. Toumilt & A. A.Toumilt, op.cit., p. 260

<sup>172</sup>M. D.Toumilt & A. A.Toumilt, op. cit., p. 262

simplement le principe général de liberté de choix de la loi applicable, ainsi que les mécanismes à mettre en œuvre en cas de carence des parties. La réforme a répondu efficacement à ce problème puisque l'article 45 du nouveau code retient que : « *Le tribunal arbitral applique à l'objet du litige les règles de droit convenues par les parties. Si les parties ne s'entendent pas sur les règles de droit applicables au litige, le tribunal arbitral applique les règles de fond qui ont le plus de lien avec le litige [...]* ». Ainsi, le législateur marocain a uniformisé les règles en les épurant, retenant uniquement que la volonté des parties était prioritaire s'agissant du choix des règles applicables, et que le tribunal arbitral peut suppléer aux carences des parties.

### **Conclusion de la Partie Préliminaire**

Le principe d'autonomie de la clause d'arbitrage vis-à-vis du contrat principal et des lois étatiques est ainsi fermement établi, que ce soit en droit français, ou en droit marocain. Ce principe est traité de façon comparable par les deux législations, si ce n'est que le droit marocain opère une distinction entre les méthodes de conflits des lois, en droit interne et en droit international. Le Maroc a gagné à s'inspirer du régime français, pour épurer sa législation et harmoniser ses règles de droit, dans la mesure où les nombreuses opérations qu'ils distinguent sont peu claires et confuses, laissant un dangereux espace à l'interprétation. Cette différenciation s'explique historiquement par le fait que le droit français a consacré l'autonomie très tôt et très clairement tandis que le droit marocain a longtemps recherché des fondements approximatifs en droit privé international, par le biais des conventions qu'il a signé, pour finalement s'inspirer du droit français et adopter une autonomie claire et directe.

En tout état de cause, cet ancrage du principe au sein de ces deux juridictions est au centre de l'efficacité primaire de la procédure d'arbitrage du fait de la pleine compétence du tribunal pour juger de sa propre compétence et de la détermination des lois applicables à la convention d'arbitrage, et de façon plus générale pour le sort de cette convention indépendamment de tout impact du contrat principal. L'autonomie de la convention d'arbitrage est la garantie la plus efficace de la préservation de la volonté des parties, qui sont alors pleinement maîtresses du choix de la loi applicable. Or sans préservation de la volonté des parties, c'est l'efficacité substantielle de la convention d'arbitrage qui est atteinte dans la mesure où le choix de l'arbitrage est très souvent motivé par la volonté de s'écarter de l'application des lois étatiques nationales et de la procédure administrative pesante.

Le droit marocain projetterait de poursuivre dans un sens favorable à l’autonomie de la clause d’arbitrage. Effectivement, La nouvelle loi 95-17 en matière d’arbitrage continue sur cette lancée d’autonomie à la faveur de l’arbitrage. L’article 8 de la loi énonce que : « *La clause compromissoire est indépendante des autres clauses du contrat. La nullité, l’annulation, la résiliation, la révocation, le terme, la caducité ou la cessation de ses effets pour quelque cause que ce soit, n’a aucun effet sur la clause compromissoire qu’il contient, si cette clause est valable* ». Si l’indépendance de la convention d’arbitrage était déjà entérinée par l’article 318 du CPC<sup>173</sup> marocain, le législateur apporte ici des précisions mettant la lumière sur le caractère parallèle de la procédure d’arbitrage, et de la procédure juridictionnelle étatique qui s’appliquerait potentiellement en cas de vices affectant les autres clauses du contrat.

Effectivement, non seulement les potentielles vicissitudes du contrat principal n’influence pas la validité de la convention d’arbitrage, mais de plus, il n’y a même pas de suspension de la procédure d’arbitrage pendant la période où il est statué sur la validité du contrat principal. L’indépendance de la convention d’arbitrage est absolue, le déroulement de sa procédure se tient quel que soit la situation du reste du contrat. De plus, le législateur élargit les pouvoirs du tribunal arbitral en autorisant celui-ci à statuer sur la validité du contrat principal. Cette position est logique dans la mesure où la clause compromissoire standard étend le pouvoir de l’arbitre à l’intégralité des litiges issus du contrat, il s’agit donc d’une de ses fonctions primaires que de juger de la validité du contrat principal, et de sa nullité. Cela justifie même l’indépendance de la clause d’arbitrage, qui permet de conserver la compétence de l’arbitre en cas de nullité du contrat, et justement, de permettre à l’arbitre de statuer sur cette nullité.

---

<sup>173</sup> Article 8 du Code de l’arbitrage ratifié le 13 juin 2022

## **Partie 1 : La formation de la convention d’arbitrage**

La formation de la convention d’arbitrage traduit le point de départ de l’efficacité de l’arbitrage. Effectivement, d’un système juridique à un autre, la faveur de la convention d’arbitrage peut se mesurer dès le stade de la formation de la convention d’arbitrage, selon la souplesse du régime et l’efficacité des conditions encadrant la formation de la convention d’arbitrage. Également, l’efficacité de la convention d’arbitrage se détermine à sa force et à sa solidité, étant entourée de garanties assurant son efficacité optimale lorsque des obstacles se dressent pour nuire à l’efficacité de cette convention. Il ne s’agira donc pas d’étudier tous les critères et les conditions qui entourent la validité de la formation de la convention d’arbitrage, mais de se concentrer sur les points forts œuvrant pour son efficacité, et les faiblesses au sujet desquelles nous suggérerons des solutions pour redonner à la convention d’arbitrage son efficacité. Il s’agira donc dans un premier temps d’étudier les conditions de validité de la convention d’arbitrage (**Titre 1**). D’autre part, si la convention d’arbitrage est souvent rédigée de manière très succincte, son contenu est essentiel pour définir sa portée et son rayonnement. De cette rédaction dépend également les intérêts en jeu et le champ d’application des litiges auxquels elle est soumise, ce qui participe de son efficacité pratique. Il conviendra donc d’analyser le contenu obligatoire de la convention d’arbitrage, mais également son contenu essentiel, qu’il est recommandé d’ajouter pour accroître son efficacité (**Titre 2**).

## **Titre 1 : Les conditions de validité de la convention d’arbitrage**

Avant d’aborder les conditions de fond et de forme classiques de la convention d’arbitrage (**Chapitre 2**), il conviendra d’établir un cadre préalable qu’il faut impérativement respecter dans la mesure où le champ d’application de la convention d’arbitrage est circonscrit à la fois légalement par les limites de l’arbitrabilité, mais également par le consentement à l’arbitrage dans la mesure où l’arbitrage ne peut s’imposer sans le consentement des parties, contrairement à la justice étatique (**Chapitre 1**).

### **Chapitre 1 : Le cadre d’application de la convention d’arbitrage**

Avant de vérifier les conditions intrinsèques à la convention d’arbitrage, il convient impérativement de vérifier que le litige est bel et bien arbitral (**Section 1**) et que les parties ont consenties à le soumettre à l’arbitrage (**Section 2**).

#### *Section 1 : Arbitrabilité et efficacité*

Il s’agira de procéder à l’analyse de l’arbitrabilité à l’aune du droit français qui constitue un modèle d’efficacité (**A**), pour ensuite vérifier si le droit marocain est conforme aux standards de ce modèle, reflet des exigences internationales (**B**).

#### **A. Une approche de la notion d’arbitrabilité élargie en droit français**

L’arbitrabilité est au cœur de l’efficacité de l’arbitrage. Ceci se manifeste à deux niveaux. D’une part, si le champ d’application de l’arbitrage est large et les critères d’arbitrabilité souples, alors la matière arbitrale trouve un terrain fertile pour s’épanouir et se ramifier (**Paragraphe 1**). D’autre part, il est évident que l’inarbitrabilité de certaines matières est inévitable. A ce niveau, la corrélation entre efficacité de l’arbitrage et l’arbitrabilité se traduit par la clarté et la précision des critères encadrant les matières inarbitrables (**Paragraphe 2**). Effectivement dans l’hypothèse d’un encadrement vague et incertain, la porte serait ouverte à des recours en annulation de la sentence sur le fondement de l’invalidité de la convention d’arbitrage du fait de l’inarbitrabilité de l’objet du litige.

### Paragraphe 1: Champ d'application de l'arbitrage

**123. Arbitrabilité et ordre public.** L'étude de la notion d'arbitrabilité mènera principalement à étudier les rapports entre ordre public et arbitrage, dans la mesure où l'ordre public est le principal obstacle qui vient se dresser face à l'épanouissement de l'arbitrabilité puisque nous le verrons ultérieurement, il est à la source de la majeure partie des critères d'inarbitrabilité. Effectivement, «*la faveur à l'arbitrage international commence par l'adoption d'un critère d'arbitrabilité souple, libéral et large, car non fondé sur le concept d'ordre public qui est par définition un concept « à contenu variable » et flou*»<sup>174</sup>. Ainsi, plus les contours de l'arbitrabilité sont souples, plus ils peuvent être interprétés largement à la faveur d'un élargissement du champ de l'arbitrabilité. N'étant pas le cas ni en droit français ni en droit marocain, il conviendra d'étudier l'approche de l'ordre public vis-à-vis de l'arbitrage, et également le rôle de l'arbitre de juger de la violation de l'ordre public.

**124. Arbitrabilité et licéité objective.** Cette corrélation s'explique également par le fait que l'arbitrabilité participe de la licéité objective de la convention d'arbitrage. Si la pénalisation des vices du consentement trouve son fondement dans la protection des parties, l'arbitrabilité quant à elle a une visée de protection de l'intérêt général. Effectivement, il s'agit de réserver à la justice étatique l'exclusivité du traitement de certaines matières, ou de certains litiges impliquant des personnes morales de droit public, afin que la rigueur de la justice étatique et de l'application de la loi nationale soient assurées, et non pas soumises aux aléas que peut comporter l'arbitrage, notamment du fait de la liberté des parties dans le choix des arbitres et de la loi applicable. Ainsi, l'efficacité de la convention d'arbitrage se voit matériellement limitée par le respect de l'ordre public, qui se traduit ici par la protection de certaines matières et leur exclusion du domaine de l'arbitrage. Le lien est direct avec l'efficacité puisque si une matière non arbitrale fait l'objet d'une convention d'arbitrage, cette dernière sera automatiquement invalide, et s'expose au risque d'être annulée à chaque moment de la procédure, et le cas échéant, inévitablement de se voir refuser l'exequatur. Il est donc essentiel d'étudier les contours de l'arbitrabilité et des matières arbitrables, en amont de la rédaction d'une convention d'arbitrage afin d'en mesurer, et surtout d'en assurer l'efficacité.

---

<sup>174</sup> L. Chedly , op. cit. , p. 322

- 125. Notion d’arbitrabilité.** De prime abord, l’arbitrabilité d’un litige se traduit par « *sa faculté à être résolu par voie d’arbitrage* »<sup>175</sup>. Elle se décline elle-même en deux facettes, d’une part l’arbitrabilité objective, et de l’autre, l’arbitrabilité subjective, encadrés par les articles 2059 et 2060 du Code civil. Ainsi, plus le champ d’application de l’arbitrabilité est large, plus l’efficacité de l’arbitrage est développée du fait de l’accroissement de son rayonnement.
- 126. Intervention de la jurisprudence nécessaire.** Malgré cet encadrement législatif qui sera détaillé ultérieurement la difficulté principale dans cette matière se traduit par la détermination des critères d’arbitrabilité, dans la mesure où les matières touchées par une potentielle inarbitrabilité sont en mouvance constante au gré des réformes, des évolutions et de l’adaptation aux besoins du commerce international. C’est ici qu’intervient la jurisprudence qui permet l’interprétation des exigences législatives, et qui a elle-même des difficultés à s’adapter notamment à la mouvance et à la largesse aux contours parfois flous des matières non arbitrables. Il convient également de se demander s’il faudrait, au-delà des restrictions de la loi, rechercher d’autres critères d’inarbitrabilité. Il y a notamment un important débat doctrinal au sujet de la compétence exclusive des tribunaux étatiques, qui tendrait à s’ériger en critère d’inarbitrabilité, et que nous étudierons à la lumière du droit marocain.

#### Paragraphe 2: Critères d’inarbitrabilité

- 127. Critères d’inarbitrabilité en matière interne.** Ainsi, l’arbitrabilité est appréciée de façon assez classique par le droit français, excluant les matières qui touchent à l’ordre public, subdivisée entre les questions intéressant l’état et la capacité des personnes d’une part, et d’autre part les contestations intéressant les collectivités publiques et les établissements publics. S’il est aisé de déterminer l’inarbitrabilité lorsque cette dernière touche à des blocs de matière déterminées, la question se complique lorsqu’il s’agit de se fonder sur un faisceau d’indices. A l’aune de l’étude de la législation du droit français, deux critères ressortent : l’indisponibilité des droits aux termes de l’article 2059 du Code civil et l’atteinte à l’ordre public en application de l’article suivant. Il s’agira principalement d’étudier dans quelles mesures l’appréciation plus ou moins laxistes de ces critères est au service de l’efficacité de la convention d’arbitrage.

---

<sup>175</sup> Bulletin Juridique des Assurances n°61, Janvier 2019, n 1, Doctrine – Une redéfinition des contours de l’arbitrabilité du litige par Joséphine Hage Chahine et Chiraz Abid



**128. Critères d'inarbitrabilité en matière internationale.** Il faut tenir compte du fait que les critères de l'article 2059 et 2060 du Code civil ne sont pas applicables en matière internationale. Le seul critère en arbitrage international quant à la détermination de l'arbitrabilité se traduit par l'exigence de respect de l'ordre public international. L'arbitrage international est donc plus souple que l'arbitrage interne dans la mesure où il écarte tout un pan de matières qui en arbitrage interne sont automatiquement inarbitrables. En ce sens, il fait preuve d'une plus grande efficacité et souplesse, mais il est difficile de transposer cela à l'arbitrage interne dans la mesure où certaines matières sont fermement protégées. Les contours de l'ordre public international sont eux-mêmes difficiles à déterminer, et peuvent varier d'un ordre juridique à l'autre. Ne serait-il pas plus efficace d'établir des règles matérielles d'arbitrage international applicables à l'arbitrabilité ? MM. Seraglini et Ortschendeit propose une approche plus nuancée qui se traduit par le fait de « *raisonner à partir de ces normes et vérifier leur applicabilité au litige ainsi que l'étendue exacte de la restriction qu'elles posent* »<sup>176</sup>. Il s'agit ainsi d'une approche efficace car pragmatique qui permet de traiter de l'arbitrabilité de façon casuistique, vérifiant son applicabilité pratique d'un litige à un autre.

**129. Souplesse des instruments internationaux.** Les instruments internationaux proposent également une réponse à la question des contours de l'arbitrabilité<sup>177</sup>. Effectivement, l'article 2 paragraphe 1 de la Convention sur la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères énonce que les États doivent reconnaître par écrit tout accord « *concernant un objet susceptible d'être réglé par arbitrage* ». L'article 5 ajoute que le refus de reconnaître ou d'exécuter une sentence arbitrale peut se fonder sur le fait que « *l'objet de la différence n'est pas susceptible d'être réglé par arbitrage en vertu de la législation de ce pays* ». Ainsi, l'inarbitrabilité est clairement un fondement de refus de reconnaissance et d'exécution de la sentence arbitrale. Or, la Convention ne pose pas de standards d'arbitrabilité ce qui peut être interprété comme un signe de souplesse et d'efficacité, dans la mesure où la seule contrainte se traduit par le respect du droit interne. L'utilisation du terme « objet » est elle-même générique et sujet à interprétation, ne visant pas particulièrement les matières inarbitrables, ou l'atteinte à l'ordre public par exemple. La loi type CNUDCI a une position tout aussi souple, en adoptant un article 34 paragraphe 2(b) qui se limite à énoncer que la sentence arbitrale peut être annulée si l'objet du litige ne peut être réglé par arbitrage en vertu du droit interne. Ainsi,

---

<sup>176</sup> Christophe Seraglini et Jérôme Ortschendeit, op. cit.

<sup>177</sup> Convention de New York de 1958, art. II (1) et V (2)(a) – Loi-type CNUDCI, art. 34 (2)(b)(i) et 36 (1)(b)(i)

les instruments internationaux font preuve de souplesse. Il s'agit de déterminer si les législations nationales, en l'espèce marocaine et française, répondent à ces standards d'efficacité, de telle sorte qu'elles peuvent se positionner de façon concurrentielle sur la scène internationale.

- 130. L'arbitrabilité ratione materiae.** En droit français, l'arbitrabilité objective, ou *ratione materiae* est encadrée par les articles 2059 et 2060 du Code civil. La définition positive de l'arbitrabilité est large puisque l'article 2059 dispose que « *toutes personnes peuvent compromettre sur les droits dont elles ont la libre disposition* ». L'article 2060 du Code civil étaye cette définition en listant lesdits droits dont la disposition n'est pas libre et qui sont « *les questions d'état et de capacité des personnes [...] celles relatives au divorce et à la séparation de corps* ». Ces articles encadrent donc les matières susceptibles d'être arbitrables, et répondant donc aux critères d'arbitrabilité objective. Nous ne considérons pas que l'inarbitrabilité de certaines matières soit forcément synonymes d'inefficacité de l'arbitrage. Effectivement, la recherche d'efficacité a pour concurrence, qui est tout aussi importante, la protection des parties faibles et le maintien de la sécurité juridique. Nous verrons ci-dessous que ces matières sont justement exclues, dans la mesure où le cas contraire donnerait lieu à des situations chaotiques.
- 131. Les matières inarbitrables.** Certaines matières sont par principe exclues de l'arbitrage, que ce soit sur le plan interne ou international. C'est le cas des matières extrapatrimoniales tel que le divorce, et de façon générale, toutes les « *questions d'état et de capacité des personnes* ». Certains droits patrimoniaux sont également indisponibles en droit français de l'arbitrage, le critère prégnant demeure donc l'indisponibilité des droits et non pas leur caractère patrimonial ou extrapatrimonial. C'est ainsi que sont inarbitrables les questions de baux commerciaux, et de baux ruraux. Les droits des brevets et des marques sont également inarbitrables dans la mesure où le droit qui le gouverne intéresse, et surtout a des conséquences sur les tiers. Pour la même raison, le droit des procédures collectives est également inarbitrable. En tout état de cause, l'indisponibilité n'est pas une notion gravée dans le marbre. Il convient de procéder à certaines distinctions.
- 132. Distinctions.** Nous pouvons distinguer les droits extrapatrimoniaux, qui sont totalement hors du commerce juridique, tel que les droits sur la personne et qui sont définitivement indisponibles, des droits protégés par l'ordre public. Il s'agit de « *droits garantis par une*

*réglementation impérative, parce qu’on craint que leurs titulaires ne soient pas suffisamment armés pour les défendre eux-mêmes* »<sup>178</sup>. Ainsi, il s’agit d’avantage d’une protection de l’exercice même du droit, plutôt que de son essence qui ne serait pas arbitral. Cette distinction a été établie par MM. Seraglini et Ortscheidt, issue de la distinction entre ordre public et ordre public juridictionnel visé par l’article 2059 et qui traduit d’avantage une protection processuelle des droits. Cette distinction est importante dans la mesure où si un droit est protégé par une règle d’ordre public dans son fond, cela ne signifie pas qu’il est inarbitral. Il s’agit également de s’interroger sur le fondement de cette inarbitralité. Cela est très clair, il y a une volonté de protection de la part du législateur du fait d’une méfiance archaïque de ce dernier à l’égard de l’arbitrage, qui est aujourd’hui largement dépassée. La justification moderne de cette inarbitralité se traduit alors par l’inadaptabilité de cette procédure « *à l’égard de certaines parties comme les consommateurs, les salariés, ou les autres parties dites en situation de faiblesse* »<sup>179</sup>. Le droit français est en ce sens louable pour sa position favorable à l’arbitrage, dans la mesure où il maintient une ouverture laissant lieu à une potentielle évolution de certaines matières vers l’arbitralité s’il est considéré qu’elles n’ont plus besoin d’être protégées par les juridictions étatiques. L’efficacité de l’arbitrage ne se mesure pas exclusivement vis-à-vis de la largesse du champ d’application de l’arbitralité, mais également du fait de la souplesse des lois laissant une marge importante à une évolution et une interprétation favorable. Également, la jurisprudence a rapidement évolué dans un sens favorable à l’arbitrage et à l’élargissement du champ d’application de l’arbitralité, afin de répondre aux exigences des standards internationaux, appuyant ainsi l’efficacité de la convention d’arbitrage.

- 133. Une approche jurisprudentielle évoluant vers la souplesse.** L’appréciation de l’arbitralité objective par la jurisprudence française a évolué. Originellement, elle s’est montrée extrêmement stricte vis-à-vis de l’arbitralité *ratione materiae* des litiges en matière internationale. Par un arrêt rendu le 9 février 1954, la Cour d’appel de Paris a refusé de reconnaître la compétence d’une juridiction arbitrale au sujet d’un contrat portant sur des marchandises taxées, au motif que la taxation des marchandises relève de l’ordre public<sup>180</sup>. L’arrêt Tissot vient assouplir cette position, en cassant un arrêt qui a confirmé une ordonnance

---

<sup>178</sup> E. Loquin, “Arbitrage-conventions d’arbitrage-conditions de fond-Litige arbitral”, J. Cl. Proc.civ., fasc. 1024 n° 24 et s.

<sup>179</sup> C. Seraglini et J. Ortscheidt, op. cit., 113 n° 104.

<sup>180</sup> D. 1954, p. 192

d'exequatur s'agissant d'un litige relatif au marché de l'orge, énonçant qu'en ne recherchant pas « *si le prix de l'orge vendu excédait le cours du 1<sup>er</sup> septembre 1939, ce qui rendant la vente contraire à l'ordre public, eût interdit qu'elle fit l'objet d'un compromis* », la Cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision. Contrairement à la position antérieure, qui jugeait de l'arbitrabilité de la matière théoriquement, excluant la validité de toute convention d'arbitrage qui touche à une matière d'ordre public, cette position a une approche fonctionnelle, ne retenant pas automatiquement l'inarbitrabilité, mais prenant en considération l'atteinte concrète à l'ordre public.

- 134. Pragmatisme jurisprudentiel.** Il s'agit non pas d'apprécier exclusivement si la matière est d'ordre public, mais si le fond du litige, porte atteinte à l'ordre public. Nous ne pouvons qu'applaudir l'approche pragmatique et fonctionnelle adoptée par la Cour de cassation, qui assure l'efficacité de la convention d'arbitrage alors même qu'elle porte sur une matière d'ordre public. Il s'agit d'aller au-delà des critères généraux théoriques pour apprécier au cas par cas et de façon concrète si l'ordre public a été violé.
- 135. Maintien de ce positionnement.** Cette position est confirmée par la Cour de Paris dans deux arrêts du 15 Juin 1956, qui retiennent que : « *S'il est de principe que le compromis est interdit sur toute cause intéressant l'ordre public, cette règle ne signifie pas et n'a jamais signifié que tout litige relatif à une opération soumise à certains égards à une réglementation présentant un caractère d'ordre public se trouverait de ce fait soustrait à tout arbitrage ; qu'elle n'a qu'une portée beaucoup plus restreinte et n'emporte nullité du compromis que si l'opération ou la convention litigieuse à laquelle il a trait, se trouve être illicite et frappée d'invalidité comme ayant effectivement contrevenu à l'ordre public (...)* »<sup>181</sup>.
- 136. Justification.** Cette approche pragmatique est efficace puisque l'objectif de protection de l'ordre public est sauvegardé sans pour autant créer un automatisme handicapant entre une question touchant à l'ordre public et son inarbitrabilité, qui ne sert au final aucun objectif. Ainsi, il ne suffit pas qu'un litige soit relatif à des matières d'ordre public, mais qu'il y ait une véritable violation concrète de ce dernier.
- 137. Critiques jurisprudentielles.** La seule critique qui pourrait être formulée à cet égard se traduirait par une interrogation au sujet d'un potentiel dépassement du juge étatique des

---

<sup>181</sup> D. 1957, p. 587

pouvoirs qui lui sont accordés en matière d'arbitrage. Son contrôle est supposé être minime, au même titre que les recours en annulation, et non pas porter sur le bienfondé du litige ou des prétentions des parties. Au demeurant, il s'agit d'une politique jurisprudentielle in favorem de l'arbitrage, et adaptée à l'évolution de cette matière qui est de plus en plus en concurrence avec la justice étatique. Dans la mesure où l'ordre public est préservé par le pouvoir accordé au tribunal arbitral de juger de sa violation, il n'y a aucune raison pragmatique d'ériger un obstacle supplémentaire à la pratique de l'arbitrage. Cela amène à la seconde question qui se pose et qui est celle du pouvoir de l'arbitre de sanctionner une violation de l'ordre public.

138. **Élargissement des pouvoirs de l'arbitre à la faveur de l'arbitrage.** Le pouvoir de l'arbitre de constater une atteinte à l'ordre public n'a été accordée à l'arbitre qu'en 1980 par un arrêt rendu le 20 janvier 1989 par la Cour d'appel de Paris<sup>182</sup>. C'est un arrêt majeur au service de l'efficacité et de l'assouplissement de la procédure arbitrale dans la mesure où cette question ne constitue plus un fondement pour l'interruption de la procédure d'arbitrage. Le véritable tournant qui a permis l'émancipation de l'arbitrabilité vis-à-vis de l'ordre public demeure l'arrêt Ganzi, rendu par la Cour d'appel de Paris le 29 mars 1991. La Cour a non seulement reconnu le pouvoir de l'arbitre de reconnaître une atteinte à l'ordre public, mais également de sanctionner ces violations, en retenant que : « *En matière internationale l'arbitre (...) dispose du pouvoir d'appliquer les principes et règles relevant de l'ordre public ainsi que de sanctionner leur méconnaissance éventuelle, sous le contrôle du juge de l'annulation* ». Le juge nuance toutefois ces propos puisqu'il exclut de ce contrôle « *les cas où la non-arbitrabilité relève de la matière en ce qu'elle intéresse au plus près l'ordre public international et exclut de manière absolue la compétence arbitrale du fait de la nullité de la convention d'arbitrage* ». Ainsi, l'arbitre a la compétence de juger de règles d'ordre public et de sanctionner leur violation, ce qui traduit une avancée considérable en termes d'efficacité et d'assouplissement de la procédure dans la mesure où il n'est plus tenu de surseoir à statuer lorsque ces questions lui sont posées. Toutefois, cette nouvelle compétence n'est pas sans limite, l'arbitre ne pouvant statuer sur les matières inarbitrables ou dans les cas où la convention d'arbitrage est nulle. Une telle position est logique dans la mesure où si ces cas se présentent, l'incompétence de l'arbitre est manifeste sans qu'il ait besoin d'analyser les questions avec plus de profondeur.

---

<sup>182</sup> CA Paris, 20 janvier 1989, n°94476

- 139. Consécration en arbitrage international.** Cette solution a été réitérée en matière internationale par l'arrêt Labinal en 1993. Cet arrêt fait preuve de libéralisme dans la mesure où il retient que « *l'arbitrabilité d'un litige n'est pas exclue du seul fait qu'une réglementation d'ordre public est applicable au rapport de droit litigieux* » et poursuit en retenant que « *l'arbitre a compétence pour apprécier sa propre compétence quant à l'arbitrabilité du litige au regard de l'ordre public international et dispose du pouvoir d'appliquer les principes et règles relevant de cet ordre public, ainsi que de sanctionner leur méconnaissance éventuelle sous le contrôle du juge de l'annulation* ». Un pas a dès lors été franchi s'agissant de l'indépendance des arbitres dans la conduite de leur office. Ainsi, le critère d'atteinte à l'ordre public est désormais archaïque dans la mesure où l'appréciation des potentielles violations relève de l'arbitre sans que l'intervention du juge étatique soit nécessaire.
- 140. Justifications.** Ceci se justifie notamment par le contrôle a posteriori qui demeure ouvert au juge étatique. Pour M. Racine<sup>183</sup> : « *la voie à l'arbitrage n'a été ouverte ex ante que parce qu'un contrôle ex poste reste possible, dès lors que l'arbitre exercera sa compétence pour appliquer et sanctionner des règles d'ordre public sous le contrôle du juge étatique* ». Effectivement, peu importe la position prise par l'arbitre, et sa validation de la convention d'arbitrage, une fois la sentence rendue, des recours sont ouverts aux parties, notamment le recours en annulation, permettant au juge étatique, in fine, d'exercer son contrôle. En tout état de cause, une telle indépendance projette également des vertus d'efficacité procédurale. Dès lors, un arbitre n'a pas besoin de surseoir à statuer en attendant qu'un juge étatique statue sur la question de l'arbitrabilité, dont il peut juger lui-même.
- 141. L'arbitrabilité subjective.** S'agissant de l'arbitrabilité subjective ou *ratione personae*, l'article 2060 du Code de procédure civile dispose que « *l'on ne peut compromettre (...) sur les contestations intéressant les collectivités publiques sur les établissements publics* ». Ainsi, les personnes morales de droit public, se traduisant par les collectivités publiques et les établissements publics sont dénués du pouvoir de compromettre et ne peuvent être partis à une convention d'arbitrage. L'alinéa 2 de l'article 2060 nuance ces exceptions puisque certaines catégories d'établissements publics à caractère industriel et commercial sont autorisées à compromettre.

---

<sup>183</sup> J.-B. Racine, op. cit., p. 168

- 142. Exceptions encadrées.** Cette autorisation est limitative et encadrée, puisqu'elle se fait uniquement par décret. Le critère derrière cette interdiction est une volonté de protéger l'ordre public. L'article 2060 du Code civil vise « *toutes les matières intéressant l'ordre public* ». Cette formulation est dangereuse du fait de son caractère large, et nécessite une interprétation pour déterminer sa portée, dont la largesse pourrait exclure de nombreuses matières et nuire à l'efficacité pratique de l'arbitrage.
- 143. La souplesse jurisprudentielle.** En tout état de cause, la jurisprudence est très souple. Ainsi, le 10 avril 1957<sup>184</sup>, la Cour d'appel de Paris rend un arrêt qui limite l'inarbitrabilité *ratione personae* des Etats aux « *contrats d'ordre interne et sans application pour les conventions ayant un caractère international* ». Ainsi, l'arbitrage international est écarté de l'inarbitrabilité, alors même qu'il s'agit du contentieux le plus conséquent pour les Etats, ce qui est extrêmement favorable à l'efficacité du champ d'application de l'arbitrabilité. Cet arrêt retient également que l'interdiction faite aux Etats de compromettre ne relève pas de l'ordre public international. Cette solution a été reprise par la jurisprudence, qui donne notamment comme justification les besoins du commerce international<sup>185</sup>. Il s'agit ainsi d'un libéralisme extrême à l'égard de l'arbitrabilité *ratione personae* touchant aux personnes morales d'ordre public. Cela traduit un tournant majeur d'un point de vue de l'efficacité de la convention d'arbitrage, dans la mesure où l'inarbitrabilité est réduite « aux contrats d'ordre interne », ce qui traduit une extrême minorité des contrats, dans la mesure où l'Etat voit progressivement son rôle se développer sur la scène politique et économique internationale, et la multiplication de contrats internationaux en découler. Il s'agit d'un véritable revirement puisque, historiquement, le droit français fait preuve de sévérité. L'article 1004, dans sa rédaction originelle de 1806 disposait que « l'on ne peut compromettre (...) sur aucune des contestations qui seraient sujettes à communication au ministère public ». La jurisprudence a interprété cet article comme une prohibition de l'Etat et des collectivités publiques de compromettre. Une telle position n'est absolument plus à l'ordre du jour.
- 144. Consécration internationale.** S'agissant des conventions internationales, la convention de Genève<sup>186</sup> énonce que :

---

<sup>184</sup> JCP G 1957, II, 10078, note H Motulsky ; JDI 1958, p. 1002, note B. Goldman ; Rev. Crit. DIP 1958, p. 120, note Y. Loussouarn ; D. 1958, p. 699, obs. J. Robert

<sup>185</sup> Affaire San Carlo, Cour de cassation, 1<sup>er</sup> Avril 1964

<sup>186</sup> Article II Paragraphe Ier de la Convention de Genève du 21 avril 1961

*« Dans les cas visés à l'article 1, paragraphe 1, de la présente convention (c'est-à-dire au regard des conventions d'arbitrage et des sentences entrant dans son domaine d'application) les personnes morales qualifiées par la loi qui leur est applicable de personnes morales de droit public ont la faculté de conclure valablement des conventions d'arbitrage. ».*

La convention de Genève, à l'opposé de la législation française, pose une validité de principe de l'arbitrabilité des personnes morales de droit public. Des réserves sont toutefois énoncées au paragraphe suivant dans la mesure où un État peut choisir de limiter cette faculté en application de sa législation interne en précisant les modalités de ces limitations.

- 145. Sécurité des conventions d'arbitrage conclues par les États.** En matière de jurisprudence arbitrale internationale, le principe est que les États ne peuvent se prévaloir de leur législation restrictive pour échapper à l'application d'une convention arbitrale à laquelle ils ont librement consentis<sup>187</sup>. Effectivement, une garantie supplémentaire de l'efficacité s'est ajoutée par le fait que les personnes publiques sont interdites de violer leur engagement d'arbitrage, au nom du respect de la sécurité du commerce international. De nombreuses sentences ont considéré que cela constituait une violation de l'ordre public transnational. Ainsi, une sentence CCI n°4381 a retenu que :

*« Considérant que c'est donc de bonne foi que (le demandeur) a donné son accord à la clause d'arbitrage, et qu'il faut par conséquent considérer l'inaptitude (du défendeur) à compromettre comme inopérante, en raison de sa non-conformité avec l'ordre public international dont la mise en jeu ne pourrait pas être exclue par l'application du droit iranien (...) ».*

Cet arrêt est intéressant car il démontre une appréciation souple de la part des arbitres dans la mesure où la partie se rétractant de l'arbitrage était une entreprise publique iranienne, dont le droit interne assujettit l'engagement à l'arbitrage à des autorisations qu'elle n'a pas obtenues. Il s'agit d'une application extensive du principe de l'article 1134 du Code civil en vertu duquel les conventions légalement formées tiennent lieu de loi. Nous pouvons ici avancer que les conventions légalement consenties tiennent lieu de loi.

---

<sup>187</sup> Affaire CCI n°1939



## **B. Une approche de la notion d'arbitrabilité progressive en droit marocain**

Pour la doctrine marocaine, la question de l'arbitrabilité des personnes morales est historiquement au cœur d'une contradiction entre deux impératifs.<sup>188</sup> Ainsi, elle considère que s'oppose l'impératif de protection de la souveraineté aux exigences de coopération économique internationale et qu'en conséquence « *ce problème se pose avec d'autant plus d'acuité qu'il faut reconnaître que comparer un Etat à une société privée, c'est omettre l'existence d'une différence fondamentale entre leurs statuts, leur rapport et leurs finalités : une société est une entité qui poursuit une finalité économique tandis qu'un Etat ou un organisme étatique n'aspire pas nécessairement à atteindre le même objectif* ». Cette position est assez simpliste et réductrice de la structure de l'Etat dans la mesure où les impératifs d'ordre économique se présentent comme vitaux quant à la bonne conduite et la survivance d'un Etat. En tout état de cause, l'arbitrabilité en matière de contrats internationaux conclus par une personne morale de droit public émanant de l'état est acceptée et même encouragée au Maroc. Le critère est ici économique, dans la mesure où si le litige est relatif à une matière touchant à l'ordre public est inarbitrable, à moins que l'Etat joue un rôle et se comporte comme une entité économique au sein de ce litige. L'élargissement de l'arbitrabilité en droit marocain a été progressif (**Paragraphe 1**), mais que le résultat en pratique demeure mitigé (**Paragraphe 2**).

### Paragraphe 1: L'élargissement progressive du champ d'application de l'arbitrabilité

146. **Dualité entre une position doctrinale sévère et une souplesse jurisprudentielle.** La question de l'arbitrabilité en droit marocain, s'est posée très tôt, s'agissant de la capacité des personnes publiques à compromettre. Ainsi, M. Rabiah considérait que « *sur le plan constitutionnel, nous pensons, tout d'abord, être en droit de nous interroger sur la compétence du législateur pour interdire à l'Etat et donc à son cocontractant, le recours à l'arbitrage de manière générale et absolue et la nécessité de revenir devant le législateur, au cas par cas, pour permettre le recours à l'arbitrage lorsqu'une personne publique est concernée* »<sup>189</sup>. Cette position est extrêmement sévère, dans la mesure où elle entraîne une exclusion totale et radicale de l'Etat et de ses émanations de la sphère de l'arbitrage. Une telle approche est

<sup>188</sup> M. Koudanne, L'arbitrage et l'Etat, GTM n.s. n°72, novembre-décembre 1994, p. 39

<sup>189</sup> L'arbitrage commercial interne et international, Cahiers de la cour, Rabat, op. cit., p. 40 ; Voir N. Belghazi, l'Etat, désormais soumis à l'arbitrage, l'Economiste, 2 Mars 2006.

dangereuse puisqu'elle réduit à néant un pan important de l'arbitrage des investissements, domaine au sein duquel les contrats lient souvent investisseurs et États.

**147. Consécration législative.** Cette position, pourtant restrictive, a pourtant été adoptée par les deux premiers codes de procédure civile, de 1913, puis de 1974, interdisant aux entités publiques toute capacité à compromettre, du moins en arbitrage interne. Toutefois, en arbitrage international, cette faculté n'a jamais été déniée aux entités publiques, certaines collectivités prenant elles-mêmes l'initiative d'entamer la procédure d'arbitrage, comme ce fut le cas d'une célèbre affaire ayant opposé la communauté urbaine de Casablanca à une société française<sup>190</sup>. Cette approche n'est pas unanime dans la mesure où il est arrivé qu'une entité publique marocaine conteste la compétence du tribunal arbitral au motif d'une violation de l'ordre public du fait du statut de personne publique de la partie défenderesse. A cet argument, la Cour d'appel de Casablanca a répondu par un arrêt rendu le 21 juin 1983<sup>191</sup>, en rappelant dans un premier temps que l'Etat ne peut effectivement pas compromettre sur les droits relatifs au domaine public ou à l'application des décisions administratives, mais que cela n'entrave pas sa capacité à compromettre sur tout ce qui est relatif à ses activités d'ordre commercial<sup>192</sup>. Effectivement, elle retient que :

*« Attendu qu'aux termes du dahir du 7 septembre 1963, l'activité de l'appelant consiste à exporter, stocker commercialiser et emballer le thé et le sucre, que dans le cadre de cette activité, il est soumis aux règles commerciales en vigueur, qu'à ce titre lorsqu'il accomplit une activité commerciale, l'appelant, contrairement à ce qu'il prétend, est soumis au régime de droit privé et non au droit public.<sup>193</sup> ».*

Ainsi, la Cour d'appel a ici analysé le statut du plaideur exclusivement dans la dimension de son activité, qui est commerciale, et le soumet donc au droit privé, et ce d'autant plus qu'elle n'implique aucun acte administratif, en excluant l'étude de la personne morale intrinsèquement, et ce quand bien même elle n'aurait pas de « *patrimoine susceptible d'être géré par lui-même* » et constitue donc purement et simplement une émanation de l'Etat. On ne peut que saluer le libéralisme et la souplesse d'esprit de la jurisprudence marocaine qui a été en faveur de l'efficacité de la convention d'arbitrage. D'un point de vue pratique, la

---

<sup>190</sup> Sentence rendue le 30 septembre 1987 ; cass. Civ. 1<sup>ère</sup> Ch. 15 juin 1994, Dégrémont c. La communauté urbaine de Casablanca, Rev. Arb., 1995, p. 90

<sup>191</sup> Rev. Mar. dr., 1988, p. 118; Yearbook, 1996, Vol. XXI, p. 627

<sup>192</sup> J. P. Razon, Les institutions judiciaires..., o.p. cit., p ; 315

<sup>193</sup> M. Rousset & J. Garagon, Droit Administratif Marocain, Remald, 2014

protection de l'ordre public n'avait aucune justification alors même que la personne morale en question agissait ni plus ni moins qu'au service de sa casquette commerciale.

**148. Constance jurisprudentielle.** Depuis, la jurisprudence est demeurée constante dans son appréciation des contrats conclus par des établissements publics dans le cadre d'une activité commerciale, montrant également un libéralisme particulier lorsqu'il s'agit de contrats internationaux. Il est également intéressant de constater la différence de raisonnement entre le juge marocain et le juge français. Là où ce dernier se fonde sur un critère purement juridique visant à protéger l'ordre public, le juge marocain a un raisonnement pratique et pragmatique fondé sur le comportement et l'activité de la personne morale de droit public. Ce dernier critère peut être considéré comme étant plus efficace, dans la mesure où l'arrêt Tissot, aurait pu considérer que le litige était inarbitrable s'il y avait une atteinte à l'ordre public, alors même que l'émanation de l'État a une casquette économique. L'approche jurisprudentielle marocaine « avorte » l'argument d'inarbitrabilité dès lors que l'État accomplit une activité économique.

**149. Consécration législative conforme aux standards internationaux d'efficacité.** Cette position jurisprudentielle avant-gardiste a été confortée par la réforme de 2007. La loi 08-05 a considérablement réduit le champ de l'inarbitrabilité, se positionnant en faveur de l'efficacité de la convention d'arbitrage. Ainsi l'article 310 du Code de procédure civile énonce que « *Les litiges relatifs aux actes unilatéraux de l'Etat, des collectivités locales ou autres organismes dotés de prérogatives de puissance publique ne peuvent faire l'objet d'arbitrage. Toutefois, les contestations pécuniaires qui en résultent peuvent faire l'objet d'un compromis d'arbitrage. [...]* ». Ainsi, le critère en droit marocain est un critère pécuniaire, l'Etat étant autorisé à conclure une convention d'arbitrage tant qu'elle recouvre ses activités économiques. Pour M. Chedly, « *sans arbitrabilité des litiges impliquant les Etats et les personnes publiques, l'efficacité des conventions d'arbitrage serait irrémédiablement compromise, car elle exclurait de son champ les opérateurs et les opérations, les plus importants du commerce international* »<sup>194</sup>. Nous rejoignons M. Chedly sur ce point, particulièrement en matière d'investissements, les États traduisent les acteurs majeurs en la matière, et les contrats d'investissements d'ordre international comportent souvent des clauses compromissaires, et il serait difficile en pratique de mener une telle matière indépendamment

---

<sup>194</sup> Lotfi Chedly, op. cit., p. 1131

de l'arbitrage dans la mesure où États et investisseurs sont souvent de nationalités différentes, et non enclins à se soumettre à des juridictions nationales étrangères.

- 150. Absence de mention de l'ordre public.** A la lumière de ces dispositions, il convient de noter que la loi marocaine ne mentionne pas l'ordre public, contrairement notamment à la loi tunisienne en son article 7 alinéa 4 et que la protection de ce dernier a simplement été déduite des mentions à l'État. Ceci est signe de libéralisme puisque le principal obstacle à l'arbitrabilité se traduit par la protection de l'ordre public. Toutefois, sans mention expresse, l'ordre public est toutefois indirectement protégé par le biais des dispositions restreignant l'arbitrabilité de l'État et des établissements publics.
- 151. Approche comparatiste franco-marocaine.** Les dispositions marocaines relatives à l'arbitrabilité sont beaucoup plus détaillées que l'article 2060 du Code civil français. Le législateur marocain gagnerait à s'inspirer du législateur français, dans la mesure où, si d'une part, le fait d'encadrer des catégories précises limite l'inarbitrabilité, d'autre part, cela peut multiplier le contentieux puisqu'il faudra déterminer au cas par cas si un litige entre ou non dans une catégorie couverte par l'inarbitrabilité. Si la théorie est efficace puisqu'elle élargit le champ d'application de l'arbitrabilité, en pratique, la rédaction de l'article du code civil français est beaucoup plus claire et facilement applicable en cas de contentieux. Le législateur marocain aurait pu saisir l'opportunité du nouveau code de l'arbitrage marocain issu de la loi 95-17 pour simplifier et clarifier les critères d'arbitrabilité. Toutefois, il n'en est rien, l'article 16 de la loi précitée reprenant textuellement l'article 310 du Code procédure civile, sans en modifier la portée.
- 152. Critère pécuniaire.** En tout état de cause, en droit marocain, le critère de l'arbitrabilité se traduit par le caractère pécuniaire des contestations. Il s'agit d'un critère extrêmement souple et large, qui suggère que le moindre litige d'ordre pécuniaire peut donner un point de départ à la conclusion d'une convention d'arbitrage. Or, il est difficile d'imaginer une contestation qui n'implique pas de demandes pécuniaires, ce qui assure alors une extraordinaire efficacité au champ d'application *ratione personae* de la convention d'arbitrage.
- 153. Multiplications des lois étendant le champ d'application de l'arbitrage.** En parallèle, de nombreuses réformes ont pullulé élargissant sur plusieurs domaines l'arbitrabilité. Par exemple, l'article 49 du Code de la famille permet, par exception, aux époux de conclure une

convention d'arbitrage dans l'optique de gérer le patrimoine acquis postérieurement au mariage. Également, une loi sur les investissements autorise la conclusion d'une clause d'arbitrage encadrant les litiges découlant des investissements entre l'Etat et l'investisseur étranger, conformément aux traités internationaux relatifs à l'arbitrage international qui ont été ratifiés par le Maroc. Il transparaît ainsi une politique législative en faveur de l'arbitrage et de l'extension exponentielle de l'arbitrabilité dans divers domaines du droit. Plutôt que de multiplier les régimes d'exceptions, nous recommandons davantage par souci de cohérence et de clarté de poser un critère large et limpide, comme ceux des articles 2059 et 2060 du Code civil.

**154. Arbitrabilité et disponibilité des droits.** En matière d'arbitrage international, la loi 08-05, se positionne de manière équivalente au droit français, considérant que les parties peuvent compromettre sur les droits disponibles. L'article 308 du Code de procédure civile<sup>195</sup> retient effectivement que : « *Dans le respect des dispositions du Dahir du 9 Ramadan 1331 (...) toute personne capable, physique ou morale, peuvent souscrire une convention d'arbitrage sur les droits dont elles ont la libre disposition.* ». L'article suivant poursuit que « *la convention d'arbitrage ne peut concerner le règlement de litiges relatifs à l'état et à la capacité des personnes ou aux droits personnels qui ne font pas l'objet de commerce* ». Cet article a une approche équivalente de celle de l'article 2059 qui retient que : « *Toutes personnes peuvent compromettre sur les droits dont elles ont la libre disposition.* ». Une fois de plus, le droit marocain est un peu plus détaillé, listant les droits indisponibles ce qui mène également à s'interroger sur l'exhaustivité de cette liste. La jurisprudence n'a pas eu l'occasion de se prononcer à ce sujet, la question de l'inarbitrabilité de matières hors de la liste législative n'ayant pas été posée.

**155. L'arbitrabilité razione materiae.** La question de l'inarbitrabilité razione materiae amène à se poser des questions sur plusieurs matières exclues du champ de l'arbitrage, et sur la légitimité d'une telle exclusion. Principalement, le problème en droit marocain se traduit par les contradictions entre les critères imposés par les lois, et une application jurisprudentielle, qui certes est en faveur de l'arbitrabilité, mais s'écarte de la lettre législative de telle sorte que cela risque de créer une insécurité juridique. Si la législation marocaine semble en principe

---

<sup>195</sup> Repris textuellement par l'article 87 du Code de l'arbitrage ratifié le 13 juin 2022, issu de Loi n° 95-17 relative à l'arbitrage et à la médiation conventionnelle, ratifiée le 13 juin 2022, BO 7099

souple et efficace, la pratique jurisprudentielle, tente quant à elle d'interpréter ces règles dans un sens en faveur de l'élargissement de l'arbitrabilité, mais qui contient dans certains cas des effets vicieux. Nous prendrons l'exemple des baux commerciaux et du droit maritime pour illustrer ce phénomène. Dans le premier cas, la jurisprudence a fait preuve de souplesse et d'une interprétation à la faveur de l'efficacité de la convention d'arbitrage tout à fait louable. Dans le second cas, il s'agit tout simplement d'une position *contra legem*, source d'insécurité juridique.

#### Paragraphe 2 : La persistance de contradictions sources d'inefficacité

- 156. Le cas des baux commerciaux.** L'arbitrabilité des baux commerciaux est par exemple sujette à controverse en droit marocain. Le régime est encadré par un Dahir du 24 mai 1955, mais a été sujet à des sursauts jurisprudentiels. De prime abord, la jurisprudence s'est montrée extrêmement favorable à l'efficacité de l'arbitrage en matière de baux commerciaux. Par un arrêt du 24 novembre 1987<sup>196</sup>, la Cour d'appel de Casablanca a rejeté la demande d'un bailleur qui cherchait à expulser son locataire qui n'a pas accepté la révision du loyer prévue par le contrat, au motif que le contrat de location contenait une clause d'arbitrage prévoyant que les questions de révision de loyer devaient être traitées par voie d'arbitrage. Or, l'article 6 du Dahir contient une règle impérative d'ordre public, qui accorde une compétence exclusive aux tribunaux étatiques en matière de bail, en principe la matière n'est donc pas arbitrale. Toutefois, le fait d'exclure l'arbitrage à chaque règle impérative risque de vider la matière de son sens et de lui faire perdre son efficacité.
- 157. Tempéraments doctrinaux.** Pour Mme Najjar « *s'il convient d'y soustraire une matière chaque fois qu'une règle d'ordre public est en cause, ce sera la porte ouverte aux exceptions dilatoires et à la mauvaise foi des plaideurs. Tout le droit des contrats n'est-il pas enveloppé d'une réglementation d'ordre public ?* »<sup>197</sup>. On retrouve ici une interprétation adoptée par le droit français, selon laquelle une matière ne doit pas être exclue uniquement car elle touche à l'ordre public, mais seulement lorsqu'elle l'a violé. En tout état de cause, la Cour suprême marocain a mis fin à toute controverse en retenant par un arrêt rendu le 15 mai 1996 qui énonce

---

<sup>196</sup> CA Casablanca, 24 nov. 1987, GTM n.s., n°56, 1988, p.53, note M. Mabkhout.

<sup>197</sup> N. Najjar., op. cit., p. 159

que « *les dispositions du Dahir du 24 mai 1955 revêtent un caractère impératif, mais ne sont pas d'ordre public* »<sup>198</sup>. Elle ajoute par un arrêt rendu le 20 février 2003 que :

« [...] *La preuve indéniable que la compétence territoriale prévue par l'article 27 précité n'est point d'ordre public et que les parties peuvent y déroger par convention, réside dans la liberté accordée aux parties, en vertu des articles 5 et 12 de la loi n°53-95 instituant des juridictions de commerce, de convenir par écrit de choisir le tribunal de commerce compétent [...]* »<sup>199</sup>.

Ainsi, cet arrêt annonce clairement que les parties de mauvaise foi ne peuvent pas se fonder sur la compétence territoriale prévue par le Dahir du 24 mai 1955 pour écarter l'arbitrage dans la mesure où elle n'est pas d'ordre public.

**158. Compétence exclusive et arbitrabilité.** Cette question renvoie à une question doctrinale en droit français, s'agissant du fait d'ériger la compétence exclusive comme troisième critère d'inarbitrabilité. *Quid de la compétence exclusive comme critère d'inarbitrabilité ?* En d'autres termes, le fait qu'une loi accorde une compétence exclusive à une juridiction étatique exclut-il d'emblée la possibilité de porter le litige relatif à cette matière en arbitrage ? En pratique, les matières inarbitrables sont généralement sujettes à la compétence exclusive d'une juridiction étatique. Un arrêt du 16 février 1989 a notamment retenu que « *l'arbitrabilité d'un litige au regard de l'ordre public international ne doit pas s'entendre de l'interdiction faite aux arbitres d'appliquer des dispositions impératives, mais seulement de statuer dans une matière relevant par sa nature de la compétence exclusive de la juridiction étatique* ». En restreignant l'inarbitrabilité aux matières inarbitrables par nature, cet arrêt semble retenir la compétence exclusive comme seul et unique critère d'inarbitrabilité. Cette position est contestée par la doctrine majoritaire.

**159. Indifférence de l'arbitrabilité à l'égard de la compétence exclusive.** Pour M. Racine<sup>200</sup>, « *la seule compétence exclusive d'une juridiction ne suffit pas, à elle seule, à rendre inarbitrable un litige* ». Une telle position se justifie dans la mesure où la compétence exclusive se définit par le fait qu'un contentieux est réservé à un certain tribunal, et que s'il est soumis à un autre tribunal, ce dernier doit se dessaisir jusqu'à ce que le tribunal compétent statue. Il n'y a donc pas de rapport direct avec l'inarbitrabilité dans la mesure où elle adopte une approche neutre

---

<sup>198</sup> CS civ., 15 mai 1996, GTM n.s., n°85, novembre-décembre 2000, p. 130

<sup>199</sup> CS civ., 20 févr. 2003, le Rapport annuel de la Cour suprême, 2003, p. 94 ; BICS, n°13, 2004, p.11.

<sup>200</sup> J.-B. Racine, op. cit., p. 170

de répartition des compétences entre juridictions étatiques. Les défenseurs de la compétence exclusive comme critère d’inarbitrabilité considère que l’exclusion de tribunaux étatiques exclut a fortiori celle de tribunaux arbitraux. A cela, M. Loquin<sup>201</sup> répond que : « *en recourant à l’arbitrage, les parties n’entendent pas désigner telle ou telle juridiction, elles choisissent un autre mode de règlement des litiges. Or on peut concevoir que le législateur, en attribuant impérativement compétence à une certaine catégorie de juridiction veuille simplement désigner les tribunaux qui lui paraissent les plus appropriés parmi les juridictions étatiques, sans pour autant exclure ce mode de règlement particulier qu’est l’arbitrage* ». Ainsi, il convient de distinguer l’ordre juridique étatique, qui est visé par la répartition des compétences exclusives, de l’ordre juridique arbitral, qui ne traduit pas un tribunal équivalent aux tribunaux nationaux, mais plutôt un ordre totalement différent et indépendant qui est déduit du choix d’un mode alternatif de règlement du litige. Le fait d’exclure l’arbitrage des modalités de la compétence exclusive est ainsi favorable à son efficacité, puisqu’il n’empêche pas le choix de l’arbitrage malgré l’existence d’une compétence exclusive.

- 160. Tempéraments.** MM. Seraglini et Ortscheidt<sup>202</sup> nuancent ces propos en considérant que bien que le législateur n’ait pas cherché en priorité à exclure l’arbitrage en posant des compétences exclusives, il s’agit généralement de matières tellement spécifiques, et touchant à l’ordre public, qu’elles ne peuvent être soumises à l’arbitrage. Pour lui, la justification du choix d’une compétence exclusive se traduit par le fait qu’il s’agit de matières touchant à la souveraineté de l’Etat. Nous revenons donc au critère d’ordre public légiféré, ce qui invalide la compétence exclusive comme critère d’inarbitrabilité. Il s’agit tout de même de se demander si la compétence exclusive participe de l’inefficacité de l’arbitrage ? Cela dépend des matières, puisque dans certaines matières comme le droit des sociétés, l’arbitrage s’épanouit malgré l’existence d’un ordre public sociétaire, alors que d’autres matières tel que le droit des procédures collectives tendent à exclure l’arbitrage. Certaines matières au sein du droit des sociétés qui ont longtemps résisté à l’arbitrage sont aujourd’hui arbitrables. Quant aux procédures collectives, il s’agit à juste titre pour M. Racine « *l’ordre public le plus contraignant vis-à-vis de l’arbitrage* »<sup>203</sup>. Les seuls litiges arbitrables en la matière sont bien

---

<sup>201</sup> E. Loquin, “Arbitrage-conventions d’arbitrage-conditions de fond-Litige arbitrable”, J. Cl. Proc.civ., fasc. 1024 n° 24 et s.

<sup>202</sup> Christophe Seraglini & Jérôme Ortscheidt, op. cit., 656 et s.

<sup>203</sup> N. Abi Rached, Les limites du droit français à l’arbitrage international Le rôle de la notion d’arbitrabilité dans l’évolution de la faveur à l’arbitrage international » Mémoire sous la direction de Mme le professeur Marie Goré, 2020



résumés par MM. Seraglini et Ortscheidt selon les termes suivants : « *litiges contractuels "ordinaires", entre le débiteur faisant l'objet de la procédure collective et un tiers, et portant sur des faits antérieurs à l'ouverture de la procédure collective qui se seraient présentés de la même manière dans cette procédure* ». En d'autres termes, il s'agit des litiges qui n'ont aucun effet sur la procédure d'insolvabilité. Une telle position se justifie du fait des intérêts conséquents qu'impliquent les procédures collectives.

**161. L'arbitrabilité en droit maritime.** Le sujet de l'arbitrabilité en droit maritime est également controversé en droit marocain, et mérite de s'y pencher. L'article 264 du Code de commerce maritime dispose qu'est « *nulle et de nul effet toute clause de connaissance ou titre quelconque de transport maritime, créé au Maroc ou à l'étranger, ayant directement ou indirectement pour objet de soustraire l'armateur à sa responsabilité, de déroger aux règles de la compétence ou de renverser la charge de la preuve* ». Cette disposition sous-entend que la matière est inarbitrable dans la mesure où il est interdit de déroger aux règles de compétence. A cela, l'article 267 du même code ajoute que toute clause stipulant l'application d'une loi étrangère est nulle.

**162. Position jurisprudentielle évolutive.** De prime abord, la jurisprudence marocaine a interprété ces dispositions comme excluant les litiges maritimes de l'arbitrage<sup>204</sup> du fait de la soustraction de la compétence des juridictions étatiques que cela entraînerait. La Cour suprême par un arrêt de principe a considéré que « *s'il est de principe que la compétence territoriale n'est pas d'ordre public, les parties pouvant convenir d'attribuer compétence à la juridiction de leur choix, il en va autrement en matière maritime ; il s'ensuit que doit être déclarée nulle la clause compromissoire qui tend à violer les règles de compétence* »<sup>205</sup>. La possibilité de conclure une convention d'arbitrage est ici clairement écartée. Ceci s'explique pragmatiquement par le fait que les États cherchent à protéger certains secteurs nationaux sensibles, et l'économie marocaine repose conséquemment sur le commerce maritime du fait de sa position géographique stratégique, il est donc logique de vouloir préserver la priorité des juridictions nationales. Néanmoins, la jurisprudence s'est progressivement assouplie, la Cour d'appel de Casablanca considérant que :

---

<sup>204</sup> TPI Casablanca ord. prés., 16 oct. 1981, rapp. Par A. Darmich, L'arbitrage international dans les matières commerciales ; CA Casablanca, 11 août 1980

<sup>205</sup> CS, 20 nov. 1976, RJL, n°130, p. 100

*« Attendu que le transporteur maritime ne soulève pas l'incompétence des tribunaux de Casablanca, et se contente de se prévaloir de la clause compromissoire ; que le contrat conclu entre les parties n'implique aucun transfert de compétence d'un tribunal au profit d'un autre tribunal pour que la partie demanderesse soit admise à invoquer la violation de l'article 264 du Code de commerce maritime »<sup>206</sup>.*

La jurisprudence marocaine reprend ici le raisonnement adopté par la doctrine française, en vertu duquel la répartition des compétences exclusives n'induit pas une exclusion automatique de l'arbitrage dans la mesure où les tribunaux arbitraux ne peuvent être comparés aux juridictions étatiques visées par cette répartition.

- 163. Contradictions.** Une telle position est plus conforme avec les engagements internationaux du Maroc qui a ratifié la Convention des Nations Unies sur le transport des marchandises par mer. Or l'article 22 de cette convention prévoit la possibilité d'utiliser l'arbitrage pour tout litige relatif au transport des marchandises. Néanmoins il s'agit d'une claire violation de la loi marocaine qui écarte spécifiquement l'arbitrage. Suffit-il qu'une partie ne se prévale pas d'une loi pour que celle-ci ne soit pas applicable ? Cela entraînerait une grande insécurité. A cela s'ajoute le fait que l'article 264 du Code de commerce maritime exclut seulement la clause compromissoire et non pas le compromis. Ces contradictions législatives entre un Code maritime qui interdit l'arbitrage, mais vise les clauses compromissoires et la signature de conventions maritimes qui autorise l'arbitrage risque de créer une confusion entraînant l'inefficacité de nombreuses conventions d'arbitrage et ce même au moment de la demande d'exequatur. Cela soulève de nombreuses questions. Faut-il privilégier le droit marocain ou la convention ? Juridiquement, les conventions sont censées primer sur le droit interne. Faut-il appliquer le droit marocain à l'arbitrage interne et les conventions à l'arbitrage international ? Une telle distinction entre les deux régimes serait source d'insécurité et de flou juridique, particulièrement dans une matière tel que l'arbitrage maritime qui est florissante en arbitrage international. Il revient donc au législateur marocain d'opérer des réformes afin de mettre fin à ces confusions. Ces réformes devraient aller dans le sens de l'efficacité de l'arbitrage et des engagements internationaux du Maroc, dans la mesure où en cherchant à préserver ses juridictions nationales, le Maroc prend le risque de décourager les acteurs économiques étrangers et de ternir l'attractivité législative de son régime juridique en matière d'arbitrage.

---

<sup>206</sup> CA Casablanca, 16 Mars 1982, 16/3/1983 GTM, n.s., n°56, 1988, p. 58

**Conclusion** : En conclusion, l'arbitrabilité est un sujet au cœur de l'efficacité de la convention d'arbitrage. Si la convention d'arbitrage est fondée sur un litige inarbitrable, la procédure ne pourra pas être menée efficacement dans la mesure où elle s'expose à des recours en amont du fait de l'exception d'incompétence en et en aval à un refus d'exequatur. S'agissant de l'arbitrabilité *ratione personae*, son efficacité est proportionnelle à l'indépendance progressive des questions d'ordre public, tandis que l'arbitrabilité *ratione materiae* se mesure du fait de la multiplication des exceptions attachées aux matières traditionnellement inarbitrables. En théorie, la notion d'arbitrabilité est abordée de manière assez classique et similaire en droit marocain et en droit français.

D'une part, certaines matières sont totalement exclues du champ de l'arbitrage du fait de l'indisponibilité des droits qu'elles protègent, et de l'autre certaines matières sont arbitrables tant qu'elles ne portent pas atteinte à l'ordre public. A ce sujet, la jurisprudence marocaine et française se montrent également souples et efficaces, élargissant exponentiellement le champ d'arbitrabilité des personnes morales de droit public.

Nous pouvons particulièrement saluer le droit marocain qui autorisent les émanations de l'Etat à conclure des conventions d'arbitrage tant qu'elles portent sur des contestations pécuniaires, ce qui offre un champ d'application très élargi. Ainsi, il est aisé d'admettre que ces deux droits positifs répondent aux critères des standards internationaux en matière d'efficacité.

Néanmoins, une critique peut être formulée quant à la pratique en droit marocain. Effectivement, une législation stricte subsiste en matière de droit maritime, ce qui à mener la jurisprudence à violer les dispositions législatives dans une optique d'efficacité et afin d'élargir « par la force » l'arbitrabilité aux litiges en droit maritime. Il y a également une contradiction grave entre la législation interne en droit marocain qui interdit l'arbitrage en ce domaine, et les conventions internationales ratifiées qui disposent du contraire. Le droit marocain, plutôt que d'énumérer un bon nombre de critères et de situations, gagnerait à s'inspirer du droit marocain en épurant son approche par le biais de l'application d'un critère souple, large et clair.

Il ne suffit pas que le litige soit arbitrable pour qu'il soit soumis à l'arbitrage, puisque les parties doivent y avoir consenti.

## *Section 2 : Le consentement à l'arbitrage*

Sans consentement ou avec un consentement vicié, il n'y a pas d'efficacité de la convention d'arbitrage possible puisque cette dernière s'expose à des recours à son encontre. Les parties peuvent par exemple soulever une exception d'incompétence à l'encontre du tribunal arbitral, sur le fondement d'une convention nulle car viciée. Il s'agit d'une forme d'efficacité négative, qui se traduit par la soustraction de risques de s'exposer à un anéantissement de la procédure arbitrale. Il s'agit de déterminer les principes gouvernants et entourant le consentement, mais également sa matérialisation. En droit français, le consentement passe par le consensualisme, nul écrit n'est requis. Une fois l'*instrumentum* du consentement matérialisé, il faut vérifier que ce consentement est intègre, c'est-à-dire qu'il n'est pas vicié par les classiques vices du consentement en droit des contrats. A l'opposé de la justice étatique, l'arbitrage est fondé sur la volonté des parties. Il présuppose donc le consentement de ces dernières. Dans le cas contraire, la convention est considérée comme nulle ou inexistante<sup>207</sup>. Le consentement traduit donc le fondement essentiel à la validité et à l'efficacité de la convention d'arbitrage. Un certain nombre de principes viennent encadrer la convention d'arbitrage et s'interpréter en faveur de son efficacité. L'approche jurisprudentielle et législative du consentement est très souple. Toutefois, un manque de précision dans la rédaction des conventions d'arbitrages peut créer des clauses pathologiques qui entravent potentiellement son efficacité. Le principe de consentement en arbitrage est souple dans la mesure où il est fondé sur le consensualisme (**A**). La convention d'arbitrage n'en est pas moins un contrat qui doit répondre aux critères de formation légaux du droit des contrats (**B**), ce qui expose la convention à de potentiels vices issus du droit des contrats pouvant l'affecter (**C**), et des pathologies propres à la convention d'arbitrage (**D**).

---

<sup>207</sup> J.-B. Racine, op. cit., p. 118

## **A. Le consensualisme, expression significative de l'efficacité des conventions d'arbitrage**

L'efficacité se manifeste par le biais d'un assouplissement des exigences formelles requises par la convention d'arbitrage. Effectivement, un surplus de formalisme dévoile une méfiance à l'égard de l'arbitrage, dans la mesure où la visée est de s'assurer du véritable consentement des parties, ce qui a également pour corollaire d'élargir les causes d'invalidité de la convention d'arbitrage. Si le consensualisme est le principe en arbitrage international (1), il est également appuyé par une jurisprudence favorable (2) qui se fonde sur certains principes d'interprétation communément admis (3).

### *1. Consécration du consensualisme*

**164. Consécration conventionnelle du principe du consensualisme.** L'origine du consensualisme vient des instruments internationaux qui écartent toute exigence formelle et ont été appliqués au niveau national par la jurisprudence de façon très souple à la faveur de l'efficacité de la convention d'arbitrage. Ainsi, la Convention de New York a par exemple un niveau d'exigence extrêmement minime quant au formalisme de la convention d'arbitrage. L'écrit est certes exigé, mais seulement pour satisfaire une exigence de reconnaissance de la convention de la part de tous les Etats signataires de la convention. La convention de Genève, en son article 1<sup>er</sup> paragraphe 2, est encore plus souple que la convention de New York puisqu'elle admet que la convention d'arbitrage soit valide indépendamment de tout support écrit lorsque les législations internes des pays signataires ne l'exigent pas. Enfin la loi type CNUDCI exige la forme écrite en son article 7 mais adopte une appréciation très souple de l'écrit qui peut être « *[..] dans un document signé par les parties ou dans un échange de lettres, de communications télex, de télégrammes ou de tout autre moyen de télécommunication qui en atteste l'existence, ou encore dans l'échange d'une conclusion en demande et d'une conclusion en réponse dans lequel l'existence d'une telle convention est alléguée par une partie et n'est pas contestée par l'autre[..]* ». Les Etats l'ayant ratifié doivent donc adopter une législation au minimum aussi souple que l'article 7 qui énumère un nombre divers d'écrits de toutes formes, ce qui illustre la souplesse du régime. Effectivement, le formalisme s'est progressivement libéralisé jusqu'à se limiter à l'exigence de consensualisme, indépendante de toute forme écrite. Cette liberté de forme témoigne de la confiance accordée à l'arbitrage du fait de la facilité avec laquelle la validité de la convention d'arbitrage peut être retenue, et par ce biais, le consentement des parties peut être admis. Il s'agit d'un véritable

encouragement à l’efficacité de la convention d’arbitrage dans la mesure où un excès de formalisme aurait sans conteste pour effet de multiplier les causes de nullité sur lesquelles peuvent se fonder les parties de mauvaise foi pour se délier de l’arbitrage.

**165. Application jurisprudentielle du principe de consensualisme.** Ce consensualisme est prouvé grâce à un faisceau d’indices. Cette position est consacrée par l’arrêt Bomar Oil<sup>208</sup> qui bien qu’il exige une référence de la clause d’arbitrage dans la convention principale pour admettre cette dernière, admet que le consentement à la clause par référence soit prouvé grâce à un faisceau d’indices, écartant même la connaissance des documents contractuels par la partie à laquelle la clause est opposée « *s’il existe entre les parties des relations habituelles d’affaires qui leur assurent une parfaite connaissance des stipulations écrites régissant couramment leurs rapports commerciaux* ». Ainsi, cette liberté demeure conditionnée aux relations qui lient les parties, pour justifier un tel libéralisme, il faut qu’une relation de confiance suffisamment forte les lient. Cet arrêt est impressionnant par son libéralisme puisqu’il écarte toute exigence formelle comme le suggère la formule « *à défaut d’une mention* »<sup>209</sup> qui a été interprétée par la doctrine largement, comme écartant toute mention même générale. Dans les faits, ce litige opposait deux sociétés s’agissant d’un contrat de vente de pétrole. Ce contrat comportait lui-même une référence à un contrat standard de la société vendeuse, qui contenait une clause d’arbitrage. La vendeuse, a donc appliqué cette clause en soumettant le litige à l’arbitrage, situation face à laquelle la société acheteuse a soulevé une exception d’incompétence, arguant qu’elle ne s’était jamais engagée pour une procédure arbitrale. Or, cette exception d’incompétence a été rejetée. La société acheteuse a alors décidé de former un recours en annulation auprès des juridictions françaises. Sur le fondement de l’article 1443 du Code de procédure civile et de l’article 2 de la Convention de New York, la Cour d’appel de Paris avait rejeté le recours en annulation, consacrant ainsi l’efficacité des clauses d’arbitrage par référence. Or, la Cour de cassation a cassé cette décision par un arrêt rendu le 11 Octobre 1989<sup>210</sup>, en retenant que :

« (les articles 2.1 et 2 de la Convention de New York) *n’excluent pas l’adoption d’une clause compromissoire par référence à un document qui la contient, encore faut-il comme l’exigerait*

---

<sup>208</sup> Cour de Cassation, Chambre civile 1, du 9 novembre 1993, 91-15.194

<sup>209</sup> E. LOQUIN, sous l’arrêt Cass. 1ère civ., 9 nov. 1993, JDI (Clunet) 1994, p. 690 (694), X. BOUCOBZA, « La clause compromissoire par référence en matière d’arbitrage commercial international », Rev. arb. 1998, p. 495

<sup>210</sup> Cour de Cassation, Chambre civile 1, du 11 octobre 1989, 87-15.094

*d'ailleurs la loi française que l'existence de cette clause soit mentionnée dans la convention principale, sauf s'il existe entre les parties des relations habituelles d'affaires qui leur assure parfaite connaissance des stipulations écrites régissant couramment leurs rapports commerciaux ».*

La Cour de cassation adopte donc une approche plus restrictive limitant l'admission des clauses par référence aux cas spécifiques des « relations habituelles par référence » dans la mesure où cela justifie d'un consentement éclairé et continu entre les parties.

La saga a continué du fait d'un renvoi devant la Cour de Versailles qui est revenue à la position de la Cour d'appel de Paris, admettant la validité de la clause compromissoire par un arrêt du 23 janvier 1991. Cette position a cette fois-ci été confirmée par la Haute Cour, qui par un arrêt rendu le 9 novembre 1993, avait retenu que :

*« En matière d'arbitrage international, la clause compromissoire par référence écrite à un document qui la contient, par exemple des conditions générales ou un contrat type est valable, à défaut de mention dans la convention principale, lorsque la partie à laquelle la clause est opposée, a eu connaissance de la teneur de ce document au moment de la conclusion du contrat et qu'elle a fût-ce par son silence accepté l'incorporation du document au contrat ;*

*Qu'en l'espèce, la cour d'appel, après avoir examiné les télex échangés entre les parties a, souverainement, relevé que la société Bomar Oil avait accepté, sans la moindre réserve, la proposition de l'Etat se référant formellement à son contrat standard dont elle avait reçu antérieurement une copie.».*

Ainsi, les clauses par référence ont été définitivement admises par cet arrêt extrêmement libéral, qui donne pleine efficacité au consensualisme également dans la mesure où les exigences d'écrit formelles se trouvent encore plus limitées, puisqu'il suffit d'une référence à un contrat contenant une clause compromissoire pour que le consentement soit admis. L'exigence de l'écrit demeure, mais de façon extrêmement souple et libérale.

- 166. Adoption doctrinale restrictive.** Également, la doctrine adopte une position assez restrictive de l'interprétation de l'arrêt Bomar Oil, selon laquelle l'exigence d'un écrit subsiste<sup>211</sup>. Cette approche se fonde sur des exigences relatives à l'exequatur et notamment à l'ancien article 1499 qui exige qu'une clause écrite soit soumise pour prouver l'existence de la clause en cas de demande la reconnaissance et l'exécution de la sentence arbitrale.
- 167. Constance de la jurisprudence.** Jusqu'à aujourd'hui, la jurisprudence a maintenu la position retenue par la saga Bomar Oil. Ainsi, la Chambre civile de la Cour de cassation retient dans un arrêt du 12 mai 2012 qu'une clause d'arbitrage est valide se fondant sur une référence aux conditions générales de vente contenant la clause au sein d'une confirmation de vente. Ceci est une belle illustration de l'efficacité *ratione materiae* de la convention d'arbitrage dont la validité est retenue de façon extensive. Ces jurisprudences ont été confortées par la loi qui a consacré en son article 1507 l'absence de conditions de forme pour la convention d'arbitrage. En arbitrage interne, l'exigence formelle subsiste mais elle est assouplie admettant les clauses par référence. Les clauses d'arbitrage par référence ont également été légiférées par l'article 1443 du Code de procédure civile. Elles sont toutefois soumises à un certain conditionnement : les parties doivent avoir connaissance de la clause d'arbitrage par référence et l'avoir accepté.
- 168. Connaissance de la clause d'arbitrage par référence.** D'une part, s'agissant de la connaissance, elle est évaluée au moment de la conclusion du contrat principal. La jurisprudence fait preuve de libéralisme à cet égard. Ainsi, une clause compromissoire a été considérée comme portée à la connaissance d'une partie alors même que le document dans lequel elle se trouvait ne lui a pas été transmis mais pouvait être consulté par ce dernier dans les bureaux de l'autre partie qui avait également la possibilité de lui envoyer gratuitement<sup>212</sup>. L'usage au sein de relations d'affaires peut être utilisé comme preuve de la connaissance de la clause d'arbitrage lorsque deux parties ont l'habitude de se référer à un document contenant la clause d'arbitrage<sup>213</sup>. De façon plus large, les usages et coutumes sont aussi un critère de connaissance comme il a été retenu par la jurisprudence au sujet de contrats de transport maritime international, branche ayant pour usage d'insérer des clauses d'arbitrages dans les contrats qui lui sont relatifs<sup>214</sup>.

---

<sup>211</sup> 9 C. KESSEDJIAN, note sous l'arrêt Cass. 1ère civ., 9 nov. 1993, Rev. arb. 1994, p. 108 (113), E. LOQUIN, note sous l'arrêt du 9 nov. 1993 et du 20 déc. 1993, JDI (Clunet) 1994, p. 690 (694)

<sup>212</sup> Cass. 1re civ., 9 nov. 2016 : JCP G 2016, 1430, n° 2, obs. J. Ortscheidt

<sup>213</sup> CA Paris, 29 mars 2007, n° 05/25015 : inédit ; extraits in : Gaz. Pal. 17 juill. 2007, n° 198, p. 43

<sup>214</sup> Cass. 1re civ., 2 nov. 2005 : Bull. civ. I, n° 420 ; Rev. arb. 2006, p. 437, note O. Cachard



- 169. Consentement à la clause d'arbitrage par référence.** S'agissant de la seconde condition, son appréciation est libérale également dans la mesure où dans certains cas, le silence même vaut consentement. Les solutions sont libérales. Il en va ainsi lorsque la stipulation d'une clause d'arbitrage relève d'un usage. Par exemple, un tel usage a été mis en exergue dans le négoce de poivre. La cour d'appel de Paris jugea en conséquence que la partie à qui était opposée la clause a « *bien eu aussi nécessairement connaissance de l'existence 'une clause compromissoire qui a acquis l'autorité d'un usage dans le type de contrat dont s'agit et qu'elle a acceptée faute d'avoir manifesté la volonté d'en exclure expressément l'application dans le cas considéré* »<sup>215</sup>. Dès lors que les litiges propres à une branche du commerce spécifique sont régulièrement réglés par voie d'arbitrage, la jurisprudence en tire pour conclusion qu'il s'agit d'un usage qui justifie que l'une des parties invoque la voie de l'arbitrage.
- 170. Volonté des parties prééminente.** Ainsi, aucun obstacle ne s'élève lorsqu'une clause de contrat principal lui-même fait expressément référence au document et l'intègre ainsi dans le champ contractuel. En l'absence d'une telle clause au sens formel du terme, il s'agit d'analyser la volonté des parties et se demander s'il résulte des circonstances de fait qu'elles ont accepté d'incorporer le document contenant la clause d'arbitrage. La jurisprudence donne alors une indication précieuse ; le silence des parties suffit. La partie contre laquelle est opposée la clause est supposée avoir accepté l'incorporation du document de référence dont elle a eu connaissance au moment de la conclusion du contrat par son seul silence (qui se déduit de l'absence de prestation). Par exemple, il a été admis que la partie qui recevait une confirmation de commande faisant référence à des conditions générales contenant une clause compromissoire devait être considérée comme ayant accepté, par son silence, cette référence. Très concrètement, il faut donc qu'au moment de la conclusion du contrat par son seul silence, qui se déduit de l'absence de prestation.
- 171. Souplesse jurisprudentielle.** La volonté de souplesse et de libéralisme est telle qu'une confirmation de commande contenant une clause compromissoire envoyée à la suite d'un contrat téléphonique ne fait pas foi de clause de référence. Ainsi, la Cour de cassation retient que : « *Si l'article 1443 du nouveau Code de procédure civile exige que la clause compromissoire figure dans un document écrit, il ne régit ni la forme ni l'existence des*

---

<sup>215</sup> J.-B. Racine, op. cit., p. 199

*stipulations, qui se référant à ce document, font la convention des parties* »<sup>216</sup>. Cela souligne l'absence d'exigence formelle s'agissant de la référence à la clause compromissoire. De façon générale, la jurisprudence est souple à l'égard de l'admissibilité des clauses d'arbitrages par référence. Elle l'a ainsi admis s'agissant d'une affaire relative à une vente internationale, au cours de laquelle l'acheteur faxe un bon de commande auquel il appose sa signature alors même que les conditions générales de vente contenant une clause compromissoire étaient imprimées au recto de ce bon de commande. Les usages commerciaux peuvent également faire foi comme preuve de l'approbation de l'arbitrage<sup>217</sup>.

Ainsi, le consentement par consensualisme est bien établi en droit français, ce qui n'est pas sans servir l'efficacité de la convention d'arbitrage dans la mesure où la preuve du consentement est beaucoup plus aisée, ne nécessitant pas un formalisme lourd et renforçant la difficulté de se délier de la convention d'arbitrage.

## 2. Une jurisprudence en faveur d'une interprétation efficace des conventions d'arbitrage

**172. Importance de la rédaction de la clause d'arbitrage.** La rédaction de la convention d'arbitrage est de la plus haute importance puisque toute l'efficacité de cette dernière va dépendre du choix des termes utilisés, qui doivent être précis au point, qu'idéalement, il n'y ait pas de marge de manœuvre ou de brèche permettant aux parties de s'en délier. Elle représente le socle matériel du consentement des parties, sa rédaction dans des termes clairs et précis doit démontrer d'une limpide volonté des parties, limitant ainsi la marge d'interprétation du juge. Elle doit également être suffisamment précise pour permettre la mise en œuvre pratique du litige né, dans le cas du compromis, ou à naître, dans le cas de la clause compromissoire. Dans ce dernier cas, les difficultés s'ajoutent dans la mesure où la clause doit être suffisamment large pour être efficacement applicable à tous les potentiels litiges. MM. Seraglini et Ortscheidt propose des formulations tel que « *seront soumis à l'arbitrage tous les litiges qui pourront naître à l'occasion du présent contrat* » afin « *d'englober tous les litiges susceptibles de survenir entre les parties dans le cadre de leur relation contractuelle, et donc éviter toute contestation à cet égard* »<sup>218</sup>. Également, des termes larges servent l'efficacité de

---

<sup>216</sup> Cass. 2<sup>e</sup> civ., 21 janv. 199, RTD com. 1999, p. 847, obs. E Loquin; Rev. arb 2003, p. 1341 (3<sup>e</sup> esp.) obs. C. Legros

<sup>217</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 3 mars 1992, Rev. arb. 1993, p. 273, note P. Mayer ; JDI 1993, p. 140, note B. Audit

<sup>218</sup> C. Seraglini et J. Ortscheidt, op. cit., p. 690

la convention d'arbitrage dans la mesure où cela permet l'optimisation de son champ d'application *ratione materiae*. Il faudra éviter des formulations du type « seront soumis à l'arbitrage tous les différends relatifs à l'interprétation ». Malgré toutes ces précautions, des difficultés subsistent généralement et une interprétation est inévitable.

**173. Interprétation jurisprudentielle favorable.** Toutefois, la jurisprudence tend à se positionner en faveur de l'efficacité de l'arbitrage, rejetant notamment le principe d'interprétation stricte afin de décourager les plaideurs de mauvaise foi à invoquer des obscurités rédactionnelles pour anéantir la convention<sup>219</sup>. C'est le principe de l'effet utile qui prévaut, que nous étudierons ultérieurement. Les tribunaux arbitraux vont jusqu'à connaître de litiges délictuels en lien avec litige relatif à la convention d'arbitrage. Cela a été le fruit d'une interprétation très laxiste de la convention d'arbitrage qui considérait que tout litige « découlant du contrat » devait être soumis à l'arbitrage<sup>220</sup>. Une autre sentence a renforcé cette position, retenant la compétence du tribunal arbitral s'agissant d'une responsabilité délictuelle alors même que la clause d'arbitrage était applicable aux « différends relatifs à l'interprétation et/ou l'exécution du contrat »<sup>221</sup>. Il s'agissait d'une affaire de concurrence déloyale et le tribunal a considéré que cela entrait dans le champ d'application de l'inexécution / mauvaise exécution du contrat. Nous approuvons une telle position dans la mesure où elle joue en faveur de l'efficacité de la convention d'arbitrage en élargissant son champ d'application *ratione materiae* ainsi que la compétence du tribunal arbitral. Également, cette position est louable pour des raisons d'économie de moyens dans la mesure où la conduite de deux procédures parallèles entre les mêmes parties sur des points juridiques différents ne peut être que source de lourdeur et d'insécurité. Il est plus logique de concentrer la procédure entre les mains du tribunal arbitral si une convention d'arbitrage est applicable.

**174. Pouvoirs du tribunal arbitral.** Le tribunal arbitral est compétent pour interpréter la convention d'arbitrage en vertu du principe de compétence-compétence, qui sera étudié ultérieurement. Toutefois, cette compétence n'est pas absolue dans la mesure où des recours en annulation sont ouverts auprès de la Cour d'appel de Paris, dans le cadre desquels cette dernière n'est pas soumise à l'interprétation du tribunal arbitral. Ainsi, par un arrêt du 1<sup>er</sup> janvier 1987, la première chambre civile de la Cour de cassation a retenu que : « (...) *Si la*

---

<sup>219</sup> C. Seraglini et J. Ortscheidt, op. cit., p. 690

<sup>220</sup> Sent. CCI n°12167 (2002), JDI 2007, p. 1270, obs. S.J. t C.T.-N.V.

<sup>221</sup> Sent. CCI n°10988 (2003), JDI 2006, p. 1408, obs. B.D.V.

*mission de la cour d'appel, saisie en vertu des articles 1502 et 1504 du Nouveau Code de procédure civile, est limitée à l'examen des vices énumérés par ces textes, aucune limitation n'est apportée au pouvoir de cette juridiction de rechercher en droit et en fait tous les éléments concernant les vices en question ; qu'en particulier, il lui appartient d'interpréter le contrat pour apprécier elle-même si l'arbitre a statué sans convention d'arbitrage.* »<sup>222</sup>. Ainsi, cette souplesse accordée à l'appréciation de la validité de la Cour de cassation, ainsi que la liberté de l'arbitre de juger de sa validité, peut également se justifier par le fait que des recours sont toujours ouverts aux parties pour contester la convention d'arbitrage face aux juridictions étatiques.

- 175. Position jurisprudentielle favorable.** La jurisprudence française est le meilleur exemple d'interprétation dans le sens de l'efficacité des clauses d'arbitrage. MM. Seraglini et Ortscheidt avance même que la jurisprudence française est guidée « *par des considérations pratiques et un souci d'efficacité de ces clauses, quitte à prendre quelques libertés à l'égard des termes employés par les parties* »<sup>223</sup>. La jurisprudence française aurait ainsi mis en priorité la recherche de l'efficacité des clauses d'arbitrage au détriment de l'application stricte de la législation. Elle retient par exemple que l'arbitrage est de mesure s'agissant d'une demande de dommages et intérêts pour résiliation abusive du contrat dans une affaire où la clause précisait qu'elle était applicable « *aux litiges survenus à l'occasion de l'exécution du contrat* »<sup>224</sup>. Cette position a été entérinée par la Cour d'appel de Paris qui retient dans une autre affaire que « *la convention d'arbitrage soustrait d'une manière générale le litige à la compétence des tribunaux judiciaires pour tout ce qui est en relation causale ou connexe avec son objet* »<sup>225</sup>. Il s'agit d'une approche qui admet de façon large le champ d'application de la convention d'arbitrage qui est applicable à partir du moment où le litige est en relation avec son objet. Il y a donc une véritable volonté jurisprudentielle d'accorder une pleine efficacité à la convention d'arbitrage.

---

<sup>222</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 6 janv. 1987 : JDI 1987, p. 638, note B. Goldman ; Rev. arb. 1987, p. 469, note Ph. Leboulanger. Adde CA Paris, 16 juin 1988, Swiss Oil : Rev. arb. 1989, p. 309, spécialement p. 313, note Ch. Jarroson. – Sur le contrôle exercé sur la cour d'appel par la Cour de cassation dans ce domaine, V. Cass. 1<sup>re</sup> civ., 8 mars 1988, SOFIDIF : Rev. arb. 1989, p. 481, note C. Jarroson, cassant CA Paris, 19 déc. 1986 : Rev. arb. 1987, p. 359 et l'article de E. Gaillard, p. 275

<sup>223</sup> C. Seraglini et J. Ortscheidt, op. cit., p. 692

<sup>224</sup> Cass. Com. 13 mars 1978, Rev. Arb. 1979, p. 339, note Ph. Foucaud

<sup>225</sup> Paris, 10 mars 1995, Rev. Arb. 1996, p. 143, obs. Y. Derains

- 176. Justifications.** Cette position se justifie par le fait qu'il est accordé aux arbitres le pouvoir d'interpréter le contrat, ce qui suppose d'étudier ses conditions de sa validité, et de potentiellement en tirer pour conséquence qu'il est invalide. Également, les questions d'exécution du contrat englobent celles de sa résolution ou sa résiliation dans la mesure où cela découle souvent de l'inexécution du contrat. En tout état de cause, il est important que les pouvoirs de l'arbitre à ce sujet soient interprétés largement afin d'éviter que la procédure arbitrale soit suspendue ou interrompue pour des questions annexes qui peuvent être facilement résolues par le tribunal arbitral. Pour MM. Seraglini et Ortscheidt « *La raison d'être d'une clause d'arbitrage est, en principe et à défaut d'expression claire d'une volonté des parties, de leur fournir un mode complet de règlement des différends pouvant surgir entre elles du fait de leur relation contractuelle* »<sup>226</sup>. Une telle souplesse sert grandement l'efficacité de la convention d'arbitrage. Effectivement, elle rend l'inapplicabilité manifeste de la convention d'arbitrage très difficile à soulever, et limite ainsi l'incompétence du tribunal arbitral<sup>227</sup>.
- 177. Demandes délictuelles et efficacité.** L'exemple probant en matière d'efficacité de la convention d'arbitrage se traduit par les demandes délictuelles en cours de procédure d'arbitrage. De prime abord, l'argument de l'effet négatif du principe de compétence-compétence n'est pas retenu dans la mesure où le simple fait qu'une demande soit de nature délictuelle ne suffit pas à caractériser l'inapplicabilité manifeste de la convention d'arbitrage. La Cour d'appel de Paris a ainsi pu retenir que « *le caractère évident et incontestable de l'inapplicabilité manifeste ne se déduit pas de développements sur la nature contractuelle ou délictuelle du litige qui est lui-même « en relation » avec le contrat de distribution au sens de la clause compromissoire contenue dans celui-ci* »<sup>228</sup>. Toutefois, cela n'est pas suffisant pour retenir la compétence du tribunal arbitral. Il relève alors de la compétence du tribunal arbitral de déterminer le champ d'application *ratione materiae* de la convention d'arbitrage en interprétant la clause et le compromis, afin de décider si la demande délictuelle tombe dans ce champ d'application et donc en déduire sa compétence. A ce stade, il est plus aisé de retenir la compétence si les termes de la clause sont larges et englobe tous les litiges « en relation » avec le contrat par exemple.

---

<sup>226</sup> C. Seraglini et J. Ortscheidt, op. cit., , p. 692

<sup>227</sup> C. Seraglini et J. Ortscheidt, op. cit., p. 693

<sup>228</sup> Cour d'appel, 2 juin 2004, rev. arb. 2005, p. 673 (2<sup>e</sup> esp.), note J.-B. Racine

**178. Groupes de contrat.** La question du champ d'application *ratione materiae* se pose également pour les groupes de contrat. Il arrive que plusieurs clauses compromissaires soient contenues au sein d'un groupe de contrats, et qu'elles soient contradictoire dans la mesure où elles prévoient des sièges et des tribunaux différents. Il convient de se demander s'il ne serait pas plus logique de consolider tous les litiges autour d'un seul et même arbitrage. Toutefois, cela relève exclusivement de la bonne volonté des parties, puisque ni les institutions arbitrales, ni les tribunaux ne peuvent aller à l'encontre de ce qui est prévu par le contrat, et forcer la consolidation. Le cas échéant, cela constituerait une violation de l'article 5 de la convention de New York en vertu duquel le tribunal arbitral est constitué selon la volonté des parties.

### 3. *Les principes d'interprétation*

**179. Établissement de principes de sauvetages des clauses pathologiques.** En cas de clauses pathologiques, le droit français est louable dans la mesure où il a mis en œuvre une série de principe utiliser pour « sauver la convention d'arbitrage » et lui redonner sa pleine efficacité. Effectivement, il s'agit de pallier les vices pouvant affecter la convention d'arbitrage du fait d'une rédaction approximative afin de garantir leur pleine efficacité. En somme, il semblerait que la principale condition de validité de la convention d'arbitrage se traduit par la détermination de la volonté des parties. Une fois acquise, le droit français manifeste d'une extraordinaire créativité afin d'assurer l'efficacité et la validité de la convention d'arbitrage. Listons ces principes.

**180. Le principe d'interprétation de bonne foi.** La convention d'arbitrage doit s'interpréter sous le prisme de l'interprétation de bonne foi. L'interprétation de bonne foi est définie comme « *l'obligation de faire prévaloir, en cas de divergence, la volonté réelle sur la volonté déclarée* »<sup>229</sup>. Il s'agit donc d'aller au-delà des manifestations apparentes pour rechercher la véritable volonté des parties. La mauvaise foi se traduirait alors comme une volonté de se soustraire à l'engagement à la convention d'arbitrage par le biais d'arguments allant à l'encontre de l'esprit de la convention et de la volonté des parties au moment de sa conclusion. De ce fait, il s'agit d'analyser les conditions entourant la conclusion de la convention d'arbitrage, sa lettre et son esprit, et les conséquences en découlant que les parties auraient pu légitimement prévoir. Le comportement des parties antérieurement à la naissance du litige

---

<sup>229</sup> Fasc. 704 : ARBITRAGE COMMERCIAL INTERNATIONAL . – Convention d'arbitrage . – Capacité et pouvoir . – Consentement - Date du fascicule : 10 Septembre 1994 - Date de la dernière mise à jour : 10 Septembre 1994 - Emmanuel GAILLARD - Professeur à l'Université de Paris XII - Associé, Shearman & Sterling, Paris

traduit également un indice à prendre en considération. Ce principe est consacré dans divers droits internes, ainsi qu'en droit international<sup>230</sup> et est applicable à tous les stades de la procédure. Plus spécifiquement, l'interprétation de bonne foi mène à prendre en considération trois axes : l'appréciation contextuelle, le comportement antérieur des parties et l'appréciation globale de la convention<sup>231</sup>. Ainsi, l'interprétation de la convention d'arbitrage ne se limite pas à la rigidité d'une interprétation littérale, qui pourrait accroître ses motifs d'annulation. Il s'agit de prendre en considération le contexte de la convention et d'estimer les conséquences raisonnablement et légitimement attendues. L'appréciation de l'attitude des parties peut fournir un indice. Il s'agit également d'appliquer le principe en vertu duquel la convention d'arbitrage doit être prise comme un tout<sup>232</sup> afin d'outrepasser les maladresses rédactionnelles pour rechercher le but supérieur de la convention.

- 181. Le principe de l'effet utile.** Ce principe est également dénommé le principe de « l'interprétation effective des conventions d'arbitrage ». Il est tiré d'un principe de droit privé en vertu duquel lorsqu'un choix s'ouvre entre deux interprétations possibles, il s'agit de choisir qui accorde le plus d'effets à la convention. Effectivement, l'article 1191 du Code civil énonce que : « *Lorsqu'une clause est susceptible de deux sens, celui qui lui confère un effet l'emporte sur celui qui ne lui en fait produire aucun.* ». Pour certains auteurs, cet article constitue « une règle d'interprétation universellement reconnue ».<sup>233</sup> Cette règle a été régulièrement appliquée par la jurisprudence arbitrale, notamment dans l'affaire *Holiday Inns c. Morocco*. De façon générale, il a été considéré par les tribunaux arbitraux que : « *Lorsque les parties insèrent une clause d'arbitrage dans leur contrat, on doit présumer que leur intention a été d'établir un mécanisme efficace (an effective machinery) pour le règlement des litiges visés par la clause d'arbitrage.* »<sup>234</sup>. En d'autres termes, dans le doute, l'effort d'interprétation doit tendre à donner pleine efficacité à la convention d'arbitrage plutôt qu'à l'annuler. Pour la jurisprudence, il s'agit de « *préférer l'interprétation qui conserve aux mots une certaine portée plutôt que celle qui les considère comme inutiles ou absurdes* »<sup>235</sup>. Il s'agit donc, lorsqu'un doute subsiste, de choisir l'interprétation qui donne une pleine efficacité à la clause. La jurisprudence est par ailleurs assez friande de l'usage de ce principe comme motif

---

<sup>230</sup> Principes unidroit, article 1.7

<sup>231</sup> Ph. Fouchard, E. Gaillard, B. Goldman, op. cit.

<sup>232</sup> Sentence CIRDI du 25 septembre 1983, Affaire Amco

<sup>233</sup> C. Seraglini et J. Ortscheidt, op. cit., p. 691

<sup>234</sup> Sent. CCI, n° 2321 de 1974 : JDI 1975, p. 938, obs. Y. Derains, Yearbook Commercial Arbitration 1976, p. 133). Sur l'ensemble de la question, V. infra n° 33 s.

<sup>235</sup> Sentence CCI n°1434, JDI, 1976.978, spéc. p.982

de validité de la convention d'arbitrage. C'est ainsi le cas dans un arrêt rendu par la Cour d'appel de Paris qui a retenu que malgré la formulation de la clause d'arbitrage qui visait la « Commission d'arbitrage de la chambre de commerce française de Paris », il fallait en réalité retenir la compétence de la Chambre arbitrale de Paris<sup>236</sup>. Cette position est logique, tel que l'exprime parfaitement M. Racine : « *Dès l'instant où il existe une convention d'arbitrage, il est logique de tenter de lui donner le plus grand effet, le juge s'efforçant alors de donner le « coup de pouce » nécessaire dans ce sens.* »<sup>237</sup>. La doctrine approuve donc également ce principe en vertu duquel la jurisprudence doit donner plein effet aux clauses rédigées de façon approximative. Une telle position est louable, dans la mesure où l'essentielle est que l'interprétation soit conforme avec la volonté réelle des parties. Nuire à cette volonté du fait de maladresses rédactionnelles semble être une sanction trop sévère.

**182. Principe d'interprétation « contra proferentem ».** Ce principe signifie que la convention d'arbitrage doit s'interpréter en défaveur de la partie ayant rédigé la clause pathologique. Cette règle trouve son application en arbitrage dans la mesure où il arrive souvent que la convention soit exclusivement rédigée par une partie, tandis que la seconde se limite à signer la documentation contractuelle. Ainsi, il est logique que la partie ayant rédigé la clause ne puisse utiliser son ambiguïté comme argument<sup>238</sup>. Cela permet également de lutter contre la mauvaise foi des parties qui rédigent volontairement des clauses approximatives pour pouvoir en clamer l'inefficacité ultérieurement. Pour Lord Mustill : « *le principe contra proferentem repose sur le fait que la personne qui propose le libellé d'un accord peut être présumée avoir veillé à ses propres intérêts, de sorte que si les mots laissent planer un doute sur le fait qu'elle est censée bénéficier d'un avantage particulier, il y a lieu de supposer qu'elle ne l'est pas* »<sup>239</sup>. Ainsi, un tel principe repose sur une présomption en vertu de laquelle la partie qui a rédigé la clause a cherché à prioriser ses intérêts et doit donc en assumer les conséquences. Certains tribunaux arbitraux vont jusqu'à appliquer ce principe comme une règle générale de droit. Dans l'affaire CCI n° 7110, le tribunal a clairement indiqué qu'il s'agit d'un « *principe général d'interprétation largement accepté par les systèmes juridiques nationaux et par la pratique des tribunaux arbitraux internationaux, y compris les tribunaux arbitraux de la CCI, selon lequel, en cas de doute ou d'ambiguïté, les dispositions, termes ou clauses contractuels doivent*

---

<sup>236</sup> Cass. 1<sup>er</sup> civ., 28 mai 2002, GP 2002 som. p.1811

<sup>237</sup> J.-B. Racine, op. cit., PUF, 2016

<sup>238</sup> V. la sentence rendue le 3 avril 1987 dans l'affaire Swiss Oil c/ Gabon, maintenue par CA Paris, 16 juin 1988 : Rev. arb. 1989, p. 309, note Ch. Jarrosson, spécialement p. 325

<sup>239</sup> *Tam Wing Chuen v. Bank of Credit and Commerce Hong Kong* [1996] 2 BCLC 69, 77



*être interprétés contre la partie qui les a rédigés* »<sup>240</sup>. Ce principe est donc fermement retenu par la jurisprudence arbitrale. Cette règle est également reconnue en droit du commerce international. Ainsi, l’avis n°13 du Conseil consultatif de la CVIM a déclaré que cette règle était applicable à toutes les clauses du contrat<sup>241</sup>.

- 183. Extension de la règle.** Également, le commentaire officiel de l’article 4.6 des principes d’UNIDROIT étend cette règle à tous les contrats non négociés individuellement au motif que *« la mesure dans laquelle cette règle s’applique dépendra des circonstances de l’espèce. Moins la clause contractuelle en question fait l’objet de négociations ultérieures entre les parties, plus il est justifié de l’interpréter contre la partie qui l’a incluse dans le contrat »*<sup>242</sup>. Pour assurer l’efficacité de la clause d’arbitrage, il serait intéressant d’inclure la règle contra proferentem. Effectivement, si la clause d’arbitrage n’a pas été négociée et qu’une des parties l’a signé sans négociation, la partie l’ayant rédigé ne peut pas se prévaloir de l’ambiguïté de cette dernière.
- 184. Consécration jurisprudentielle.** Cette position a été reprise par la jurisprudence arbitrale, qui a retenu dans une sentence CCI n°9772<sup>243</sup> que le caractère obscur de la clause devait être interprété contre celui qui l’a rédigé. En l’espèce, la clause visait les règlements de « l’association internationale de l’arbitrage » à Paris, institution qui n’existe pas. Le tribunal a donc accordé la compétence à la CCI. Ainsi, ce principe, associé au principe de bonne foi participe pleinement à l’efficacité de la convention d’arbitrage et de la procédure d’arbitrage.
- 185. Rejet du principe d’interprétation stricte.** La souplesse de régime étant intrinsèque à l’arbitrage, et particulièrement à l’arbitrage international, l’application de l’interprétation stricte traduirait un véritable handicap. Certains pourraient critiquer cette position en revendiquant le caractère d’exception de l’arbitrage vis-à-vis de des juridictions étatiques pour souligner l’importance de l’interprétation stricte, mais l’arbitrage se réclame en réalité de plus en plus comme un mode « normal » de règlement des conflits, parallèle aux juridictions étatiques, mais se positionnant sur le même pied d’égalité. En tout état de cause, l’usage de

<sup>240</sup> Affaire CCI No. 7110, (1999) 10 Bulletin CCI n°39, 44

<sup>241</sup> CISG Advisory Council Opinion No. 13, 20 Janvier 2013, disponible à : <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/CISG-AC-op13.html#75> (last retrieved : 20 May 2018), para. 9.1.

<sup>242</sup> Arbitrage - Contra proferentem : in favorem validitatis ? - Etude par Kai-Chieh CHAN et Chuanyu FAN Parrainés par Monsieur Maximin de FONTMICHEL, Journal de l'arbitrage de l'Université de Versailles - Versailles University Arbitration Journal n° 1, Janvier 2019, étude 9

<sup>243</sup> SA *Alfac v. Société Imac importação*, (2002) 2 *Revue de l'Arbitrage* 413, 414

l'arbitrage est si florissante, et son cadre tellement encadré par les lois, conventions et jurisprudence, qu'il présente suffisamment de sécurité et de prévisibilité pour que la méfiance à son égard s'estompe. La jurisprudence arbitrale a eu maintes occasions d'exprimer son rejet de l'interprétation stricte, notamment dans l'affaire Amco, au cours de laquelle le tribunal a retenu que :

*« Comme toute autre convention, une convention d'arbitrage ne doit pas être interprétée restrictivement, ni du reste extensivement ou de manière libérale. Elle doit être interprétée d'une manière qui conduise à trouver et à respecter la commune intention des parties : une telle méthode d'interprétation n'est autre que l'application du principe fondamental pacta sunt servanda, commun à tous les systèmes de droit interne et au droit international »<sup>244</sup>.*

Ainsi, comme dans toutes les facettes d'interprétation de la convention d'arbitrage, son interprétation ne peut être littérale, et doit être analysée à l'aune de la volonté des parties. Une matière aussi fluide et malléable que l'arbitrage ne peut être associée à une interprétation stricte qui risque d'en réduire trop conséquemment la portée.

**186. Rejet du principe « in favorem validitatis.** Dans le même esprit, le principe « in favorem validitatis » en vertu duquel la convention d'arbitrage doit être interprétée pour être la plus extensive possible est rejeté. Il s'agit simplement d'interpréter la convention d'arbitrage avec souplesse et sans sévérité en étant constamment porté par la volonté réelle des parties, mais sans pour autant empiéter sur le champ d'application des juridictions étatiques lorsque ce dernier est légitime. Il s'agit de déterminer leur véritable intention quant à la volonté de conclure une convention d'arbitrage, et si cette dernière est établie, de savoir quel est son champ d'application et quels litiges elle englobe.

L'étude de ces principes confirme la volonté des praticiens d'accroître autant que possible l'efficacité de l'arbitrage. Certains de ces principes n'ont pas de fondements légal, alors même que leur effet est conséquent, puisqu'il s'agit de préserver la validité de la convention d'arbitrage lorsque cette dernière est atteinte d'une pathologie. Il s'agit d'une belle illustration de la souplesse du droit français, et de sa position favorable à l'efficacité de la convention d'arbitrage.

---

<sup>244</sup> préc. n° 26, annulée sur d'autres dispositions par la décision d'un Comité ad hoc du 16 mai 1986 : JDI 1987, p. 175, obs. E. Gaillard

Nous avons ainsi exposé et analysé le principe du consensualisme applicable à l’arbitrage, ainsi que les principes d’interprétation qui permettent d’interpréter le consensualisme à la faveur de l’efficacité de la convention d’arbitrage. Il s’agit d’une illustration manifeste de l’efficacité de la convention d’arbitrage, qui au-delà des garanties légales qui encouragent sa portée, bénéficie également de l’appui doctrinal, approuvé par la jurisprudence, en vertu duquel la recherche de son efficacité demeure constante malgré les maladresses rédactionnelles qui peuvent l’affecter.

Malgré les particularités propres à la convention d’arbitrage, elle demeure malgré tout un contrat, soumis aux critères entourant le droit des contrats, tel que l’offre et l’acceptation du contrat, et pouvant être potentiellement vicié. Il s’agira d’étudier cette formation classique de la convention d’arbitrage, ainsi que les vices pouvant potentiellement l’affecter. L’appréciation de ces vices permettra également de déterminer la fragilité ou la solidité de la convention d’arbitrage, selon le comportement des praticiens lorsqu’un vice affecte la convention d’arbitrage.

## **B. L’offre et l’acceptation, matérialisation classique du consentement contractuel**

La convention d’arbitrage est un contrat. Elle est donc soumise aux conditions de validité des contrats. Elle se forme par une offre et une acceptation et peut être potentiellement viciée par des vices du consentement, au même titre qu’un contrat classique. Il s’agira d’étudier l’application de ces critères à l’arbitrage en droit français (1), et en droit marocain (2).

### *1. L’offre et l’acceptation en droit français de l’arbitrage*

- 187. Connaissance de l’offre.** S’agissant de l’offre ou connaissance de la clause, l’efficacité d’une clause est retenue « [...] lorsque la partie à laquelle la clause est opposée, a eu connaissance de la teneur de ce document au moment de la conclusion du contrat, et qu’elle a, fût-ce par son silence, accepté l’incorporation du document au contrat. »<sup>245</sup>. Ainsi, l’offre s’apprécie temporellement au moment de la conclusion du contrat, date à laquelle il faut que les parties aient eu connaissance de la clause. Il s’agit en réalité de la connaissance de l’existence de la clause compromissaire hors contrat et de la connaissance de « la volonté de l’incorporer » au

---

<sup>245</sup> Cass. 1ère civ., 11 oct. 1989, Bomar Oil I, Rev. arb. 1990, p. 134, note C. KESSEDJIAN, JDI (Clunet) 1990, p. 633, note E. LOQUIN.

contrat principal<sup>246</sup>. Cela signifie qu’il y a une présomption de connaissance de la clause d’arbitrage qui se fonde sur l’exigence de connaissance des termes du contrat par les parties, et de ce à quoi ces termes se réfèrent.

**188. La preuve de l’acceptation.** L’acceptation est également appréciée avec beaucoup de souplesse à la faveur de l’efficacité de la convention d’arbitrage. Effectivement, la jurisprudence Bomar Oil retient l’acceptation du silence des parties, c’est-à-dire qu’elle est présumée de l’absence de contestation. Il convient également de se demander si l’acceptation du contrat vaut acceptation de la clause compromissoire alors même que, nous l’avons vu, l’autonomie de la clause d’arbitrage est un principe consacré. En droit algérien, une exigence de signature de la clause compromissoire est posée alors même qu’elle est rédigée au sein du contrat pour bien distinguer le consentement aux deux. Toutefois, la doctrine semble adopter la position opposée et retenir qu’une fois le contrat conclu, et sans dénonciation expresse de la clause compromissoire, l’acceptation est tacite<sup>247</sup>. Elle considère également que la clause d’arbitrage fait partie du contrat et ce malgré le principe d’autonomie<sup>248</sup>. Ainsi, l’offre et l’acceptation sont soumises à un régime très flexible fondée sur des présomptions qui facilitent l’admission du consentement à la convention d’arbitrage. Toutefois, ce consentement demeure soumis à certains principes d’interprétation.

**189. Particularismes de la convention d’arbitrage.** Nous l’avons vu précédemment, la convention d’arbitrage est soumise au consensualisme, la rencontre de l’offre et de l’acceptation est donc appréciée avec beaucoup de souplesse. Il est difficile de transposer de façon stricte les critères généraux de validité d’un contrat, à la convention d’arbitrage, du fait de son régime à part entière, dont la souplesse est signe d’efficacité. Bien que techniquement, la conclusion d’une convention d’arbitrage naisse de la rencontre entre une offre ferme, précise et extériorisée et d’une acceptation, en réalité ces critères sont appréciés avec énormément des libertés, à la faveur de l’efficacité de l’arbitrage.

---

<sup>246</sup> E. LOQUIN, sous l’arrêt Cass. 1ère civ., 9 nov. 1993, JDI (Clunet) 1994, p. 690 (695)

<sup>247</sup> E. LOQUIN, op. cit., p. 690

<sup>248</sup> P. MAYER, « Les limites de la séparabilité de la clause compromissoire », Rev. arb. 1998, p. 359 (360).

## 2. *L'offre et l'acceptation en droit marocain de l'arbitrage*

**190. Consentement contractuel classique.** En droit marocain, l'approche du consentement est totalement différente. Effectivement, le développement et la démocratisation de l'arbitrage étant beaucoup plus récents, la jurisprudence a longtemps adopté une approche traditionnellement contractualiste, qui analyse le consentement à la convention d'arbitrage en termes d'offre et d'acceptation. La convention d'arbitrage est un contrat, elle est donc soumise aux règles de droit des contrats, de l'offre et de l'acceptation, en amont de la formation de cette dernière. Certains auteurs parlent de « consentement contractuel, pour se référer à cette étape. D'une part, l'offre peut être définie comme la déclaration par laquelle l'offrant exprime sa volonté de contracter<sup>249</sup>. Le droit français et le droit marocain convergent s'agissant des critères qu'une proposition doit remplir pour être qualifiée d'offre. Le premier critère est la fermeté de ladite offre. Ce critère est d'une importance primaire dans la mesure où la convention d'arbitrage conduit à la renonciation à l'accès aux juridictions étatiques s'agissant de certains litiges. La fermeté de l'offre se traduit par une présentation de cette dernière de telle manière qu'une simple acceptation forme la convention. Dans le cas contraire, la qualification serait une invitation à entrer en pourparlers. L'offre doit également être précise, c'est-à-dire qu'elle doit détailler ses modalités. Ce critère revêt une importance primordiale en matière d'arbitrage, surtout s'agissant de l'objet et particulièrement du champ de l'arbitrage. Effectivement il s'agit d'utiliser des termes très précis quant aux litiges qui entrent dans le champ de l'arbitrage dans la mesure où cela sous-tend une renonciation à la justice étatique. Il s'agit d'éviter des plaideurs de mauvaise foi qui se prévalent de l'imprécision des termes du contrat pour tenter de contourner la validité de la convention d'arbitrage. Le troisième critère est l'extériorisation de l'offre. Le législateur offre un panel très large de modes d'extériorisation de l'offre dans la mesure où l'article 313 du CPC<sup>250</sup> qui adopte une approche très souple s'agissant de l'appréciation du support écrit de la convention d'arbitrage. L'article 3 de la nouvelle loi 95-17 relative à l'arbitrage reprend quasi-textuellement l'article 313 ancien du Code de procédure civile. La seule nouveauté se traduit par son adaptation aux nouvelles technologies puisqu'il énonce qu'est réputée conclue par écrit toute convention figurant dans un courrier électronique, ce qui est louable en ce que cela élargit le champ des supports matériels de la convention d'arbitrage.

---

<sup>249</sup> M. D.Toumilt & A. A.Toumilt, *Le droit de l'arbitrage au Maroc*, Edition 2014

<sup>250</sup> Article 3 de la Loi n° 95-17 relative à l'arbitrage et à la médiation conventionnelle, ratifiée le 13 juin 2022, BO 7099

**191. Spécificités locales relatives à l'acceptation.** L'article 313 du CPC<sup>251</sup> marocain est dans la même lignée que la législation française dans la mesure où il considère que l'acceptation suffit à former le contrat. La seule différence avec le droit français est que le silence ne vaut pas consentement, du fait de l'inspiration d'une doctrine musulmane confirmée par la jurisprudence. En effet, La doctrine musulmane considère que le silence ne vaut pas consentement. Effectivement, l'adage « *la younsabou ila sakitin qawl* » peut se traduire par le fait que « *rien ne saurait s'induire du silence nu* »<sup>252</sup>. De même, un arrêt du 17 juin 2009 énonce que « *le simple fait de recevoir une lettre envoyée par la partie adverse et d'apposer sa signature « sur la copie de ladite lettre » ne saurait constituer une reconnaissance explicite de la véracité de son contenu* »<sup>253</sup>. Il s'agit d'une approche extrêmement sévère puisque la signature d'un document signifie au contraire manifestement l'approbation de son signataire. L'article 25 du DOC vient apporter une nuance, donnant au silence une valeur lorsque ce dernier est habituel au sein de relations d'affaires de longue date. Cette disposition a déjà trouvé une application en matière de jurisprudence arbitrale, dans un arrêt rendu par la chambre mixte de la Cour Suprême qui a considéré que :

*« (...) le silence peut être qualifié d'acceptation lorsque l'offre concerne des relations antérieures déjà entamées entre les parties, et a estimé que du fait de l'existence de ces relations dans le cas d'espèce, la contestation de la validité de la clause d'arbitrage est infondée et doit donc être rejetée.*

*Mais attendu que l'accord des parties de recourir à l'arbitrage est une exception, et que l'exception ne peut être interprétée que de manière restrictive ; qu'ainsi, il ne peut être question d'arbitrage que dans les cas d'une clause compromissoire ou d'un compromis issu de la volonté extériorisée des deux parties, dans le cadre d'un contrat écrit ou de correspondances, comme le prévoient les articles 307 et 309 du CPC et l'article II de la convention de New York. »*<sup>254</sup>.

---

<sup>251</sup> *ibid*

<sup>252</sup> M. D. Toumilt & A. A. oumilt, *op. cit.*

<sup>253</sup> CS, ch. Mixte, 17 juin 2009, in Les arrêts de la Cour suprême siégeant en chambre mixte ou en assemblée plénière, Préparation, étude et commentaire de I. Belmahjoub, t. VI, 2009 ; p. 321.

<sup>254</sup> CS, ch. Mixte, 7 mars 2007, RJCS, n°68, 2008, p. 339

Ainsi, si le traitement de l'offre et de l'acceptation sont équivalents en droit français et marocain, la sévérité en matière d'acceptation est en défaveur de l'efficacité du droit marocain et de sa compatibilité avec les standards internationaux. Effectivement, la position de la jurisprudence marocaine est révélatrice du maintien d'une certaine méfiance à l'égard de l'arbitrage qui traduit une « exception » qu'il faut interpréter de façon restrictive.

- 192. Sévérité de l'approche marocaine.** Le consentement à l'arbitrage est considéré de manière stricte en droit marocain, à l'opposé du droit français qui est de plus en plus souple en matière de consensualisme. Ceci se justifie par le scepticisme de la jurisprudence à l'égard de l'arbitrage. De plus, cette sévérité est paradoxale dans la mesure, le droit marocain a une approche souple s'agissant d'autres aspects de l'arbitrage, admettant par exemple que la *lex mercatoria* puisse être considérée comme une source de droit applicable à la convention d'arbitrage. Le Maroc gagnerait à transposer les principes d'interprétation favorable à l'efficacité de la convention d'arbitrage. Pour le moment, la doctrine et la jurisprudence semblent silencieux à ce sujet, à la défaveur de l'efficacité de la convention d'arbitrage. Outre les cas de rédactions maladroites, il s'agira d'étudier également l'approche de ces droits vis-à-vis des vices de consentement pouvant toucher la convention d'arbitrage.

### C. Les vices propres au droit des contrats

Pour M. Racine : « *il est tout à fait envisageable qu'une convention d'arbitrage soit nulle si la preuve d'un vice du consentement est apportée. C'est chose difficile mais possible.* »<sup>255</sup>. Il s'agira de déterminer si ces vices se sont illustrés en matière d'arbitrage (**Paragraphe 1**), pour ensuite proposer des solutions pour les surmonter (**Paragraphe 2**).

#### Paragraphe 1 : Détermination des vices et application à la convention d'arbitrage

La convention d'arbitrage peut être atteinte par des vices classiques relatif au droit des contrats (**1**), comme elle peut être atteinte de pathologies spécifiques à la nature de la convention d'arbitrage (**2**).

---

<sup>255</sup> J.-B. Racine, op. cit., p. 119

### 1. *Les vices du consentement*

Il s'agira de comparer l'approche législative et jurisprudentielle retenue en matière de vices de consentement, en France (a), et au Maroc (b).

#### a) **Les vices du consentement en droit français de l'arbitrage**

**193. Faiblesse de l'application des vices de consentement à l'arbitrage.** Les vices du consentement sont très peu retenus en arbitrage pour annuler une convention. Ainsi, une affaire CCI n°4381 refuse de retenir la violence, tandis qu'une autre affaire CCI n°3327 refuse de retenir le dol. Une telle position est cohérente avec la souplesse dont fait preuve le droit français s'agissant de l'efficacité du consentement à la convention d'arbitrage, qui est fondée sur une approche consensualiste souple. Si des clauses rédigées maladroitement, ou n'étant même pas contenu dans le contrat principal sont valides, il est d'autant plus difficile de prouver qu'un vice de consentement pourrait potentiellement affecter une clause d'arbitrage. Il s'agira de les exposer très rapidement pour se concentrer sur le droit marocain qui est plus sévère en la matière.

**194. L'erreur.** Il s'agit du vice du consentement le plus communément admis en droit français de l'arbitrage. Ainsi, en arbitrage interne, il est reconnu que l'erreur d'une partie sur les liens entre l'arbitre et l'autre partie constituent une erreur et peut s'apparenter au dol lorsque cette relation a été volontairement omise. En tout état de cause, l'erreur doit porter sur « *la substance même de la chose qui est l'objet* » pour être retenue<sup>256</sup>. En pratique, peu de jurisprudence ont retenu l'erreur. L'arbitrage étant un mode de résolution des litiges d'exception, il est peu probable que les parties commettent une erreur de compréhension relative au fait que le litige soit soumis à l'arbitrage. L'erreur sur la qualité substantielle d'un arbitre a toutefois déjà été retenue. C'est par exemple le cas dans une affaire où l'arbitre qui était censé être indépendant nouait une relation professionnelle avec une des parties<sup>257</sup> ou lui avait déjà donné une consultation juridique<sup>258</sup>. A ce sujet, Nous approuvons la position de M. Loquin, selon laquelle, il ne s'agit pas d'une erreur sur la personne, car ce type de personne

---

<sup>256</sup> JurisClasseur Procédure civile Fasc. 1022 : ARBITRAGE . – Conventions d'arbitrage . – Conditions de fonds : consentement. Capacité. Pouvoir. Objet. Cause Date du fascicule : 11 Juillet 2012 Date de la dernière mise à jour : 26 Septembre 2016 Eric Loquin - Professeur à l'Université de Bourgogne - Ancien doyen de la faculté de droit de Dijon

<sup>257</sup> Cass. com., 16 juill. 1964 : Gaz. Pal. 1964, 2, p. 371

<sup>258</sup> CA Paris, 8 mai 1970 : D. 1970, p. 635, note Robert et, sur pourvoi Cass. 2e civ., 13 avr. 1972 : D. 1973, p. 2, note Robert



visé le co-contractant, c'est à dire l'autre partie, et non pas l'arbitre, mais est au contraire une erreur sur la substance de la convention d'arbitrage qui visait à faire gouverner une procédure par une personne impartiale et indépendante<sup>259</sup>. Toutefois il nous apparaît peu probable que dans ce cas, des personnes réellement motivées à s'engager dans une procédure d'arbitrage, demande l'annulation de la convention. Il serait moins brutal et tout aussi efficace de simplement récuser l'arbitre, puis de le remplacer. Le problème se complique si ce dernier a déjà rendu une sentence dont il faudra également demander l'annulation. Les limites de l'erreur sur la personne transparaissent d'autant plus qu'elles ont un champ d'application *ratione materiae* atrophié. Effectivement, pour que l'erreur soit retenue, il faut que la convention d'arbitrage vise explicitement les arbitres, ce qui est le plus souvent le cas dans les compromis d'arbitrage.

- 195. Le dol.** Dans l'affaire CCI n°3327<sup>260</sup>, le tribunal a rejeté l'argument de dol en se fondant sur l'exécution volontaire du demandeur des termes de la convention d'arbitrage pour écarter l'hypothèse d'un consentement vicié. Ainsi, une fois qu'une partie agit en application de la convention d'arbitrage, elle ne peut ultérieurement en contester la validité. Il s'agit ici d'une approche pragmatique en vertu de laquelle le comportement des parties « couvre » les vices de la convention d'arbitrage, et en tout état de cause, vaut consentement.
- 196. La violence.** La violence n'a jamais été retenue par la jurisprudence arbitrale. Ainsi, dans une affaire CCI n°4381, le tribunal arbitral a rejeté l'argument d'une partie qui a allégué que la lettre contenant la clause d'arbitrage avait été écrite sous la violence. La demande est rejetée sur le fondement d'une absence de preuve, mais également, ce qui illustre la sévérité du tribunal arbitral quant au fait d'annuler la convention d'arbitrage, car le tribunal relève qu'en tout état de cause la lettre n'influe pas sur la valeur contractuelle de la convention d'arbitrage.
- 197. Difficultés de retenir les vices du consentement.** Il est ainsi extrêmement difficile, en droit français, de contester la convention d'arbitrage, sur le fondement du consentement, du fait de la prégnance du consensualisme, et de la difficulté à prouver un vice du consentement, en particulier pour le dol et la violence. La preuve est difficile à apporter s'agissant de manœuvres dolosives ou de l'exercice de la violence. Ceci se justifie par l'objet procédural de la convention d'arbitrage qui ne génère pas de profit instantané, mais a des conséquences neutres

---

<sup>259</sup> . E. Loquin, La dualité des fonctions de l'obligation de révélation, Mélanges Philippe Merle, Dalloz, 2012

<sup>260</sup> Sentence CCI. n° 3327, 1981, J.D.I. 1982. 971, obs. S. JARVIN

d'ouverture à un mode de règlement des conflits différents. Il est difficile de prouver que la renonciation aux juridictions étatiques au profit de l'arbitrage constitue un avantage pour l'une des parties en début de procédure, avant que la sentence ne soit rendue, alors que les mêmes garanties procédurales leur sont offertes, que ce soit en arbitrage ou devant les juridictions étatiques. Ce point de vue serait plus difficile à défendre si les parties sont de nationalité différente et que l'une des parties se trouve devoir renoncer au droit applicable dans son pays, qui peut lui être plus avantageux. Qui du droit marocain ?

### b) Les vices du consentement en droit marocain de l'arbitrage

Il s'agira d'étudier successivement l'erreur (1), le dol (2) et la violence (3).

#### 1. L'erreur

- 198. Encadrement législatif.** Il s'agira dans un premier temps de présenter le régime des vices du consentement en droit marocain qui est jusqu'à aujourd'hui peu connu et usité. L'article 39 du Dahir des obligations et des contrats énonce qu'est « *annulable tout consentement donné par erreur, surpris par dol ou extorqué par violence* ». Comme en droit français, L'erreur est donc l'un des vices de consentement envisagé par le législateur marocain permettant de se prévaloir de la rescision des obligations. La législation marocaine liste plusieurs types d'erreurs.
- 199. L'erreur de droit.** L'article 40 du Dahir des Obligations et des contrats énonce que « *l'erreur de droit donne ouverture à la rescision de l'obligation* ». Des spécialistes de l'arbitrage marocain louent l'application de cette disposition à l'arbitrage pour des raisons pratiques <sup>261</sup>. Effectivement, ils considèrent que la multiplication exponentielle des conventions d'arbitrage du fait de l'explosion du commerce international au Maroc ne permet pas aux parties de connaître l'intégralité de la législation applicable. Ainsi, MM. Dyiaa Toumilt considèrent que : « *cette maîtrise, ou même la simple connaissance superficielle des règles de droit, est d'autant plus impossible dans le contexte de l'arbitrage international que les arbitres détiennent souvent le pouvoir de régir la procédure ou le fond du litige par la loi de leur choix, d'opter pour la méthode du dépeçage, d'écarter toute loi étatique et privilégier l'application de règles transnationales* ». Nous ne partageons pas une telle position, dans la mesure où cela ouvre une brèche considérable aux demandes d'annulation de la convention d'arbitrage. Il

---

<sup>261</sup> M. D. Toumilt & A. A. Toumilt, op. cit., p. 79

n'est pas soutenable face à une juridiction étatique ou arbitrale, d'avancer l'argument de l'absence de connaissance de la loi ou de la teneur d'un engagement pour pouvoir se délier d'une convention d'arbitrage. Cela mènerait à la mise à mort de l'efficacité de la convention d'arbitrage au profit des plaideurs de mauvaise foi qui pourront alors se fonder sur cet argument d'une extrême facilité pour pouvoir se délier de l'arbitrage. Au-delà de la matière arbitrale, il s'agirait d'une remise en cause complète du principe de responsabilité contractuelle, qui risque de multiplier les situations d'insécurité juridique, et d'influer sans aucun doute sur le volume du contentieux. En tout état de cause, toutes les erreurs de droit ne sont pas invocables pour une rescision. Il faut que cette erreur ait été déterminante du consentement<sup>262</sup>.

**200. L'erreur sur l'objet de la convention d'arbitrage.** L'article 41 du DOC énonce que : *« l'erreur peut donner ouverture à rescision lorsqu'elle tombe sur l'identité ou sur l'espèce, ou bien sur la qualité de l'objet qui a été la cause déterminante du consentement »*. Ici encore, il faut que l'erreur ait été déterminante du consentement<sup>263</sup> Ne peut être invoquée comme motif de rescision une erreur portant sur des choses accessoires<sup>264</sup>. Ne peut être non plus invoquée l'erreur d'une partie ayant tous les moyens de vérifier les termes du contrat, notamment un professionnel concluant habituellement des conventions d'arbitrage<sup>265</sup>. La Cour d'appel de Rabat a considéré qu'une erreur sur l'objet a été déterminante du consentement, lorsqu'un contractant s'est trompé sur l'étendue du champ d'application de l'arbitrage<sup>266</sup>. Encore une fois, nous n'approuvons pas une telle position jurisprudentielle, qui participe de l'inefficacité de la convention d'arbitrage. Contrairement au droit français, qui recherche des principes en faveur de l'extension de l'objet et du champ d'application de la convention d'arbitrage, le droit marocain adopte une position stricte et littérale du texte de la convention d'arbitrage, en limitant la portée et l'efficacité. Nous recommandons vigoureusement aux praticiens et à la jurisprudence marocaine, d'opérer une transposition des principes d'interprétation admis en droit français et en droit comparé, afin d'adopter une approche libérale de la validité de la convention d'arbitrage à la faveur de son efficacité. Bien qu'il s'agisse d'un contrat, la convention d'arbitrage est un contrat particulier, à l'objet processuel, les grands principes du droit des contrats ne peuvent donc pas être appliqués de

---

<sup>262</sup> Article 40 du DOC

<sup>263</sup> Cour suprême, 29 déc. 1958, GTM, 1959, n°1244, p.299

<sup>264</sup> TPI Casablanca, 19 févr. 1930, GTM, 1930, n°405, p. 164

<sup>265</sup> TPI Casablanca, 19 févr. 1930, GTM, 1930, n°405, p.164 ; CA Rbat, 30 oct. 1928, R.A.C.A.R., t. V, p. 39

<sup>266</sup> CA, Rabat, 7 févr. 1936, R.A.C.A.R., t. XI, p. 136

manière aussi stricte et littérale, puisque l'effet de la convention d'arbitrage est neutre<sup>267</sup>, autorisant simplement la naissance d'une procédure de règlement des litiges parallèle à la procédure arbitrale.

**201. L'erreur sur la personne.** L'article 42 du DOC énonce que l'erreur sur la personne « *ne donne pas ouverture à résolution, sauf le cas où la personne ou sa qualité ont été l'une des causes déterminantes du consentement donné par l'autre partie* ». Toutefois, l'article n'est pas applicable à l'erreur sur l'arbitre dans la mesure où l'article 42 traite seulement de « la personne de l'une des parties ou sa qualité ». La doctrine française considère que l'erreur sur l'arbitre n'est pas un motif de rescision puisqu'il suffit de le remplacer. Pour M. Clay : « *L'arbitre n'est pas l'arbitrage* »<sup>268</sup>. Nous rejoignons cette position dans la mesure où la procédure d'arbitrage ne peut être réduite à néant du fait de l'erreur sur une personne, alors même que la possibilité de la remplacer est légiférée. Certains auteurs marocains proposent d'aller sur le terrain de l'erreur substantielle, en application d'une ancienne jurisprudence française, dans la mesure où la renonciation aux juridictions étatiques par les parties ne témoigne pas exclusivement de leur confiance en l'institution arbitrale, mais en la personne de l'arbitre et notamment en son impartialité qui sont équivalentes à celles d'un juge étatique<sup>269</sup>. Il s'agit pour le moment d'une hypothèse d'école, dans la mesure où ce type de questions sont généralement réglées en pratique par la nullité de la sentence arbitrale ou la récusation de l'arbitre.

## 2. *Le dol*

**202. Consécration législative.** L'article 52 du DOC énonce que : « *le dol donne ouverture à la rescision, lorsque les manœuvres ou les réticences de l'une des parties, de celui qui la représente ou qui est de complicité avec elle, sont de telle nature que, sans ces manœuvres ou ces réticences, l'autre partie n'aurait pas contracté. Le dol pratiqué par un tiers a le même effet, lorsque la partie qui en profite n'avait connaissance* ». Ainsi, la loi exprime clairement les deux formes que peut prendre le dol : les manœuvres dolosives ou la réticence.

---

<sup>267</sup> La simple application d'une convention d'arbitrage n'entraîne pas « directement » un effet négatif envers les parties, comme d'autres clauses dont la violation entraîne la mise en œuvre de la responsabilité.

<sup>268</sup> Th. Clay., op. cit., p. 516

<sup>269</sup> CA de Paris, 8 mai 1970, Arrêt rapporté par M. de Boissesson, le droit français de l'arbitrage interne et international, op. cit., p. 235 ; M. D. Toumilt & A. A. Toumilt, op. cit., ; p. 83

**203. Appréciation stricte des manœuvres dolosives.** Les manœuvres dolosives sont définies comme « *toutes les manigances, astuces, et de manière générale, tout moyen ou procédé de tromperie que la partie à une convention d'arbitrage met en œuvre pour induire son contractant en erreur et l'inciter à conclure ladite convention, rentrent dans le champ des manœuvres dolosives, et entraînent de ce fait l'annulation de la convention d'arbitrage* »<sup>270</sup>. La jurisprudence marocaine est très stricte vis-à-vis de son appréciation des manœuvres dolosives dans la mesure où elle considère que ces dernières « *ne se présument point et doivent au moins résulter de présomptions graves, précises et concordantes* »<sup>271</sup>. La Cour d'appel de Rabat considère ainsi que « *le dol susceptible de motiver une action en dommages-intérêts, doit s'entendre dans un sens large mais doit, néanmoins, être établi par des faits précis, sérieux et pertinents* »<sup>272</sup>. La jurisprudence interprète strictement le dol, posant deux conditions pour le retenir : il faut que les manœuvres aient menés à une « *représentation inexacte sur un point essentiel* »<sup>273</sup> et que ces manœuvres aient déterminés le consentement. Un arrêt de la Cour d'appel de Rabat l'illustre, énonçant que « *le fait de n'avoir que récemment atteint l'âge de majorité, de même que le manque d'expérience et l'élément de confiance, ne sauraient caractériser l'existence de manœuvres entraînant l'annulation du contrat pour dol ou violence* »<sup>274</sup>. Une telle position fait également application des principes généraux de droit des contrats selon lesquels « *nul n'est censé ignorer la loi* », ce qui induit que la jeunesse et le manque d'expérience ne peuvent constituer des arguments suffisants pour constituer le dol, dans la mesure où les manœuvres dolosives ne sont pas caractérisées.

**204. La réticence dolosive.** La doctrine marocaine considère que la réticence dolosive est le corollaire de l'obligation d'information précontractuelle<sup>275</sup>. M. Ozziman définit la réticence dolosive comme « *un fait négatif, une abstention, le fait de ne pas parler, de garder le silence, de ne pas informer son cocontractant sur certains éléments du contrat* ». <sup>276</sup>. Ainsi, la réticence dolosive est approchée de la même manière qu'en droit français, puisqu'elle se traduit par la rétention d'informations essentielles pour que la partie opposée puisse s'engager de façon éclairée.

---

<sup>270</sup> M. D. Toumilt & A. A. Toumilt, op. cit. p. 87.

<sup>271</sup> CA Rabat, 7 févr. 1936, préc.

<sup>272</sup> CA Rabat, 25 janv. 1945, R.A.C.A.R, t. XIII, p. 97.

<sup>273</sup> M. D. Toumilt & A. A. Toumilt, op. cit.; p. 87.

<sup>274</sup> CA Rabat, 8 juill. 2008, La Revue de la jurisprudence de la Cour d'appel de Rabat n°1, 2011, p.54.

<sup>275</sup> A. Mouhim, Les moyens préventifs de protection du consommateur, , Thèse, Casablanca, 2004, p. 73 et suivants.

<sup>276</sup> M. D. Toumilt & A.A. Toumilt, Le droit de l'arbitrage au Maroc, Edition 2014 ; p. 87P. 88

**205. Appréciation jurisprudentielle stricte.** La jurisprudence marocaine, du fait de cette sévérité vis-à-vis du dol en matière d'arbitrage, n'a pas, jusqu'à aujourd'hui, rendu de décision invalidant une convention d'arbitrage sur le fondement d'une convention d'arbitrage fondée sur le dol. Au vu de la position jurisprudentielle en matière d'erreur, ce silence n'est pas réjouissant dans la mesure où il est probablement issu de la pratique, et d'une absence de demandes fondées sur ce motif. Nous pouvons toutefois espérer qu'il s'agit d'une position volontaire de la jurisprudence marocaine qui écarte les vices du consentement portant sur la personne de l'arbitre. Juridiquement, il est difficile de retenir le dol comme fondement de la nullité de la convention d'arbitrage, dans la mesure où il faut que le motif n'ait pas été révélé à la partie antérieurement à la désignation de l'arbitre, par exemple dans le cas d'un compromis d'arbitrage. Si l'arbitre est désigné ultérieurement, la sanction ne peut être la nullité, mais la récusation fondée sur la constitution irrégulière du tribunal arbitral. Quid de la violence ?

### 3. La violence

**206. Conditions de la violence.** La violence est définie par l'article 46 du DOC telle que « *la contrainte exercée sans l'autorité de la loi, et moyennant laquelle on amène une personne à accomplir un acte qu'elle n'a pas consenti* ». Il ressort de cette définition deux conditions : l'illégitimité de la violence et sa détermination du consentement. L'article 51 du DOC ajoute que la crainte révérrencielle ne peut être le motif de la rescision pour violence à moins d'avoir été accompagnée d'un manque grave ou d'une voie de fait. Enfin, l'article 49 du DOC ajoute que les voies de droit peuvent être constitutives de violence lorsqu'elles font l'objet d'un abus.

**207. Position jurisprudentielle sévère.** La jurisprudence marocaine souligne la nécessité de la rapidité d'action de la personne subissant la violence, dès que la cause de cette dernière disparaît. Elle considère qu'est « *motivé l'arrêt de la Cour d'appel qui a refusé de prononcer la rescision pour vice de violence, et ceci compte tenu du fait que la partie (...), n'a intenté l'action en annulation que trois ans après la signature et l'exécution de la convention dont elle conteste la validité* »<sup>277</sup>. Ainsi, un laps de temps très réduit est octroyé à la partie souhaitant se prévaloir de la violence. L'état de nécessité est mal accueilli par la doctrine du

---

<sup>277</sup> CS ch. Mixte, 6 mai 2009, in Les arrêts de la Cour suprême siégeant en chambre mixte ou en assemblée plénière, Préparation, étude et commentaire de I. Belmahjoub, t. VI, 2009, p. 297.

fait du silence du DOC et de la sévérité de la jurisprudence vis-à-vis de ce dernier<sup>278</sup>. Une doctrine minoritaire considère toutefois que « *cette position est surannée, et que le Dahir des obligations et des contrats, de même que la jurisprudence marocaine, devraient évoluer à ce sujet, notamment lorsqu'une partie profite de la situation du cocontractant pour obtenir des avantages excessifs* »<sup>279</sup>. Cette doctrine suggère donc que la violence soit appréciée avec plus de souplesse. Nous nous opposons à une telle position dans la mesure où la violence est une notion très délicate, et qu'une interprétation légère de cette dernière risque d'ouvrir la porte à des plaideurs de mauvaise foi souhaitant se soustraire à leurs obligations.

**208. Les contours juridiques de la violence économique.** La jurisprudence marocaine ne reconnaît pas la violence économique au motif qu'il s'agirait d'une violation du principe de l'autonomie de la volonté<sup>280</sup>. Une partie de la doctrine marocaine conteste cette position, considérant que le cas d'une personne concluant une convention d'arbitrage désavantageuse du fait de sa dépendance économique d'une autre partie constituerait un motif tout à fait légitime de rescision pour violence économique<sup>281</sup>. Cette solution serait d'ailleurs dans la continuité de la doctrine musulmane, tel que l'avance un auteur selon lequel :

*« il est tenu compte, dans les écoles chaféite, malékite et hanbalite, de la menace visant des biens, à condition que les biens menacés de destruction soient importants (...). Quant aux Hanafites, ils auraient d'abord tenu pour non dirimant ce mode de contrainte, puis certains d'entre eux, prisonniers du principe que la cause de la violence importe peu et que tout tient à la crainte qui en résulte dans l'esprit de celui qui est contraint, »*<sup>282</sup>.

L'approche de la doctrine musulmane se positionne vis-à-vis de la personne, et de l'impact psychologique ressenti par la violence, et non pas vis-à-vis de la véritable cause concrète de la violence. Toutefois, cette position doctrinale demeure théorique, et il n'y pas eu jusqu'ici d'illustration de convention d'arbitrage annulée sur le fondement de la violence. Comme, en droit français, il s'agit d'une hypothèse d'école, ce que nous approuvons puisque cela écarte tout un pan de fondements sur lesquels la convention d'arbitrage peut être rendue inefficace.

---

<sup>278</sup>O. Droit civil, droit des obligations : Le contrat, Le Fennec, 1995 p.90

<sup>279</sup> M. D. Toumilt & A. A. Toumilt, op. cit.; p. 91.

<sup>280</sup> M. D. Toumilt & A. A. Toumilt, op. cit.; p. 92.

<sup>281</sup> M. D. Toumilt & A. A. Toumilt, op. cit.; p. 92

<sup>282</sup> Linant de Bellefonds Yvon, Théorie Générale de l'Acte Juridique : Aus : Traité de Droit Musulman Comparé, Mouton & Co, 1965 p. 93

**Conclusion :** Il apparaît que les vices du consentement sont beaucoup plus développés en pratique en droit marocain de l'arbitrage qu'en droit français. L'explication est pragmatique et se traduit par les défauts de rédaction des conventions d'arbitrage dont l'absence de clarté encourage les réclamations, à juste titre ou non, fondées sur le vice du consentement. Ces défauts rédactionnels traduisent un obstacle alarmant à l'efficacité des conventions d'arbitrage qui se manifeste également par le biais des clauses pathologiques.

#### D. Les pathologies spécifiques la convention d'arbitrage

209. **Définition d'une clause pathologique.** Les clauses pathologiques peuvent se définir comme les clauses dont la rédaction est viciée de telle sorte qu'elles entravent le bon déroulement de la procédure d'arbitrage. Il s'agit d'une clause « *qui du fait de son libellé ne peut remplir ses fonctions essentielles* »<sup>283</sup>. Pour M. Eismann, il y a 4 fonctions essentielles à respecter : produire des effets obligatoires sur les parties, écarter l'intervention des tribunaux étatiques pour le règlement des différends, donner pouvoir aux arbitres de régler le litige, et permettre une procédure efficace. En somme, ces fonctions illustrent toutes les facettes de l'efficacité de la convention d'arbitrage et de la procédure d'arbitrage. La clause d'arbitrage est considérée comme pathologique si elle manque à une de ces fonctions. Pour M. Fouchard, il s'agit de clauses « *qui ne se suffisent pas à elles-mêmes* »<sup>284</sup> dans la mesure où une interprétation est nécessaire pour qu'elles soient viables. Il s'agit donc de clause dont le sens n'est pas évident à la première lecture.
210. **Forme des clauses pathologiques.** Ces pathologies peuvent être de diverses formes, M. Eismann les a listés dans un « musée noir » des clauses pathologiques<sup>285</sup>. Une clause peut être considérée comme pathologique si elle manque de clarté quant à la véritable volonté de recourir à l'arbitrage, ou à la désignation d'une juridiction arbitrale, ou encore plus subtilement, des clauses difficiles à appliquer quant à la bonne conduite de la procédure arbitrale en ce qu'elles sont obscures s'agissant de la désignation des arbitres. Il va sans dire que ce type de clause constituent l'ennemi de l'efficacité de la convention d'arbitrage. Quelle que soit leur forme, leur nature, où l'aspect de la procédure auxquelles elles font obstacles, ces clauses doivent être interprétées par le tribunal arbitral ou étatique, afin de pouvoir déceler la véritable intention des parties qui se cache derrière la mauvaise rédaction de la clause. Il

---

<sup>283</sup> L. Chedly, op. cit., p.986

<sup>284</sup> L. Chedly, op. cit., p. 987

<sup>285</sup> La Clause d'arbitrage pathologique, in Études Minoli, UTET 1974, p. 120 s.



s'agit d'étudier le panel de ces clauses (1), puis de rechercher des moyens pour les rendre efficaces (2).

### 1. *Les principales clauses pathologiques*

**211. Les clauses pathologiques relatives à la désignation d'une institution arbitrale.** Une rédaction maladroite d'une clause d'arbitrage peut mener à la désignation approximative ou peu claire d'une institution arbitrale, qui existe ou non. Si l'on se base sur le texte littéral, la clause d'arbitrage devrait être invalide, mais lorsque l'intention des parties de désigner une certaine institution est sans équivoque, il est possible de procéder à une interprétation in favorem. Ainsi, plusieurs sentences arbitrales ont validé des clauses qui désignent « the international chamber of commerce in Geneva » alors que la chambre de commerce internationale est localisée à Paris<sup>286</sup>. La jurisprudence française interne suit la même logique. Dans un arrêt rendu par la Cour d'appel de Paris le 14 février 1985<sup>287</sup>, cette dernière a considéré que les parties, par la formulation « Tribunal de la Chambre de commerce de Paris », visait en réalité la « Chambre arbitrale de Paris ». Dans une autre affaire, il y a eu une confusion autour de l'expression « chambre de commerce de Paris », qui se référait au tribunal arbitral de la Chambre de Commerce Internationale selon une partie, et au Centre de médiation et d'arbitrage de Paris pour l'autre partie. Le tribunal arbitral après avoir retenu qu'il n'y avait pas de doutes sur la volonté des parties de régler leur litige par voie d'arbitrage, s'est fondé sur un faisceau d'indices pour retenir la compétence de la Chambre de commerce international<sup>288</sup>. Les exemples sont nombreux mais le principe est le même, la jurisprudence agit clairement en faveur du sauvetage des clauses pathologiques.

**212. Illustration jurisprudentielle marocaine.** Le droit marocain a offert un exemple récent de ce type de clauses pathologiques, rendant une décision très critiquable par sa sévérité. Il s'agissait d'une espèce où les parties ont conclu une clause compromissoire qui désigné comme institution compétente « la Chambre de commerce » sans préciser laquelle. La Cour d'appel de Casablanca a retenu la nullité de la convention d'arbitrage au motif que la

---

<sup>286</sup> CCI n° 3460 de 1980 : JDI 1981, p. 939 . – CCI n° 2626 de 1977 : JDI 1978, p. 980 . – CCI n° 4023 de 1984 : JDI 1984, p. 950 , obs. S. Jarvin. – Sent. CCI n° 5983 rendue en 1989 : Bull. ASA 1993, p. 507

<sup>287</sup> <sup>287</sup> Fasc. 706 : ARBITRAGE COMMERCIAL INTERNATIONAL . – Convention d'arbitrage . – Effets . – Droit commun et droit conventionnel Date du fascicule : 10 Septembre 1994 Date de la dernière mise à jour : 10 Septembre 1994 Emmanuel GAILLARD - Professeur à l'Université de Paris XII - Associé, Shearman & Sterling, Paris

<sup>288</sup> Sentence partielle CCI, n°10709, 2000, Cahiers de l'arbitrage, 2010, n°1, p.81

désignation de l'arbitre était irrégulière<sup>289</sup>. Il s'agit d'une position bien trop sévère dans un cas d'espèce où la volonté des parties étaient facilement déterminable, et dont la sanction a été trop disproportionnée. Effectivement, il aurait été plus efficace de rechercher de façon concrète et pragmatique la chambre de commerce avec laquelle les parties au litige ont le plus de lien.

**213. Clause blanche.** Les clauses blanches sont les clauses qui n'encadrent pas les modalités de désignation des arbitres, que ce soit directement ou par référence à un règlement ou à une institution arbitrale. En arbitrage interne, l'article 1443 du Code civil sanctionne ces clauses par la nullité en retenant que « *La clause compromissoire doit, à peine de nullité, être stipulée par écrit dans la convention principale ou dans un document auquel celle-ci se réfère. Sous la même sanction, la clause compromissoire doit, soit désigner le ou les arbitres, soit prévoir les modalités de leur désignation.* ». La solution en droit marocain de l'arbitrage international est inverse puisqu'aucun texte ne semble sanctionner telles clauses, ce qui tend à suggérer qu'elles seraient potentiellement interprétées in favorem validitatis. En pratique, ces clauses risquent d'être problématique si elles ne présentent aucun indice permettant de rattacher l'arbitrage à un ordre juridique, par la loi applicable à la procédure par exemple. Elles ne permettent même pas d'affirmer la manifestation de la volonté des parties de recourir à l'arbitrage. Une solution potentielle se traduirait par l'application de l'article 1452 du Code de procédure civile, considérant qu'il s'agit d'un arbitrage ad hoc en vertu duquel la constitution du tribunal arbitral relève de la compétence du Tribunal de Grande instance.

**214. Clauses abusives et arbitrage.** Avant l'adoption de la loi n°31-08, le législateur marocain était passif vis-à-vis des clauses abusives, ce qui était extrêmement réprimé par la doctrine<sup>290</sup>. Un éminent auteur a considéré que « *les milieux législatif, judiciaire et juridique, ne se montrent nullement préoccupés par la protection de l'adhérent dans un pays où les inégalités sont souvent flagrantes, où les abus de position dominante sont souvent graves et où les adhérents-consommateurs ont besoin d'une protection redoublée* »<sup>291</sup>. Les lacunes qu'ils visent ont toutefois été comblées par la loi 31-08. Par ailleurs, la doctrine a recouru à la théorie

---

<sup>289</sup> CAC Casablanca le 16 Mai 2022, Réf : 22476

<sup>290</sup> I. Fakhouri, La protection du consommateur face aux clauses abusives, R.E.M.E.D., n°3, 2001, p. 73.

<sup>291</sup> O. Azziman, op. cit. p. 95.

de l'abus de droit et à la notion de bonne foi comme fondement pour sanctionner les clauses abusives<sup>292</sup>.

**215. Consécration législative.** En tout état de cause, la loi n°31-08 est venue mettre fin à ces tergiversations doctrinales<sup>293</sup>. Toutefois, cette loi est d'interprétation stricte, son objectif étant de rééquilibrer les contrats et non pas d'être un motif pour les cocontractants insatisfaits de se prévaloir d'un motif de rescision. Elle définit strictement la clause abusive comme « *toute clause qui a pour objet ou pour effet de créer, au détriment du consommateur, un déséquilibre significatif entre les droits et les obligations des parties au contrat* »<sup>294</sup>. La loi énumère de façon non exhaustive certaines clauses pouvant être considérée comme abusives, en laissant en son article 16 un large pouvoir d'interprétation aux magistrats. Elle envisage des cas applicables à l'arbitrage, tel que celui l'empêcherait d'exercer toute voie de recours ou l'obligerait à écarter la loi étatique qui gouverne normalement le litige. De façon globale, la liste de la loi étant non exhaustive, le consommateur pourra s'en prévaloir dès lors que la clause d'arbitrage entraîne un déséquilibre significatif entre les droits et les devoirs. Il n'y a pas non plus d'illustrations jurisprudentielles à ce sujet, mais il est possible de projeter, du fait du fondement textuel accordé par la loi 31-08, que des parties pourront faire usage de ce moyen pour se délier de l'arbitrage.

**216. Appréciation du droit français.** C'est par exemple le cas en droit français, puisque certains consommateurs se sont fondés sur les articles L. 132-1 et L.132-5 du Code de la consommation, ce qui n'est pas nécessaire, puisque dans le cas de la clause compromissoire, une telle clause peut être annulée sur le fondement de l'article 2061 du Code de procédure civile. Le compromis est valable en arbitrage interne au regard du droit de la consommation.

**217. Validité en arbitrage international.** En arbitrage international français, les conventions d'arbitrage sont valables à la lumière du droit de la consommation puisque l'article 2061 du Code civil n'est pas applicable. La convention d'arbitrage ne peut donc pas être contestée sur le fondement des clauses abusives. Le seul fondement ouvert en la matière est fondé sur le droit spécial de la consommation. La Cour d'appel de paris a pu considérer que : « *La clause compromissoire dans un litige international de placement de fonds dans une banque*

---

<sup>292</sup> M. D. Toumilt & A. A. Toumilt, op. cit., ; p. 95.

<sup>293</sup> Dahir n°1-11-03 du 18 février 2011 (B.O. n°5932 du 7 avril 2011)

<sup>294</sup> Article 15 de la loi n°31-08 édictant des mesures de protection du consommateur issu du Dahir n°1-11-03 du 18 février 2011

*américaine est licite et applicable à l'égard des contractants directeurs de sociétés pour un investissement personnel portant sur une somme importante qui exclut un déséquilibre significatif entre les parties à la signature du contrat.* »<sup>295</sup>. Si en l'espèce le caractère abusif n'a pas été retenu, la jurisprudence l'envisage tout de même, si la clause crée un déséquilibre significatif entre les parties. Ceci se justifie en matière d'arbitrage, puisqu'une telle procédure peut placer une partie faible dans l'impossibilité de faire face aux charges financières induites par l'arbitrage.

**218. Efficacité de la convention d'arbitrage à l'aune d'un rejet des vices du consentement.**

Ainsi, bien que les vices touchant à l'intégrité de la convention d'arbitrage puissent lui être applicables en théorie, en sa qualité de contrat soumis au droit des contrats, ces derniers sont en pratique très peu retenus par la jurisprudence ce qui témoigne de la solidité et de l'efficacité entourant la convention d'arbitrage qui ne peut pas être facilement remise en cause. Ceci se justifie également par le fait qu'il s'agit d'un contrat particulier, qui possède lui-même son arsenal de sanctions efficaces tel que la récusation de l'arbitre ou encore les recours contre la sentence arbitrale, ne nécessitant donc pas de puiser dans les ressources légales du droit commun.

**219. Cas particulier de l'analphabétisme.** Il s'agit d'une cause pouvant faire douter du consentement qui est toujours d'actualité au Maroc puisque le taux d'analphabétisme est toujours de 32,3%<sup>296</sup>. La jurisprudence marocaine se prononce incontestablement sur l'illettrisme comme motif de rescision d'un contrat. Malgré le haut taux d'illettrisme au Maroc, ce dernier n'est pas défini par le législateur qui se limite à y faire mention à l'article 427 du Dahir des obligations et des contrats, énonçant que « *les écritures portant l'obligation de personnes illettrées ne valent que si elles ont été reçues par notaires ou par officiers publics à ce autorisés* ». Pour qu'une notion soit sanctionnée, il est essentiel qu'elle soit bien définie et prise en considération par le législateur.

**220. Concept évolutif.** La conception de l'illettrisme a évolué. Dans un premier temps, sous le protectorat, était considérée comme illettré toute personne ne sachant pas signer<sup>297</sup>. Ainsi, la Cour d'appel de Rabat rappelle qu'en employant le terme illettré le législateur « *a voulu parler exclusivement des personnes ne sachant pas signer et a décidé, à cet égard, que leurs*

---

<sup>295</sup> CA Paris, 2 avr. 2003 : Rev. arb. 2005, p. 118, note Boucobza

<sup>296</sup> Dernières statistiques au Recensement Général de la Population et de l'Habitat 2014

<sup>297</sup> TPI Casablanca, 1<sup>o</sup> oct. 1923, GTM, 1924, b<sup>o</sup>109, p. 13.

*obligations, par cela seul qu'elles ne pouvaient être signées par elles, ne seraient valablement constatées que par des actes authentiques* »<sup>298</sup>. Cette position est inspirée du code fédéral suisse de l'époque<sup>299</sup> et est assez laxiste puisqu'elle englobe uniquement l'incapacité à signer.

**221. Approche doctrinale et jurisprudentielle souple.** La doctrine déplorait cette position, considérant qu'elle était trop flexible. Notamment, la Cour de cassation française, saisie d'un pourvoi contre un arrêt de la Cour d'appel de Rabat a considéré que « *le seul fait de savoir signer ne saurait prouver que l'obligé est lettré* »<sup>300</sup>. Depuis, la jurisprudence a complètement changé de position, considérant clairement que « *l'illettré n'est pas celui qui ne sait pas signer* »<sup>301</sup>. Le corollaire de cette position a également été consacré puisqu'un arrêt de la Cour d'appel de Rabat a considéré que : « *le fait d'apposer son empreinte en guise de signature ne constitue pas une preuve d'illettrisme* »<sup>302</sup>. Ces jurisprudences successives ne témoignent pas d'une volonté de la Cour de cassation d'être plus sévère, mais enjoint seulement les juges à avoir une approche plus pragmatique et de ne pas déduire d'automatisme du seul fait de la signature des parties, mais au contraire d'analyser chaque situation au cas par cas.

**222. Contradictions jurisprudentielles.** Les juridictions marocaines ont continué à se contredire pendant longtemps, revenant même en arrière par un arrêt qui a considéré que « *tant qu'il n'y a pas de déni de signature, cette dernière est considérée comme preuve que la personne qui l'avait apposée n'était pas illettrée* »<sup>303</sup>. Ainsi, la jurisprudence marocaine revient à sa position précédente en vertu de laquelle la simple signature suffit à déduire qu'une personne n'est pas illettrée, sans rechercher si cette dernière a les capacités de prendre connaissance du document qu'elle a signée. D'autres critères sont à prendre en considération, la jurisprudence à une approche casuistique, considérant qu'un commerçant expérimenté ne peut recevoir la qualification d'illettré<sup>304</sup>. Il s'agit donc d'un domaine extrêmement délicat à approcher de façon casuistique.

---

<sup>298</sup> CA Rabat, 12 mars 1949, R.A.C.A.R., t. XV, p. 349 et GTM, 1949, n°1049, p. 124.

<sup>299</sup> CA Rabat, 31 janv. 1939, R.A.C.A.R. t. X, p. 62.

<sup>300</sup> Cass. Fr. civ., 8 avr. 1957, RMD, 1960, p. 107.

<sup>301</sup> CS ch. Mixte., 15 déc. 1976, rev. Al Makal, n°3-4, 2011, p. 295.

<sup>302</sup> CA Rabat, 18 mai 2010, La revue de la jurisprudence de la Cour d'appel de Rabat n°2, 2012, p. 84.

<sup>303</sup> CS stat. Pers., 4 janv. 2006, rev. Al Meiar, n°36, 2006, p. 208.

<sup>304</sup> CS civ., 10 déc. 1987, GTM n.s., n°50, 1987, p. 74.

**223. Critère de la connaissance de la langue.** Le critère qui a été illustré en droit de l'arbitrage est intéressant car il s'agit de la connaissance de la langue <sup>305</sup>. La Cour suprême a ainsi considéré que l'illettré « *n'est pas celui qui ne sait pas signer, mais celui qui ne connaît pas la langue dans laquelle a été rédigé le contrat* »<sup>306</sup>. La doctrine considère que cette position est trop libérale puisqu'elle « *conduit à considérer des personnes d'un niveau intellectuel élevé comme étant illettrées* »<sup>307</sup>. En effet, des personnes étant par exemple hautement diplômées en langue arabe, seront considérées comme des analphabètes car elles ne maîtrisent pas le français. Une partie de la jurisprudence rejoint la doctrine, un arrêt de la Cour d'appel de Marrakech ayant considéré que « *l'exception d'illettrisme soulevée par l'appelant, fondée sur l'ignorance de la langue française, n'est guère sérieuse puisque le contrat qui lie les parties et qui a donné lieu au litige du compromis d'arbitrage, a été rédigé en langue française, et que l'appelant a légalisé la signature qu'il avait apposé sur ledit contrat et n'a formulé aucune objection à son égard* »<sup>308</sup>. Cet arrêt est intéressant pour l'arbitrage international où la langue est souvent différente de la langue maternelle des parties lorsqu'elles sont de nationalité différente, elles choisissent généralement l'anglais. Dans ce cas, la langue était le français, et la jurisprudence a été ferme, l'absence de connaissance de la langue ne peut être soulevée au titre de l'illettrisme, ce serait ajouter une cause d'inefficacité qui peut être facilement soulevé en arbitrage international et risque de fragiliser la convention d'arbitrage.

## 2. Le sauvetage des clauses pathologiques

**224. Subdivisions**<sup>309</sup>. Outre les principes d'interprétation favorables à l'arbitrage retenus par le droit français, les clauses pathologiques peuvent également retrouver leur efficacité par le biais d'un sauvetage législatif ou judiciaire, subdivision appropriée proposée par M. Chedly, entre le sauvetage législatif et le sauvetage judiciaire.

**225. Sauvetage législatif.** Dès lors que la volonté d'entreprendre un arbitrage est claire, tout est mis en œuvre par la loi pour sauver la clause pathologique. Par exemple, la clause blanche est palliée par l'article 1444 du CPC qui reconnaît la validité de la clause blanche lorsque la

<sup>305</sup> CA Rabat, 9 oct. 1917, R.A.C.A.R., t. I, p. 64.

<sup>306</sup> CS, ch. Mixte, 1<sup>er</sup> déc. 1976, RJCS, n°26, 1980, p. 39

<sup>307</sup> M. D. Toumilt & A. A. Toumilt, Le droit de l'arbitrage au Maroc, Édition 2014 ; p. 102.

<sup>308</sup> CA Marrakech, 19 oct. 2006, doss. N°1322/10/06, rapp. Par O Azougar et A. El Alami, op. cit. p. 112.

<sup>309</sup> Expression utilisée par Lotfi Chedly dans son ouvrage op. cit.

convention ne désigne pas de tribunal arbitral. Également, il est possible de se fonder sur des principes généraux gouvernant le droit de l'arbitrage tel que la recherche de la volonté des parties. Au-delà des pathologies et des maladroites rédactionnelles, il s'agit d'interpréter le contrat pour déterminer la volonté des parties, sans dénaturer le contrat. Il s'agit de rechercher leur commune intention, non pas telle que l'exprime la lettre du contrat, mais telle qu'elle ressort de leur comportement, en se fondant sur les principes ultérieurement développés.

**226. Sauvetage judiciaire.** La jurisprudence agit également en faveur de l'efficacité des clauses pathologiques, notamment des clauses blanches. Elle se base principalement sur les principes d'interprétation présentés préalablement, dont l'effet utile considérant que « *lorsque les parties insèrent une clause d'arbitrage dans leur contrat on doit présumer que leur intention a été d'établir un mécanisme efficace pour le règlement des litiges visés par la clause compromissoire* »<sup>310</sup>. Une fois de plus, la volonté des parties est maîtresse en matière d'interprétation du consentement à l'arbitrage. Également dans une affaire où la convention était extrêmement mal rédigée, confondant clauses de règlement amiable, d'élection de for et d'arbitrage, la Cour d'appel de Paris a retenu par un arrêt du 7 avril 2011<sup>311</sup> que « *la seule interprétation utile d'une clause qui prévoit expressément le recours à l'arbitrage ... est celle qui fait du recours à la voie arbitrale, sous l'unique condition d'un préalable de conciliation, le sens de la commune volonté des parties* ». Ainsi, le juge a écarté la clause attributive de juridiction du fait unique de la mention de l'arbitrage. Ceci se justifie par le fait qu'il s'agisse d'une juridiction d'exception, et que la seule mention manifeste de la volonté des parties.

**227. Faveur jurisprudentielle de la convention d'arbitrage.** Dans une autre affaire, la Cour d'appel de Paris, par un arrêt du 29 novembre 1991, a privilégié l'application de la clause compromissoire en concurrence avec une clause d'attribution juridictionnelle aux tribunaux de Paris au motif que : « La portée de la clause compromissoire comme expression de la volonté des parties est beaucoup plus large que celle d'une clause attributive de compétence en ce qu'elle a pour effet de donner aux arbitres le pouvoir de juger, excluant par là même l'intervention des juridictions de l'Etat, alors que la clause attributive de compétence ne fait que désigner la juridiction territorialement compétente pour trancher le litige »<sup>312</sup>. La doctrine

---

<sup>310</sup> L. Chedly, op. cit., , p. 106

<sup>311</sup> L. Chedly, op. cit., p. 111

<sup>312</sup> L. Chedly, op. cit., p.986

souligne de la part de la jurisprudence une « philosophie en faveur de l'arbitrage »<sup>313</sup> du fait de la tendance des juges à prendre certaines libertés pour sauver des clauses pathologiques « en leur restituant sous couleur d'interprétation, le sens que des parties avisées auraient dû leur donner »<sup>314</sup>. Il s'agit donc d'aller au-delà des maladresses rédactionnelles pour rechercher la véritable intention des parties. Il est vrai que la Cour de cassation a pu retenir que « la cour d'appel a souverainement décidé, par une recherche de la commune intention des parties permettant d'assurer l'efficacité de la convention d'arbitrage »<sup>315</sup> afin de rejeter l'argument de la partie qui reprochait à la Cour d'appel d'avoir interprété la formulation « la commission d'arbitrage de la chambre de commerce française de Paris » comme désignant la chambre arbitrale de Paris. M. Racine souligne également la volonté de la jurisprudence d'interpréter « de manière large le champ d'application de la convention par une interprétation elle-même extensive de la volonté des parties »<sup>316</sup>. Le curseur est donc la volonté des parties, qui traduit le remède ultime aux pathologies touchant à la rédaction de la convention d'arbitrage.

**228. Justification de la position jurisprudentielle.** La tendance jurisprudentielle est donc en faveur de l'efficacité de la convention d'arbitrage et d'interprétation large du champ d'application ratione materiae de la convention d'arbitrage en l'absence de limitations explicites. Ceci se justifie par le fait que « la jurisprudence semble également guidée par des considérations pratiques et un souci d'efficacité de ces clauses, quitte à prendre quelques libertés à l'égard des termes employés par les parties »<sup>317</sup>. L'essentiel est de déterminer la volonté des parties de s'engager à l'arbitrage. Une fois cette volonté établie, le tribunal arbitral met en oeuvre tout ce qui est en son pouvoir pour donner pleine efficacité à la convention d'arbitrage malgré des maladresses rédactionnelles.

**Conclusion :** Ainsi, les principes entourant le consentement en droit de l'arbitrage sont extrêmement souples. Malgré cela, des maladresses rédactionnelles causent des clauses pathologiques qui sont au cœur de la problématique de l'efficacité de la convention d'arbitrage dans la mesure où elles traduisent le principal obstacle qui pourrait nuire à cette efficacité. Elles sont nombreuses et le contentieux les entourant est riche. En tout état de cause, des

---

<sup>313</sup> F. Gaillard, La jurisprudence de la Cour de cassation en matière d'arbitrage international, Texte de conférence donnée à la Cour de cassation, 13 mars 2007.

<sup>314</sup> F. Gaillard, op. cit.

<sup>315</sup> Cass. Civ. 1re, 28 mars 2002 Middle East Agricultural & Trading Cy Ltd c. société Avicola Bucuresti

<sup>316</sup> J.-B. Racine, op. cit.

<sup>317</sup> J. Beguin, M. Menjucq, Droit du commerce international, LexisNexis, 2ème édition, 2011



principes d’interprétation son bien ancrés en droit français, et transposables au droit marocain, pour sauver les clauses pathologiques et garantir l’efficacité de la convention d’arbitrage. Il convient de se demander si ces principes ne devraient pas être consacrés légalement, tant ils sont bien ancrés dans la jurisprudence nationale et arbitrale. En tout état de cause, pour prévenir ces situations, il est fortement recommandé d’être diligent lors de la rédaction de sa clause, se fondant potentiellement sur les lignes directrices rédactionnelles régulièrement publiées par les institutions arbitrales telles que la CCI ou le CIRDI. Ainsi, quand bien même la loi se limiterait à des exigences consensualistes, « *les parties ont intérêt à être plus exigeantes que la loi ne l’est habituellement et à rédiger leur convention d’arbitrage dans une forme et sur des sujets qui ne peuvent donner lieu ultérieurement à aucune discussion quant à leur intention de recourir à l’arbitrage* »<sup>318</sup>. Nous ne saurions donc recommander suffisamment aux parties de faire preuve de minutie lors de la rédaction des conventions d’arbitrage, afin d’éviter ce type de contentieux.

---

<sup>318</sup> K. P. Berger, op. cit., note 23, p. 119 – Traduction non officielle de l’anglais

## Chapitre 2 : Les conditions de forme de formation de la convention d'arbitrage

La majorité des pays arabes exigent une forme écrite comme condition de validité de la convention d'arbitrage. C'est ainsi le cas du droit algérien en son article 458 du Code de procédure civile, ou encore à l'article 173 du CPCC koweïtien. Une décision rendue par la cour de cassation de Dubaï le justifie par le fait que « *l'arbitrage ne se présume pas, il doit être expressément convenu en raison des résultats auxquels il aboutit, en l'occurrence à la soustraction du litige de la juridiction des tribunaux ordinaires et des garanties que celle-ci offre aux contractants.* »<sup>319</sup>. Ainsi, c'est le fondement conventionnel de l'arbitrage qui justifie la nécessité de son formalisme. Il ne naît pas de la loi, mais de la volonté des parties qui doit s'exprimer de façon expresse.

En tout état de cause, les règles matérielles diffèrent d'un ordre juridique à l'autre. Ainsi, certains pays, tel que les Pays-Bas, exigent exclusivement un écrit pour la preuve de la convention d'arbitrage, en application de l'article 178 du Code de procédure civile hollandais, tandis que d'autres pays, comme l'Algérie, exigent un écrit comme condition de validité de la convention d'arbitrage, tel que retenu par l'article 458 du Code de procédure civile algérien. Tel qu'évoqué précédemment le droit français exige un écrit uniquement en droit de l'arbitrage interne. L'écrit n'est pas exigé en matière internationale, alors même que les parties aurait décidé de soumettre leur convention au droit français. La Cour d'appel a ainsi eu l'occasion de rejeter les moyens invoqués en vertu d'une absence de validité d'une convention d'arbitrage qui n'aurait pas respecté le formalisme imposé en arbitrage interne, au motif qu'il s'agissait en l'espèce d'un arbitrage international et que ces règles ne s'appliquaient donc pas<sup>320</sup>.

De nombreuses conventions internationales posent cette exigence d'écrit. C'est ainsi le cas de la convention interaméricaine de Panama de 1974 en son article premier qui énonce que « l'accord doit être stipulé dans un document signé par les parties, ou résulter d'un échange de lettres, de télégrammes ou de télex ». La Convention européenne de 1961 en son article I (2) a) énonce que la convention d'arbitrage peut être contenue dans « un échange de lettres, de télégrammes ou de communications par télécopieur (...) ».

---

<sup>319</sup> Cass. Dubaï, rec. N°48 et 70/92 du 23 mai 1992, *Majallat Al-Aqada wal Tachri'*, 1995, p. 501. Dans N. Najjar p. 132

<sup>320</sup> CA Paris, 19 févr. 1988 : *Rev. arb.* 1990, p. 657, avec comm. B. Oppetit, p. 551, maintenu par Cass. Ire civ., 18 févr. 1992 : *Rev. arb.* 1993, p. 103, obs. J.H. Moitry

Il s'agit de déterminer les contours de l'approche de l'écrit en droit français et en droit marocain, et plus particulièrement l'impact positif que la souplesse jurisprudentielle effectuée sur l'efficacité de la convention d'arbitrage (**Section 1**), pour ensuite analyser l'évolution de l'exigence de signature (**Section 2**).

*Section 1 : L'exigence d'écrit*

Il conviendra de respecter la subdivision méthodologique durant toute cette étude en esquissant les contours entourant l'exigence d'écrit en droit français (**A**), pour ensuite étudier si le droit marocain se conforme aux standards d'efficacité et de souplesse proposés par le droit français (**B**).

**A. La flexibilité des contours de l'exigence d'écrit en droit français à l'aune du consensualisme**

Il conviendra d'étudier l'évolution de l'approche du droit français en matière d'exigence d'écrit (**1**), pour ensuite en déterminer la valeur (**2**).

*1. La nature de l'écrit*

**229. La flexibilité du droit français.** Le régime de l'écrit en matière d'arbitrage international représente la manifestation la plus probante de la flexibilité du droit français. Effectivement, le principe en la matière est le consensualisme, tel qu'expliqué précédemment, ce qui signifie qu'aucune exigence de forme particulière n'est requise. Les conséquences de ce principe se déclinent en deux facettes. D'une part, toute forme d'écrit est admissible sans aucune exigence particulière, dans l'optique de prouver une convention d'arbitrage. La seconde facette se traduit par le fait qu'aucune forme n'est requise. En arbitrage interne également, si l'écrit est obligatoire, et ce à peine de nullité en vertu de l'article 1443 du Code de procédure civile, la flexibilité se manifeste au niveau de la forme de l'arbitrage. Effectivement, bien que les commentateurs considèrent que ce texte est plus sévère que l'ancien texte qui n'imposait pas l'écrit au compromis, il est en réalité très souple puisque toute forme d'écrit est admise.

**230. Justification du fait de la volonté des parties.** Une convention d'arbitrage contenue dans une lettre a même été reconnue comme valable par la jurisprudence dans la mesure où le destinataire ne l'avait pas contestée. La différence de régime entre l'arbitrage interne et l'arbitrage international se justifie par la nature propre à l'arbitrage international. Pour certains

auteurs : « *cette différence n’est pas opportune dans la mesure où rien ne justifie un tel écart dans les solutions* »<sup>321</sup>. Effectivement un encadrement sévère de la forme risquerait de décourager les acteurs économiques internationaux qui constituent le socle de l’arbitrage. Seule la volonté des parties, dans toutes les facettes possibles de sa manifestation prévaut, au détriment de toute exigence formelle. En tout état de cause, en pratique, les parties ont tendance à vouloir se protéger par le biais d’un écrit précis dans l’anticipation de potentiels litiges. Effectivement, quand bien même la clause serait valide en la forme, une absence de conditionnement et d’encadrement de son exécution risque de la vider de sa substance et d’empêcher le bon fonctionnement de la procédure.

**231. Les conventions internationales signées par la France.** L’article II paragraphe 1<sup>er</sup> de la Convention de New York stipule que les États sont tenus de reconnaître la convention « écrite » par laquelle les parties se soumettent à l’arbitrage. Cet article précise que l’écrit désigne « *une clause compromissoire insérée dans un contrat ou un compromis signé par les parties ou contenues dans un échange de lettres ou de télégrammes* ». Il faut prendre en considération le contexte historique dans lequel s’inscrit la convention, ce qui explique la référence aux télégrammes, mais n’exclut pas les instruments équivalents plus modernes. Il convient également de citer la version de 1985 de la loi CNUDCI, qui a certes été modifiée en 2006, mais a été reprise dans plusieurs législations internes dans sa formulation originelle. Effectivement l’article 7 alinéa 2 de la loi type retient un panel large de supports écrits. Par ailleurs, la version de 2006 de la loi CNUDCI s’est adaptée aux évolutions technologiques en assimilant, « toute communication électronique » à un écrit. Une question de droit international privé se pose s’agissant de l’articulation entre cette convention et le droit interne des pays signataires<sup>322</sup>, et plus précisément lorsque le droit interne est plus libéral que la convention de New York. C’est notamment le cas en droit français, qui n’exige pas de conventions écrites en matière d’arbitrage international.

**232. Tournant à la suite de la jurisprudence Bomar Oil.** L’affaire Bomar Oil précitée a permis de répondre à ce questionnement en privilégiant le droit interne. En tout état de cause, la logique de la Cour d’appel lors de cette saga était erronée. Effectivement, la convention de New York énonce en son article VII qu’elle « *ne prive aucune partie intéressée du droit*

---

<sup>321</sup> J.-B. Racine, Droit de l’arbitrage, Thémis droit PUF, 2016, p. 195

<sup>322</sup> Fascicule LexisNexis op. cit.

*qu'elle pourrait avoir de se prévaloir d'une sentence arbitrale de la manière et dans la mesure admise par le législateur ou les traités des pays où la sentence est invoquée* ». C'est donc le droit interne qui prévaut. Ceci a été confirmé par un arrêt du 7 juin 2006<sup>323</sup>. Quant à la loi-type CNUDCI sur l'arbitrage commercial international, elle a été amendée en juillet 2006 précisément sur la question de la forme de la convention d'arbitrage. Désormais, le texte contient une alternative : l'option 1 de l'article 7 requiert la forme écrite, tandis que l'option 2 du même article n'impose aucune condition de forme. Les États qui souhaitent s'inspirer de ce texte sont donc libres de choisir l'une des deux options, la seconde étant bien entendue plus libérale<sup>324</sup>. Il s'agit d'une illustration de la souplesse du régime et du renforcement du consensualisme. Par ailleurs, si la Convention de New York privilégie la protection des conventions d'arbitrage écrites, cela ne signifie pas qu'elle exclut les autres formes d'arbitrage, et les parties peuvent se prévaloir des bénéfices et de la protection de la convention de New York sans se soumettre aux exigences formelles. En tout état de cause, le droit français a admis légalement les clauses par référence, ce qui souligne l'efficacité de la liberté d'appréciation de ce critère.

- 233. Le contenu de l'écrit.** En matière d'arbitrage international, si un écrit existe, la loi ne prévoit aucune exigence s'agissant de son contenu. L'article 1508 du Code de procédure civile envisage la possibilité de prévoir les règles de procédure mais il ne s'agit pas d'une obligation. Il s'agit également de se demander s'il existe des règles matérielles internationales relatives aux exigences encadrant la forme de la convention d'arbitrage ? En l'état actuel du droit international, deux méthodes se font concurrence. D'une part, la méthode statique est la méthode selon laquelle l'arbitre doit rechercher les principes généraux qui se dégagent des solutions proposées par les conventions internationales et les législations étatiques. D'autre part, la méthode dynamique se traduit par la volonté d'établir des règles matérielles propres, à l'aune des besoins du commerce international.

## *2. La valeur de l'écrit*

- 234. La valeur de l'écrit.** Il s'agit également de déterminer si l'écrit est exigé *ad probationem* ou *ad validitatis*. Cette différence est essentielle dans la mesure où si l'écrit est exigé comme condition de validité, la sanction encourue est la nullité de l'acte, alors que dans le cas d'une

---

<sup>323</sup> J.-B. Racine, op. cit. , p. 195

<sup>324</sup> J.-B. Racine, op. cit. , p. 196

exigence de preuve, la validité demeure intacte. Nous nous positionnons donc en faveur de l’admission d’un écrit *ad probationem* afin de réduire le risque d’inefficacité de la convention d’arbitrage. Un doute est survenu s’agissant de cette distinction du fait de l’interprétation de la Convention de New York. Effectivement, la formulation de l’article est telle qu’il semblerait que l’exigence se limite à prouver la convention d’arbitrage en cas de demande d’exequatur. La doctrine souligne que cette différence est lourde de conséquences dans la mesure où si l’écrit traduit une condition de validité de la convention d’arbitrage, cette dernière peut être réduite à néant, tandis que si la valeur de l’écrit est uniquement *ad probationem*, elle peut être compensée par d’autres modes probatoires<sup>325</sup>. En tout état de cause, la jurisprudence admet l’écrit avec beaucoup de souplesse.

## **B. La sévérité des contours de l’exigence d’écrit en droit marocain issue d’une législation imprécise**

La détermination de la nature et de la portée de l’écrit a été longtemps chaotique en droit marocain (1), ce qui nous mène à nous questionner sur l’approche de la valeur que lui accorde aujourd’hui la législation marocaine (2).

### *1. La nature et la portée de l’écrit*

**235. Des exigences historiquement sévères vis-à-vis du caractère écrit de la convention d’arbitrage.** Depuis la réforme de 2007 qui a introduit la loi 08-05, l’article 317 du Code de procédure civile<sup>326</sup> énonce que « *A peine de nullité : la clause d’arbitrage doit être stipulée par écrit, sans équivoque, dans la convention principale ou dans un document auquel celle-ci se réfère* ». Cette réforme est venue assouplir le régime, dans la mesure où antérieurement à cela, l’exigence d’un écrit manuscrit était exigée par la législation marocaine. Il s’agissait d’une exigence totale absurde et inefficace, inadaptée à une matière aussi souple, et surtout internationale que l’arbitrage. La matière n’aurait jamais pu survivre si cette disposition avait été maintenue. Pourtant, la jurisprudence a longtemps appliqué ces dispositions de façon conservatrice. Ainsi, par un arrêt du 6 novembre 1952, le TPI de Casablanca a retenu :

*« Qu’il y a lieu de souligner, en faveur de cette interprétation, la méfiance originelle de la jurisprudence à l’égard de la clause de style contenue dans nombre de contrats ;*

---

<sup>325</sup> Lotfi Chedly, *op. cit.*, p. 953

<sup>326</sup> Article 7 du Code de l’arbitrage ratifié le 13 juin 2022, issu de Loi n° 95-17 relative à l’arbitrage et à la médiation conventionnelle, ratifiée le 13 juin 2022, BO 7099

*Que le but du législateur marocain a été d'attirer l'attention des parties sur la gravité de la clause compromissoire, en voulant qu'elles l'écrivent manuellement et qu'elles l'approuvent spécialement ;*

*Attendu en l'espèce que l'article 12 du contrat relatif à la procédure d'arbitrage a été écrit à la machine, n'a pas été approuvé par les parties spécialement et constitue la clause de style type ;*

*Qu'ainsi il doit être réputé non écrit ».*

Ainsi, cet arrêt est intéressant puisqu'il éclaire sur les motifs de la position sévère du législateur. Ce dernier a pour objectif « *d'attirer l'attention des parties sur la gravité de la clause compromissoire* », afin qu'elle en mesure bien la teneur avant de la conclure. La méfiance à l'égard de l'arbitrage est manifeste.

Cette jurisprudence est constante, puisque le TPI de Oujda retient également dans un arrêt rendu le 6 novembre 1953<sup>327</sup> qu'une clause compromissoire doit être annulée au motif qu'elle n'a pas été rédigée de façon manuscrite.

**236. Insuffisance de la réforme du nouveau Dahir.** Le Dahir du 28 septembre 1974 venant réformer la procédure civile et le droit de l'arbitrage aurait pu modifier ces lourdes exigences fortement critiquées par la doctrine, mais il n'en fit rien. Effectivement, l'article 309 du Code de procédure civile ancien exigeait que la clause compromissoire soit « *écrite à la main et spécialement approuvée par les parties* ». Une telle position illustre la méfiance du législateur marocain à l'égard de l'arbitrage et sa volonté de réduire son efficacité en durcissant les conditions entourant sa validité. De même, la jurisprudence marocaine a maintenu cette lignée conservatrice, avec l'appui de la Cour de cassation<sup>328</sup>. Effectivement, par un arrêt du 4 octobre 2000, elle retient au visa de l'article 309 du code de procédure civile que :

*« (...) Mais attendu que la clause compromissoire insérée dans le contrat précité n'a pas été établie manuellement, mais à la machine, et que la signature des parties n'a pas été apposée aux côtés de ladite clause ;*

---

<sup>327</sup> TPI Oujda, 6 nov. 1953, GTM n°1144 du 10 février 1954, p. 23

<sup>328</sup> CS com., 4 oct. 2000, rev. Al Ichaa, n°27, 2003, p. 193.

*Que le juge de l'exéquatour défînt tous les éléments pour relever la nullité de la clause compromissoire et ce, en vertu de l'article 321 du Code de procédure civile qui enjoint au juge de l'exequatur de s'assurer de la conformité de la sentence à l'ordre public,*

*Que la cour d'appel, qui n'a pas répondu au moyen tiré du caractère non manuscrit de la clause compromissoire, a donc implicitement rejeté ce moyen, d'où il suit que l'arrêt attaqué est entaché de défauts de motifs et encourt de ce fait la cassation ».*

**237. Inefficacité de la hiérarchie des critères.** Dans cet arrêt, la Cour de cassation met en place une hiérarchie surprenante. Effectivement, le juge souligne à deux reprises la violation de l'exigence d'un écrit manuscrit, dans un cas d'espèce où le contrat n'était même pas signé, ce qui devrait être considéré comme un indice primaire démontrant l'absence de volonté des parties de conclure une clause compromissoire. Il est étonnant que le critère d'écriture manuscrite prévale sur le critère de signature. Ce formalisme excessif est archaïque et inadapté au monde des affaires, surtout au niveau international, ce qui constitue le pan principal du contentieux en arbitrage. Par ailleurs, l'exigence manuscrite en elle-même apparaît confuse. S'agit-il d'une seule et unique reproduction manuscrite ou de façon alternative, chaque co-contractant doit reproduire la clause manuscrite ? La jurisprudence n'a pas été confrontée à cette question, ce qui donne espoir que la première option a été favorisée, mais la doctrine se l'est posée. C'est ainsi qu'un éminent auteur se demande si « *la mention manuscrite devait-elle être effectuée par chacun des contractants, ce qui serait d'une redondance ubuesque, ou bien la rédaction à la main de la clause compromissoire par l'une des parties était-elle suffisante pour satisfaire aux exigences de forme posées par l'ancienne loi ?* »<sup>329</sup>. La jurisprudence n'est heureusement pas venue illustrée cette hypothèse absurde.

**238. Un assouplissement progressif de la jurisprudence.** A partir des années 1980, la jurisprudence marocaine est venue tempérer l'application de ces dispositions en les circonscrivant aux hypothèses où les arbitres n'étaient pas désignés. Effectivement, la lettre exacte de l'article 309 énonce que les parties : « *peuvent, en outre, lorsque le contrat concerne un acte de commerce, désigner à l'avance dans la convention même, le ou les arbitres. Dans ce cas, la clause compromissoire doit être écrite à la main et spécialement approuvée par les parties, à peine de nullité.* ». Ainsi, il ressort de cette rédaction approximative qu'il est peu clair si la nullité s'applique seulement aux hypothèses prévues à la seconde partie de la

---

<sup>329</sup> K. Zaher, *Conflits de civilisations et droit international privé*, l'Harmattan, 2009 p. 133



disposition, c'est-à-dire aux conventions d'arbitrage contenues dans un contrat commercial et n'ayant pas désigné les arbitres, ce qui en circonscrit le champ d'application, ou si elle englobe l'intégralité des clauses compromissoires telles que définies par cet article. Par ailleurs, bien que jusqu'aux années 1980 la jurisprudence a choisi une approche sévère, elle s'assouplit notamment par suite d'un arrêt rendu par la Cour d'appel de Casablanca le 21 juin 1983<sup>330</sup> qui retient que :

*« Attendu que la condition qui exige que la clause compromissoire doive être écrite à la main et spécialement approuvée par les parties n'est applicable que dans le cas où un ou plusieurs arbitres sont désignés à l'avance dans la convention d'arbitrage même ;*

*Que c'est là la portée réelle des dispositions de l'article 309 al. 2 du CPC. (...) ;*

*Mais attendu qu'en l'espèce le contrat du 15 mai 1980 prévoit l'arbitrage de l'Association d sucre jaune (...) ; que c'est ladite Association qui désigne les arbitres en application de l'article 405 de son règlement ».*

Cette jurisprudence réduit considérablement le champ d'application de l'article litigieux, particulièrement en matière de clause compromissoire. Effectivement, ces dernières sont généralement rédigées dans de très larges termes, n'impliquant pas le détail de l'organisation procédurale, telle que la désignation des arbitres. Ces derniers sont généralement choisis une fois le litige né, en fonction des spécificités de ces derniers, et des compétences requises pour le régler.

Cet assouplissement a été conforté législativement par la réforme de 2007, qui s'est enfin inspirée du droit français et du droit international, après un XX<sup>e</sup> siècle rythmé par les dispositions archaïques, faisant preuve de méfiance et d'inefficacité à l'égard de l'arbitrage.

- 239. La consécration législative d'une position jurisprudentielle allégée.** La loi 08-05 s'aligne sur le droit français en excluant les exigences de caractère manuscrit, dans la mesure où l'article 313 du Code de procédure civile<sup>331</sup> énonce que la convention d'arbitrage doit être établie par écrit, listant un panel large de supports matériels pouvant être considéré comme des écrits, dont la clause par référence puisque l'article précité retient explicitement que le

---

<sup>330</sup> N. Najjar op. cit., p. 143

<sup>331</sup> Article 3 du Code de l'arbitrage ratifié le 13 juin 2022 issu de Loi n° 95-17 relative à l'arbitrage et à la médiation conventionnelle, ratifiée le 13 juin 2022, BO 7099

renvoi à un document contenant une clause d'arbitrage matérialise l'écrit de la convention d'arbitrage.

**240. Consécration législative des clauses par référence.** Ainsi, deux catégories de conventions d'arbitrage sont introduites par cet article. D'une part, la principale catégorie est celle des conventions d'arbitrage écrite, qui doivent ainsi être soit consignées dans un acte authentique ou sous seing privé, soit être contenus dans un procès-verbal. La seconde catégorie est celle des clauses par référence, qui sont réputées établies car une référence à la clause est consignée dans un document signé par les parties. Le législateur cite alors une liste d'alternatives très large, dans le cadre desquelles la clause de référence est retenue. Une telle dichotomie est clairement inspirée du droit français, dans la mesure où elle reprend, les mêmes catégories en matière de clauses écrites et de clauses par référence. Le droit marocain demeure moins souple que le droit français dans la mesure où il liste les cas où la clause d'arbitrage par référence est admise, limitant ainsi le champ des possibilités et donc de l'efficacité.

**241. Illustrations jurisprudentielles.** L'hypothèse des clauses par référence a été illustrée en jurisprudence. Ainsi, la Cour d'appel de Casablanca a précisé les conditions d'admissibilité des clauses par référence, en retenant que ces dernières peuvent être valables dès lors que la partie à laquelle on l'oppose en a eu connaissance au moment de la conclusion du contrat, quand bien même elle serait restée silencieuse à ce sujet, ce silence vaut approbation<sup>332</sup>. Dans le cadre d'un compromis, elle a déduit l'existence d'une convention d'arbitrage à partir d'un échange de lettre. Ainsi, la Cour d'appel de Rabat a retenu que :

*« (...) Que les dispositions de l'article 528 autorisent la formation d'un compromis par l'échange de lettres missives entre les parties dès lors que ces lettres déterminent l'objet à juger et désignent les arbitres. Ces écrits constatent, en effet, d'une manière suffisamment explicite, le consentement des parties ;*

*Que dès lors, l'appelant es-qualité n'est pas fondé à prétendre que le jugement arbitral a été rendu sans compromis ».*

Cette position de la jurisprudence est louable du fait de son efficacité et de sa souplesse qui reconnaît la validité de la convention d'arbitrage alors même qu'elle est simplement contenue dans des lettres et non pas dans des documents contractuels, ce qui traduit une évolution

---

<sup>332</sup> CA Casablanca, 21 juin 1983, RMD, n°17, avril-mai-juin 1988, p.117

drastique vis-à-vis de la législation passée. Par ailleurs, cette position est d'autant plus estimable, qu'il s'agit d'un compromis et non pas d'une clause compromissoire. En effet, le compromis étant par définition conclu après la naissance du litige, son formalisme est plus exigeant contrairement à la clause compromissoire dont la souplesse se justifie par le fait qu'un temps se soit écoulé entre sa conclusion et la naissance du litige, justifiant une exigence moindre en termes de précision de l'engagement. La jurisprudence marocaine s'inspire donc ici visiblement du principe de consensualisme à la française, se positionnant en faveur de l'efficacité de la clause compromissoire. Pourtant, cette jurisprudence n'est pas homogène.

**242. Des limites contradictoires aux clauses d'arbitrage par référence.** La télécopie n'est, par exemple, pas admise comme clause d'arbitrage par référence. Notamment, la Cour d'appel de Commerce a retenu dans un arrêt du 29 avril 2008<sup>333</sup> :

*« Que la Cour suprême a estimé que les télécopies ne faisaient pas office de contrat écrit explicite et ne caractérisaient nullement un accord exprès de recourir à l'arbitrage ;*

*Qu'en conséquence, et compte tenu du défaut de reconnaissance explicite de la part de l'appelante, les correspondances émanant de l'intimée ne constituent pas une preuve de l'existence d'une clause compromissoire ».*

Cette jurisprudence illustre le laxisme contradictoire pour des documents qu'elle a pu retenir comme clauses de référence. Elle peut toutefois se justifier par le fait qu'une photocopie n'a pas la même valeur qu'un original.

**243. Contradictions jurisprudentielles.** Elle a ainsi pu considérer qu'un imprimé envoyé par une banque à un client, non signé par les parties était constitutif d'une clause d'arbitrage par référence et que le silence du client à ce sujet valait approbation. Elle a motivé sa décision par le fait que c'était le client qui avait entamé la procédure d'arbitrage par approbation de l'imprimé qu'il a reçu. Son raisonnement est fondé sur une logique contractuelle. Il est considéré qu'une offre ferme et inconditionnelle aboutit à la formation d'un contrat lorsqu'elle est acceptée. Cet arrêt de fond a été cassé par la Cour de cassation au motif que l'imprimé relevait de l'ordre de l'information générale, et qu'il ne pouvait être considéré comme une offre car il n'était signé par aucune des parties. En parallèle, les parties avaient signé un contrat qui désignait explicitement les tribunaux de Casablanca comme compétents de façon exclusive en cas de litige. La légitimité de cette preuve est incomparable à un simple imprimé.

---

<sup>333</sup> CAC Casablanca, 29 avr. 2008, doss. N°4213/2007/14, rapp. par O. Azouggar et A. El Alami op. cit. p. 36

Sur ces motifs, la Cour de cassation a retenu que la Cour d'appel avait violé les articles 231 et 461 du DOC<sup>334</sup>. Il convient de noter que, dans cette affaire, la Cour de cassation a clairement mis en évidence une hiérarchie entre le contrat conclu entre les parties, et l'imprimé envoyé par une partie à l'autre. Il s'agit alors de s'interroger si en l'absence du contrat, l'imprimé aurait été recevable comme indice de la volonté des parties de se tourner vers l'arbitrage. A notre sens, elle ne remplit pas les caractéristiques de l'offre, et notamment pas la précision puisqu'il s'agit d'un imprimé généraliste envoyé à tous les clients, ni la fermeté, dans la mesure où elle n'est même pas signée.

**244. Pouvoir d'appréciation des juges étendu.** En tout état de cause, le pouvoir d'apprécier des juges à cet égard est large. Elle adopte une position volontairement sévère lorsque lui est posé la question de qualifier une convention d'arbitrage. La Cour d'appel de Rabat énonce ainsi délibérément que « *la clause compromissoire qui crée une obligation exceptionnelle aux parties, doit recevoir une interprétation stricte* »<sup>335</sup>. Nous sommes ici aux antipodes de la position française, qui recherche constamment à accroître l'efficacité de l'arbitrage. Il s'agissait en l'espèce d'un contrat de louages de service, dont la clause d'arbitrage prévoit que tous les différends naissant du contrat sont soumis à la clause d'arbitrage. La Cour d'appel a toutefois dénié de ce champ d'application le litige né de la rupture aux motifs que « *les demandes tendant à la résolution du contrat pour des motifs divers n'ont pas été prévues explicitement dans la clause compromissoire* ». Elle a donc exclu du champ des différends naissant du contrat, la résolution de ce dernier. Cette distinction n'a aucun fondement juridique à notre sens. Effectivement, la résolution du contrat est une issue classique de différends pouvant naître entre deux parties au sujet d'un contrat qui les lie, et est donc en ce sens indissociable des différends pouvant naître d'un contrat. Il s'agit également d'une simple question de bon sens, dans la mesure où il est difficilement envisageable qu'il soit mis fin à un contrat en l'absence de différends entre les parties. Dans une autre affaire, la Cour d'appel de Casablanca a adopté une position similaire :

« (...) *Qu'en l'espèce, la clause compromissoire insérée dans le contrat de vente stipule que tout litige ayant trait à l'interprétation et à l'exécution des contrats conclus entre les parties doit être réglé par voie d'arbitrage conformément aux dispositions de l'article 307 du Code de procédure civile ;*

---

<sup>334</sup> CS, com., 30 déc. 1998, GTM, n.s., n°84, septembre-octobre 2000, p. 153

<sup>335</sup> CA Rabat, 13 déc. 1922, GTM n.s n°17, n° p. 140

*Qu'il s'ensuit que les pouvoirs des arbitres sont confinés dans les limites précitées et qu'ils ne peuvent sous aucun prétexte trancher d'autres points, tel que la nullité, l'annulation ou la résolution des contrats, sous peine de violation des stipulations contenues dans la clause compromissoire ;*

(...)

*Qu'en conséquence, la demande d'exequatur n'apparaît pas justifiée ».*

La jurisprudence fait à nouveau ici preuve de sévérité, excluant du champ d'application de l'interprétation et de l'exécution du contrat les questions relatives à la nullité en l'espèce. Il s'agit d'une réduction inefficace de la portée de la convention d'arbitrage, qui va également avoir pour conséquence d'augmenter le volume du contentieux puisque les parties devront distinguer les questions strictes de l'exécution couvertes par la convention d'arbitrage, des questions relatives à la nullité, qu'elles devront porter devant les juridictions étatiques. Cette position a tout de même été appuyée par la Cour de cassation retient dans un arrêt récent qui énonce dans une formulation similaire que :

*« (...) Est légalement fondé et parfaitement motivé, l'arrêt de la cour d'appel qui a confirmé l'ordonnance ayant refusé de revêtir la sentence arbitrale de l'exequatur au motif que l'arbitre a outrepassé les limites de la compétence qui lui a été octroyée en vertu de la clause compromissoire, et ceci en prononçant la résolution du contrat sans que cette faculté ait été stipulée dans ladite clause, laquelle s'est uniquement limitée à autoriser le recours à l'arbitrage concernant les litiges résultant de l'interprétation et de l'application du contrat (...); ».*

Nous condamnons cette lignée jurisprudentielle. Les questions d'interprétation et d'application du contrat ne peuvent être pragmatiquement distinguées de la question de sa résolution. Il s'agit d'étapes de la vie du contrat qui sont souvent entremêlées et ne peuvent être traitées distinctement. Une question d'interprétation du contrat différente entre les parties peut facilement mener à sa résolution, et en parallèle la résolution du contrat peut se justifier par un défaut d'application de ce dernier. Une telle position de la jurisprudence manifeste donc d'une extrême sévérité injustifiée et visant principalement à réduire autant que possible l'application de la convention d'arbitrage et la compétence du tribunal arbitral. Pour ces raisons, l'arbitrage a du mal à se développer comme mode concurrent de règlement des conflits et continue à être considéré et traité par la jurisprudence marocaine comme étant d'application exceptionnelle, et non pas comme étant apte à traiter de l'intégralité des litiges

pouvant naître d'un contrat. L'interprétation est ici littérale et restrictive au détriment de la pleine portée de la convention d'arbitrage.

**245. Nécessité d'un changement des mentalités.** La position marocaine illustre bien qu'une réforme législative est insuffisante, lorsque le comportement des praticiens demeure méfiant à l'égard de l'arbitrage, son efficacité optimale ne pourra jamais être atteinte. La jurisprudence marocaine exprime répétitivement son scepticisme à l'égard de l'arbitrage qu'elle cantonne à un « *moyen exceptionnel de résolution des litiges* » et recherche ainsi activement à en limiter la portée dès qu'elle en a l'occasion, à l'opposé de la position française, qui recherche l'efficacité de la convention, même lorsque cette dernière est bancal. Cette méfiance se manifeste également du fait de l'approche restrictive adoptée vis-à-vis du champ d'application de la convention d'arbitrage.

**246. Maintien d'une sévérité infondée.** Une telle approche vide la convention d'arbitrage de son sens et limiterait excessivement le pouvoir des tribunaux arbitraux. Malgré tout, il s'agit d'une jurisprudence constante, qui a même été plus récemment confirmée par un arrêt du 9 février 2010, au sein duquel la Cour d'appel de commerce a retenu que<sup>336</sup> :

*« Et attendu par ailleurs que la clause compromissoire, dans le cas d'espèce, fixe les pouvoirs des arbitres dans le fait de trancher les litiges relatifs à l'interprétation et à l'exécution du contrat ;*

*Qu'il s'ensuive que le champ de ladite clause ne s'étend pas aux règlements des litiges afférents à la rescision ou à l'annulation du contrat, ou aux réparations dues de ce chef ;*

*Qu'en tranchant les litiges précités, l'arbitre a statué en dehors des limites fixées par la convention d'arbitrage ; que sa sentence a donc violé l'ordre public (...)* ;

*Qu'il convient de ce fait d'infirmer l'ordonnance d'exequatur. »*

Cette position n'a donc pas évolué en une décennie. Bien au contraire, elle est soutenue par la Cour de cassation marocaine, qui dans un arrêt du 26 mars 2008, a retenu que<sup>337</sup> :

---

<sup>336</sup> CAC Casablanca, 9 févr. 2010, doss. N°5116/2009/4, rapp. par O. Azouggar et A. El Alami, op. cit. p. 168

<sup>337</sup> CS com., 26 mars 2008, doss. N°697/3/2/2006, rapp. par O. Azouggar et A. El Alami, op. cit., p. 48

« Attendu que la clause compromissoire doit recevoir une interprétation stricte (...) en raison du fait que l'arbitrage constitue une dérogation au principe général qui réside dans l'obligation de recourir aux tribunaux étatiques pour trancher les litiges nés entre les parties ; Qu'il est par ailleurs constant que l'exception au principe ne peut être entendu de manière libérale (...) ».

Dans cette espèce, la jurisprudence a retenu que les arbitres avaient dépassé les limites de leur mission en connaissant d'un litige relatif à la rescision du contrat, alors que la clause vise l'interprétation du contrat. Cet arrêt est intéressant dans la mesure où il exprime clairement la position de la jurisprudence en vertu de laquelle l'arbitrage est un mode d'exception qui ne peut être approché de « *manière libérale* ». Il s'agit d'une position dépassée et inefficace.

**247. Approche jurisprudentielle archaïque.** S'il est vrai qu'il s'agit d'un régime d'ordre exceptionnel, il vise à s'ériger en régime concurrent des juridictions étatiques, et les arbitres ont une compétence équivalente à celle des juges étatiques. Atrophier leur pouvoir au profit des juridictions étatiques entraîne une perte de son efficacité à toute la procédure d'arbitrage et risque de décourager les parties. La doctrine est également extrêmement critique à ce sujet, et la jurisprudence elle-même n'est pas unanime. Dans une espèce relative à un contrat de licence d'exploitation, la Cour de cassation a considéré que la fin de non-recevoir tirée de l'existence d'une convention d'arbitrage était fondée, alors même que les juges du premier degré avaient retenu que tout litige relatif à la procédure d'enregistrement d'une marque n'était pas considéré comme faisant partie du champ d'application du contrat de licence, domaine prévu par la clause compromissoire<sup>338</sup>. La jurisprudence marocaine gagnerait à s'inspirer des principes d'interprétation retenus en droit français dans l'optique d'assouplir son approche à la faveur de l'efficacité des conventions d'arbitrage.

**248. Suggestion de transposition du droit français.** Effectivement, le principe d'effet utile peut être aisément être transposé à la législation marocaine, offrant des garanties d'efficacité à la convention d'arbitrage lorsque sa rédaction est approximative, mais qu'un faisceau d'indices peut justifier de la volonté des parties de la voir appliquer. Si ce principe est généralement appliqué en cas de clauses pathologiques pour éviter que ces dernières soient annulées, nous considérons qu'il peut également constituer un fondement légitime pour donner pleine efficacité au champ d'application visé par la clause compromissoire lorsque sa rédaction est

---

<sup>338</sup> CS com., 30 janv. 2008, GTM, n. s., n°117, novembre-décembre 2008, p. 164

approximative. Il s'agit de s'inscrire dans la lignée de la jurisprudence française qui considère qu'il faut « *interpréter de manière large le champ d'application de la convention par une interprétation elle-même extensive de la volonté des parties.* »<sup>339</sup>. Cela a notamment été retenu par la Cour d'appel de Paris qui a considéré que « *La convention d'arbitrage soustrait de manière générale le litige à la compétence des tribunaux judiciaires pour tout ce qui est en relation causale ou connexe avec son objet ; lorsque la clause se réfère à l'exécution du contrat, elle est applicable au litige mettant en cause la caducité du contrat.* »<sup>340</sup>. Il s'agit ainsi de servir l'efficacité de la convention d'arbitrage en accordant une compétence générale à l'arbitre.

**249. Contradictions jurisprudentielles.** Cette jurisprudence n'est pas unanime, comme le démontre un arrêt de la Cour d'appel de commerce du 20 mars 2007 qui énonce que :

*« Attendu qu'il ressort du contrat, précisément de l'article 19 dont l'appelant se prévaut pour démontrer l'existence d'une clause compromissoire, que le premier paragraphe a fixé les modalités de désignation de l'arbitre, puis que le second paragraphe a stipulé qu'il n'est pas admis d'intenter d'action à l'encontre de l'assureur avant que le tribunal arbitral ait rendu sa sentence, et que l'assuré est déchu de ses droits s'il ne saisit pas la juridiction étatique dans le délai de trois mois à compter de la date de reddition de la sentence ou du rejet de sa demande ;*

*Que l'intention des parties a donc été de tenter de régler le litige à l'amiable ou par le biais de la médiation d'arbitres qui seront ultérieurement désignés, et ce avant de soumettre le litige aux juges ; (...) ».*

Cet arrêt a été cassé par la Cour de cassation qui a considéré que la volonté des parties était contraire à cela, car l'article 19 du contrat vise explicitement l'arbitrage et non pas la médiation comme moyen de résolution des litiges. Or, la Cour d'appel a considéré que la convention d'arbitrage n'était pas obligatoire dans la mesure où elle était concurrencée avec l'existence d'une clause attributive de juridiction. Nous approuvons la position de la Cour de cassation d'avoir écarté un raisonnement bancal dans la mesure où l'existence d'une clause attributive de juridiction ne suffit pas à écarter la clause compromissoire. Il s'agit de rechercher la volonté réelle des parties de s'engager ou non à l'arbitrage.

---

<sup>339</sup> J.-B. Racine, op. cit.

<sup>340</sup> Cour d'appel de Paris, 10 mars 1995, Rev. Arb 1996



**250. Solutions permettant la validité des deux clauses.** Dans d'autres cas, la jurisprudence a effectué le choix de valider les deux clauses en leur accordant des champs d'application différents. Ainsi, dans un arrêt du 26 mars 2008, la Cour de cassation a retenu que<sup>341</sup> :

*« Il s'ensuit que la compétence du tribunal arbitral a été limitée, de manière expresse, au seul règlement des litiges relatifs à l'interprétation et à l'exécution du contrat, et que tout autre différend relève de la compétence des autorités judiciaires officielles ».*

Une telle approche est très risquée, surtout dans les cas où, comme en l'espèce, la clause d'arbitrage a un champ d'application très large qui recouvre tous les litiges relatifs à l'interprétation et à l'exécution du contrat. Cela équivaut à accorder la compétence au tribunal arbitral pour la grande majorité des litiges, et risque de créer des conflits de compétence lorsqu'il s'agira de tracer la frontière entre le champ de compétence du tribunal arbitral et le champ de compétence des tribunaux étatiques.

**251. Solution législative.** Pour ce type de conflits, l'article 46 du DOC énonce la solution suivante : *« Les clauses des actes doivent être interprétées les unes par les autres, en donnant à chacune le sens qui résulte de l'acte entier ; lorsque les clauses sont inconciliables entre elles, on s'en tient à la dernière dans l'ordre de l'écriture ».* Il n'y a aucun intérêt juridique à hiérarchiser l'importance des clauses selon « l'ordre de l'écriture » qui peut être tout à fait aléatoire. Il est dangereux pour la sécurité juridique d'ériger en principe une telle hiérarchie, sans fondement, alors même qu'il s'agit d'une situation aussi délicate que la contradiction entre plusieurs clauses, qui devrait être traitée avec précision et minutie, à l'aune de la recherche de la volonté des parties.

**252. Inefficacité du nouveau code de l'arbitrage.** L'article 7 issue de la loi 95-17 vient renforcer la confusion puisqu'il dispose que : *« A peine de nullité, la clause compromissoire doit être prévue par écrit dans le contrat initial ou dans un document qui y fait référence sans ambiguïté. ».* L'expression « sans ambiguïté » fera sans aucun doute l'objet d'un contentieux sur la détermination et l'appréciation du caractère ambiguë d'une clause par référence. Un large pouvoir d'appréciation est ainsi accordé à la jurisprudence, qui du fait du caractère approximatif de l'expression pourra exploiter cette dernière potentiellement dans un sens d'efficacité, dans la mesure où il est aisé de retenir l'ambiguïté d'une clause par référence.

---

<sup>341</sup> CS com., 26 mars 2008, doss n°697/3/2/2006, préc.

Nous exprimons fermement notre mécontentement vis-à-vis de cette disposition, dans la mesure où elle freine l’efficacité de la convention d’arbitrage en renforçant la détermination de son existence. Comparée à la jurisprudence française qui adopte une approche laxiste retenant avec beaucoup de largesse le champ d’application de la clause d’arbitrage par référence, un tel article témoigne d’un véritable recul.

## 2. *La valeur de l’écrit*

- 253. La fonction de l’écrit.** Nous avons déterminé sans difficulté l’importance de l’écrit en droit marocain. *Sa fonction est-elle à visée probatoire ou ad validatem ?* La loi est silencieuse à ce sujet alors que la réponse à cette question n’est pas sans conséquences juridiques. Comme en droit français, selon que l’écrit ait une fonction probatoire, ou soit une condition de validité de la convention d’arbitrage, le régime sera plus ou moins libéral.
- 254. Position doctrinale favorable au caractère probatoire.** La doctrine marocaine tend en faveur d’une fonction probatoire dans la mesure où l’article 315 du Code de procédure civile<sup>342</sup> qui encadre les conditions de validité du compromis ne mentionne pas l’écrit. Par ailleurs, en matière d’arbitrage international, le Maroc étant signataire la Convention de New York, il se placera probablement dans sa lignée, dans la mesure où l’article V de la Convention d’arbitrage, tout comme l’article 327-47 du Code de procédure civile<sup>343</sup>, sous-tendent la fonction probatoire de l’écrit dans la mesure où ils exigent tous les deux que ma demande d’exequatur soit assortie à l’original de la convention d’arbitrage ou d’une copie qui réponde à toutes les conditions pour être authentique. Il s’agit d’un facteur d’efficacité de la convention d’arbitrage, puisque cette dernière ne peut être annulée sur le fondement de l’absence d’écrit.
- 255. Le silence en matière d’arbitrage international.** Les dispositions relatives au régime de la clause d’arbitrage en matière d’arbitrage international ne mentionnent pas l’écrit. Il peut s’agir d’une maladresse du législateur, mais au vu des conventions internationales signées par le Maroc, il est plus probable qu’il s’agisse d’une volonté de maintenir un régime assoupli en matière d’arbitrage international, et ce particulièrement au regard à l’article 2 de la Convention

---

<sup>342</sup> L’article 5 Article 3 de la Loi n° 95-17 relative à l’arbitrage et à la médiation conventionnelle, ratifiée le 13 juin 2022, BO 7099 ne le mentionne pas non plus

<sup>343</sup> Article 3 de la Loi n° 95-17 relative à l’arbitrage et à la médiation conventionnelle, ratifiée le 13 juin 2022, BO 70992

de New York. La jurisprudence l'illustre par un arrêt rendu par la Cour d'appel de commerce de Casablanca<sup>344</sup> :

*« Que par ailleurs, l'article II de la Convention de New York ratifiée par le Maroc en vertu du Dahir du 19 février 1960, ne pose pas une règle de renvoi, contrairement à la Convention européenne de Genève du 21 avril 1961 sur l'arbitrage commercial international (...) ;*

*Qu'il n'exige nullement que celle-ci [la convention d'arbitrage] soit manuscrite déroge ainsi aux dispositions de l'article 309, alinéa 2 du Code de procédure civile qui a été repris de l'ancien Dahir sur la procédure civile (article 527 et 537) ;*

*Que l'absence d'une règle de renvoi dans la Convention de New York tend à éviter les inconvénients qui peuvent surgir du conflit de lois quant à la nature de l'écrit (...) ;*

*Que dès lors qu'en l'espèce il s'agit d'un arbitrage international, il y a lieu d'écarter le moyen tiré de la violation des dispositions de l'article 309, alinéa 2 du Code de procédure civile ».*

Cet arrêt se fonde ainsi sur la Convention de New York pour écarter l'écrit en matière d'arbitrage international. Il convient tout de même de rappeler que la convention de New York en elle-même, bien qu'elle ne l'exige pas, encourage l'écrit, dans la mesure où l'article 5 prévoit en cas d'exéquatur la présentation d'une copie de l'original de la convention d'arbitrage.

### *Section 2 : L'exigence de signature*

L'approche similaire en droit français (A) et en droit marocain (B) fait preuve d'une flexibilité limitative des obstacles pouvant atteindre la convention d'arbitrage.

#### **A. L'exigence de signature en droit français**

- 256. L'approche conventionnelle de l'exigence de signature.** La signature est essentielle en ce qu'elle permet non seulement d'identifier son auteur et de prouver son engagement à la convention d'arbitrage. L'article 2 de la convention de New York pose une exigence de signature de la convention d'arbitrage, alors que la Loi-type CNUDCI de 2006, a écarté l'écrit et a fortiori la signature. En 2006, la Loi-type CNUDCI a été accompagné d'une

---

<sup>344</sup> 35 CA Casablanca, 21 juin 1983, RMD, n° 17, avril-mai-juin 1988, p. 117. 36 V. en ce sens, CAC Casablanca, 17 juill. 2007, rapporté par M. BOUNJA et N. ALLAOUAH, L'arbitrage commercial au regard de la jurisprudence marocaine, Spartel, 2014, p. 237. 38

« recommandation relative à l'interprétation du paragraphe 2 de l'article 2 et du paragraphe 1<sup>er</sup> de l'article VII de la Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères, conclue à New York le 10 juin 1958 », dans un objectif d'adaptation à l'expansion du commerce électroniques. Cette dernière énonce que les cas énoncés par l'article précités ne sont pas limitatifs et les encourage à s'inspirer de l'article 7 de la loi-type de 2006 qui est bien plus favorable et souple au regard des exigences d'écrit et de signature.

Nous ne pouvons qu'approuver ce recul de l'exigence de signature, dans la mesure où cette dernière apporte une condition de plus à la validité des conventions d'arbitrage, et ouvre potentiellement un nouveau contentieux s'agissant de la validité de la convention en l'absence de signature. En droit comparé, notamment en droit suisse, a été reconnu l'importance des écrits non signés, particulièrement en matière de commerce international où résident des particularités quant aux échanges de documentation.

**257. Autonomie de la signature.** La question s'est également posée de savoir s'il faut une signature séparée pour la clause compromissoire insérée au sein du contrat, comme c'est le cas en droit algérien. La Convention européenne sur l'arbitrage commercial répond par la négative, et admet même les conventions d'arbitrage verbales « dans les rapports entre pays dont les lois n'imposent pas la convention écrite »<sup>345</sup>. Pour M. Besson, dans les cas où la convention n'est pas contenue dans un document unique, l'exigence de signature est ignorée. Effectivement, il considère que « Les documents échangés n'ont donc pas besoin d'être signés, même s'il s'agit de lettres »<sup>346</sup>. Il suffit qu'ils permettent d'identifier les parties et leur consentement respectif.

## **B. L'exigence de signature en droit marocain**

**258. Signature et fermeté de l'offre.** La principale question qui s'est posée en droit marocain est la suivante : *l'absence de signature entraverait-elle la constitution de la fermeté de l'offre ?* La Cour d'appel de Casablanca, a retenu la solution opposée, l'offre étant considérée comme ferme, même si elle n'est pas signée<sup>347</sup>. Elle a motivé sa décision par le fait que le document contenant la clause d'arbitrage a été imprimé par l'offrant et envoyé à l'acceptant<sup>348</sup>. La Cour

---

<sup>345</sup> D. Hascher, *op. cit.*, note 514, p. 721, n° 23.

<sup>346</sup> J.-F. Poudret, S. Besson, *op. cit.*, note 39, p. 157, n° 188.

<sup>347</sup> Cour d'appel de Casablanca, 18 janvier 1996

<sup>348</sup> M.D Toumilt & A.A Toumilt, *Le droit de l'arbitrage au Maroc*, Edition 2014

suprême a suivi cette tendance laxiste in favorem de l'arbitrage rendant un arrêt d'espèce le 7 octobre 2009 qui énonce que<sup>349</sup> :

*« (...) Que l'arbitrage est ainsi devenu une formalité substantielle imposée par l'usage bancaire ; que la banque demanderesse au pourvoi n'a pas jugé utile de donner effet à cet usage concernant les sept dossiers relatifs à la présente espèce, et ceci malgré la requête en ce sens présentée par les défenderesses au pourvoi ainsi que les pièces produites par leurs soins ; qu'elle a donc prélevé, du compte des clients, la somme afférente aux factures, et ce sans tenter de régler préalablement le litige par voie d'arbitrage ;*

*Qu'il s'ensuit que la banque a violé les obligations mises à charge, et doit répondre du dommage résultant ».*<sup>350</sup>

Ainsi, la jurisprudence marocaine fait preuve de souplesse. Il convient de se questionner sur les contours de la portée de cet arrêt. Effectivement, il s'agit de déterminer si l'éviction de l'exigence de signature est conditionnée à l'usage entre les parties, et quelle serait la position jurisprudentielle si la procédure d'arbitrage n'était pas commune entre les parties, comme tel est le cas en espèce. Il semblerait tout de même qu'il s'agisse d'une position exceptionnelle réservée aux usages de certains domaines, dans la mesure où la signature d'un document a une valeur légale inégalée.

### **Conclusion :**

La position du droit français en matière d'exigence d'écrit est un modèle de souplesse et de libéralisme. Effectivement, l'exigence d'écrit est écartée en matière d'arbitrage international, et appréciée avec largesse en matière interne. En tout état de cause, la saga Bomar Oil illustre le large champ d'admission des écrits, validant les clauses de référence. Cette souplesse est essentielle à l'efficacité de la convention d'arbitrage, dans la mesure où elles édulcorent un potentiel important contentieux dans la mesure ou en matière de commerce international, il arrive que l'arbitrage soit tellement usuel qu'il ne se matérialise pas forcément par une clause compromissoire classique.

Le droit marocain, après avoir été longtemps archaïque et inefficace s'est progressivement inspiré du droit français et des conventions internationales pour assouplir son régime. Toutefois, la pratique jurisprudentielle marocaine demeure chaotique présentant des

---

<sup>349</sup> M. D. Toumilt & A.A. Toumilt, op. cit.

<sup>350</sup> CS com., 7 oct. 2009, n.s., n°124-125, février-avril 2010, p. 263.

contradictions en matière de validité des clauses d'arbitrage par référence. Ces contradictions sont sources d'insécurité juridique, et sont inefficaces dans la mesure où l'essentiel, et le cœur de la matière se traduit par la détermination de la volonté des parties de s'engager à l'arbitrage, indépendamment du support.

## **Titre 2 : Le contenu de la convention d’arbitrage**

Les conventions d’arbitrage sont souvent rédigées de manière brève et hâtive, ayant même été surnommées les « midnight clauses », du fait qu’elles soient ajoutées au contrat à la dernière minute, après que toutes les autres clauses du contrat ont été décidées. Pourtant le contenu de la clause d’arbitrage est essentiel pour déterminer son efficacité, puisque les termes employés, et les conditions fixées rejaillissent tout au long de la procédure, fixant le champ d’application de la clause d’arbitrage, les litiges auxquels elle sera applicable ou encore le siège de l’arbitrage. Il conviendra donc ici de mesurer les tenants et les aboutissants du contenu de la convention d’arbitrage, en étudiant les stipulations essentielles à l’efficacité de la convention d’arbitrage (**Chapitre 1**), pour ensuite suggérer des éléments optionnels (**Chapitre 2**).

### **Chapitre 1 : Le contenu obligatoire**

A notre sens, deux piliers doivent être nécessairement déterminés pour assurer l’efficacité de la convention d’arbitrage : le siège de l’arbitrage (Section 1) et le tribunal arbitral (Section 2). Effectivement, le siège de l’arbitrage permet d’assurer des garanties d’efficacité de la procédure en la liant à un juge d’appui, tandis que le tribunal arbitral est tout simplement au cœur de l’efficacité en ce qu’il exerce la mission juridictionnelle.

#### *Section 1 : La détermination du siège de l’arbitrage*

Le siège de l’arbitrage peut être défini comme « *le lien juridique existant entre l’arbitrage et les juridictions ou la compétence législative d’un État* »<sup>351</sup>. Le siège est important du fait de ses effets juridiques. Il détermine l’efficacité de l’arbitrage dans la mesure où il détermine la compétence du juge d’appui et l’organisation des recours contre l’arbitrage. Si certains auteurs considèrent que l’arbitrage doit s’émanciper de la justice étatique afin d’éviter que l’arbitre soit à « à la merci » du juge, la majeure partie de la doctrine considère que l’arbitrage ne peut être indépendant de tout ordre étatique., ne serait-ce, à minima, qu’à des fins d’exequatur<sup>352</sup>. Il s’agit de définir les contours du concept de siège (**A**), pour ensuite déterminer les critères pré-requis pour choisir un siège efficace (**B**) et si le Maroc satisfait ces critères.

---

<sup>351</sup> Loquin E., L’arbitrage du commerce international, Lextension, juill. 2015,

<sup>352</sup> Conception multilocalisatrice tandis que la conception monolocalisatrice se justifie par le fait que « l’arbitre doit être considéré comme un juge du siège », Sebastian Partida, La convention d’arbitrage dans le droit des nouvelles puissances économiques (Chine, Inde, Brésil, Mexique), Thèse de doctorat en droit international, 2019

## A. Définition du siège

259. **Siège juridique.** Il convient tout d'abord de préciser qu'il ne s'agit pas du siège matériel mais juridique. Effectivement, la Cour de cassation a retenu dans un arrêt de 1997 que : « *le siège de l'arbitrage est une notion purement juridique du siège emportant d'importantes conséquences et notamment la compétence des juridictions étatiques pour connaître des recours en annulation, sous la dépendance de la volonté des parties, et non une notion matérielle dépendant du lieu où l'audience a été tenue ou du lieu de signature de la sentence, susceptible de varier au gré de la fantaisie ou de la maladresse des arbitres* »<sup>353</sup>. Ainsi, le choix du siège traduit d'avantage le choix du droit applicable que le lieu matériel où se déroulera la procédure d'arbitrage. Il s'agit de l'approche localisatrice du siège, en vertu de laquelle l'identification du siège entraîne l'identification de la loi de l'arbitrage. En d'autres termes, la *lex loci arbitri* entraîne la *lex arbitri*. C'est l'approche qui a été adoptée par la convention de New York qui prend en considération des critères tel que le pays où l'arbitrage s'est déroulé ou le pays où la sentence a été rendue.
260. **Approche délocalisatrice.** Une seconde approche dissidente, prônerait la délocalisation, c'est-à-dire la suppression de la relation de cause à conséquence entre le choix du siège et le choix de la loi applicable à l'arbitrage. Cette approche se fonde sur une vision globale de l'autonomie de la volonté des parties. L'arbitrage se base sur une *lex arbitri* universelle qui écarterait le contrôle étatique sur toute la durée de la procédure à l'exception de l'exequatur. En pratique, cette théorie est difficile à mettre en œuvre, dans la mesure où une intervention des lois et juges étatiques est inévitable, par exemple par le biais de demandes de mesures provisoires notamment. Elle a toutefois été adoptée par le passé par la Belgique, qui dans un ancien article 1717 du Code de procédure civile belge retenait que la partie perdante n'a pas le droit de contester une sentence rendue dans le cadre d'un arbitrage international si au moins une des parties avait son siège social ou tout autre lien avec un pays autre que la Belgique. Cet article a été abrogé dans la mesure où il entraînait un découragement considérable des parties souhaitant choisir la Belgique comme siège de l'arbitrage.
261. **Approche multi localisatrice.** Une dernière théorie, inspirée de la délocalisation, se positionne en faveur de l'efficacité de l'arbitrage international, en admettant une multi localisation de l'arbitrage internationale qui permet de se tourner vers un « fors de

---

<sup>353</sup> CA Paris, 28 oct. 1997, Rev. arb. 1998; p. 399, note B. Leurant



nécessité »<sup>354</sup> pour empêcher un déni de justice. Un tel pouvoir relève de la souveraineté de chaque État dans la mesure où la décision d'accorder une exequatur dans un État entraîne l'application de cette sentence sur son territoire. Ainsi « *Ce système de la multi localisation, qui suppose un contrôle multiple et autonome de la sentence dans les ordres prêts à l'accueillir, s'oppose au précédent système qui localisait la sentence au siège* »<sup>355</sup>. Cette théorie considère que chaque ordre de juridiction a un droit égal à se prononcer sur l'exequatur d'une sentence arbitrale internationale dans la mesure où il s'agit d'un acte privé. Elle prône l'universalité et la circulation des sentences arbitrales. Cette exequatur ne peut donc pas se faire sans contrôle des autorités juridictionnelles de l'État où elle est demandée, et notamment à la lumière du respect de l'ordre public de cet État. La Convention de New York ne reconnaît pas cette théorie mais semble l'admettre du fait de son article VII qui encourage l'application du texte le plus favorable à la circulation de la sentence arbitrale.

**262. Illustration.** Cette théorie de la multi localisation portée par la justification de la lutte contre le déni de justice a eu l'occasion de s'illustrer dans l'ordre juridique français du fait d'une jurisprudence Israël c. Société NIOC<sup>356</sup>. La clause compromissoire liant Israël à la société NIOC prévoyait qu'en cas de désaccord entre les arbitres sur le choix du président du tribunal arbitral, la CCI était compétente pour le désigner. Or, en l'espèce le litige ne tournait pas autour de la nomination du président du tribunal, mais d'Israël qui refusait de nommer son arbitre. Il était impossible en pratique de saisir le juge d'un des pays, en l'espèce Israël et l'Iran, en raison de problèmes politiques complexes que nous n'exposerons pas en détail. La société NIOC a donc saisi la justice française comme juge d'appui, dans l'optique d'éviter l'absence de constitution du tribunal qui se traduirait par un déni de justice. Par une ordonnance du 9 février 2000, le juge français a refusé de reconnaître sa compétence au motif que les conditions d'un déni de justice n'étaient pas réunies dans la mesure où les parties pouvaient toujours saisir le juge iranien. Cette décision a été contredite en appel, par deux arrêts du 29 mars 2001, puis du 8 novembre 2001, qui ont respectivement intimé à Israël dans un premier temps de nommer un arbitre, pour ensuite le nommer elle-même. Israël a contesté en cassation la compétence des juridictions françaises du fait de l'absence de lien entre la France et le litige. A cela, la Cour de cassation rétorque que :

---

<sup>354</sup> L. Chedly, op. cit., , p. 59

<sup>355</sup> L. Chedly, op. cit. , p.60

<sup>356</sup> Cour de cass., civile 1, 1er Février 2005, n° 01-13.742 02-15.237

« *Le lien avec la France, même s'il est tenu, comme résultant du choix par les parties du président de la CCI de Paris pour une désignation éventuelle d'un troisième arbitre, est le seul dont la demanderesse peut se prévaloir pour assurer la réalisation de leur commune volonté de recourir à l'arbitrage* ».

Cet arrêt est d'une grande importance pour l'arbitrage international dans la mesure où il consacre un droit à l'arbitre sur le fondement de l'article 6 de la CEDH au même titre que le droit à un juge, et en octroyant la compétence au juge français pour protéger ce droit alors que le lien entre la France et le litige n'est pas fort. Il s'agit d'une victoire retentissante pour l'efficacité de l'arbitrage international. Cette position a été consacrée par la réforme de 2011, qui précise à l'article 1505-4 du Code de procédure civile que le juge est compétent dans les cas où il y a un risque de déni de justice. Cette position du juge français est tout à fait louable, et manifestement en faveur de l'efficacité de l'arbitrage, dans la mesure où le juge procède à une analyse portée par la recherche de tout lien avec un ordre juridique favorable, afin de pouvoir in fine réaliser la volonté des parties, et rendre toute son efficacité à la procédure d'arbitrage.

**263. Approche universaliste du droit français.** Ces théories demeurent doctrinales et peu appliquées, et de façon générale, en tout état de cause, le choix du siège entraîne l'application de la loi d'arbitrage, à ne pas confondre avec la loi de la procédure d'arbitrage, dans la mesure où elle permet de déterminer la loi que doivent appliquer les juges du territoire lorsqu'ils sont confrontés à un arbitrage. Toutefois, si la plupart des législations, en arbitrage international, prévoient que leur législation s'appliquera aux arbitrages se déroulant sur leur territoire, ce n'est pas le cas du droit français. Pour MM. Seraglini et Ortscheidt, cela peut être interprété comme une vocation universelle du droit français qui « *semble donc prétendre à une application universelle* »<sup>357</sup>. Pour la doctrine, en droit français de l'arbitrage international, « *l'arbitre n'a pas de for* »<sup>358</sup>. Cette énonciation est techniquement vraie puisque l'arbitre n'est pas lié à un for national. Ceci n'est pas sans conséquences, puisque l'arbitrage étant « *déterritorialisé* », une sentence annulée à l'étranger peut toujours être exécutée sur le territoire français.<sup>359</sup> Cette situation est justement résumée par M. Racine qui considère que : « *Autonomie et liberté forment donc un couple qui caractérise le droit français de l'arbitrage* »

---

<sup>357</sup> C. Seraglini & J. Ortscheidt, Droit de l'arbitrage interne et international, Précis Domat Droit Privé, 2<sup>ème</sup> édition p. 840

<sup>358</sup> J.-B. Racine, op. cit., p. 421

<sup>359</sup> J.-B. Racine, op. cit., p. 321

*international* »<sup>360</sup>. Ces propos s'appliquent justement en matière de siège dans la mesure où l'arbitre est autonome de tout for national, et qu'en contrepartie, le juge français est libre d'accorder l'exequatur à une sentence, alors même que cette dernière a été annulée à l'étranger.

- 264. Conventions internationales et principe de territorialité.** A l'opposé du droit français, la loi-type CNUDCI quant à elle privilégie une application du principe de territorialité, en son article 20, à la faveur d'une application du droit du siège. Certains pays adoptent cette position, tandis que d'autres assortissent ce critère au principe de volonté des parties qui peuvent contourner le droit du siège pour appliquer une loi différente. La loi-type CNUDCI ouvre l'alternative aux parties entre un choix direct de la loi et une délégation à une institution. Le cas échéant, l'institution doit prendre en considération les circonstances de l'affaire et celles des parties.
- 265. Juge du siège et juge d'appui.** Une fois la loi du siège établie, le juge du siège devient généralement le juge d'appui de la procédure, veillant à la bonne conduite de l'instance, du début à la fin, allant même jusqu'à connaître des potentiels recours en annulation. En arbitrage interne, la règle est claire, l'article 1459 du Code de procédure civile retient que le juge d'appui compétent est le président du tribunal judiciaire, à moins que les parties en aient décidé autrement. Cet article ajoute que le juge territorialement compétent est par principe celui que désigne la convention d'arbitrage. Le cas échéant, la compétence revient au juge du siège dans lequel le tribunal arbitral a été fixé. Enfin, en dernier lieu, il peut s'agir du lieu de domiciliation du défendeur, ou s'il vit à l'étranger, celui du lieu de domiciliation du demandeur. Il s'agit d'une répartition classique en droit français. En arbitrage international, l'article 1460 du Code de procédure civile octroie la compétence du juge d'appui au juge français, dans les cas où l'arbitrage se déroule en France, ou que les parties ont choisi la loi française comme loi applicable à la procédure d'arbitrage, les parties ont expressément donné compétence aux juridictions françaises pour connaître des différends relatifs à la procédure arbitrale ou, enfin, lorsque l'une des parties est exposée à un déni de justice. Le siège de l'arbitrage ayant été défini, il s'agit de considérer les critères entourant son choix.

---

<sup>360</sup> J.-B. Racine, op. cit., p. 421

## B. Critères encadrant le choix d'un siège efficace

- 266. Garanties des principes fondamentaux.** Il est important de choisir rigoureusement le siège à la lumière des effets qu'il entraîne. Outre la compétence accordée au juge en matière de recours et la détermination du juge d'appui, une seconde manifestation de la loi du siège se traduirait par la garantie du respect de l'application des principes fondamentaux. En tout état de cause, en droit français de l'arbitrage, les parties sont libres du choix de leur siège, sans aucune contrainte légale. Le cas échéant, ce dernier est déterminé par le tribunal arbitral. De façon générale, c'est le libéralisme législatif à l'égard de l'arbitrage qui détermine le choix des parties pour un siège, dans la mesure où ce choix relève de la volonté autonome complète des parties. Le cas échéant, le tribunal s'en charge.
- 267. Législation favorable à l'arbitrage.** Plusieurs critères sont à prendre en considération puisque la question du siège est essentielle pour l'efficacité de la procédure arbitrale. Il s'agit de déterminer un siège dans un pays dont le droit applicable est accueillant et favorable à l'arbitrage. De prime abord, les parties ont tendance à choisir un siège neutre lorsqu'elles sont de nationalité différente, afin d'assurer l'équité et l'égalité des parties durant la procédure d'arbitrage. Il s'agit également de prendre en considération des contraintes logistiques, en choisissant un siège qui est facile d'accès pour toutes les parties que ce soit géographiquement ou diplomatiquement<sup>361</sup>. Indépendamment de ces considérations pratiques, les parties concentrent leur choix sur l'étude de la loi applicable au siège, puisque tel que cela a été étudié ultérieurement, cela entraîne de nombreuses conséquences juridiques. Notamment, les lignes directrices de l'IIBA recommandent la prise en considération de deux critères dans le choix du siège. D'une part, il faut que l'Etat soit signataire de la Convention de New York, qu'il ait une législation favorable à l'arbitrage qui admet notamment l'arbitrabilité du litige en cause, et que sa jurisprudence soit impartiale et favorable à l'arbitrage.
- 268. Procédure d'exequatur efficace.** Également, nous pouvons ajouter le critère de la législation relative à l'exequatur. Effectivement, il n'y a aucun intérêt à reconnaître ou accorder un droit si cette reconnaissance n'est pas efficace en n'étant pas exécutée. L'exequatur n'est pas forcément synonyme de spontanéité et de simplicité, et l'appui d'un tribunal étatique se révèle

---

<sup>361</sup> La question du visa est importante par exemple.

souvent nécessaire. De nombreuses institutions internationales prévoient par le biais de leur convention une coordination des lois relatives à l'exequatur au niveau national, tel que, la Convention de New York. Il faut que la législation soit libérale et les juges coopératifs de telle sorte que l'exequatur s'effectue dans des délais efficaces, sans être entourée d'un conditionnement lourd. Le droit français, est sans discussion et unanimement, l'un des droits les plus libéraux en matière d'arbitrage, et Paris est l'un des sièges de l'arbitrage les plus plébiscités. Effectivement aux termes des articles 1487 et suivants du Code de procédure civile, la procédure n'est pas contradictoire ce qui assure sa rapidité et sa souplesse. Également, le seul critère législatif pour écarter l'exequatur se traduit par une contrariété avec l'ordre public ce qui limite les causes de refus, ainsi que la compétence du juge à une analyse prima facie qui ne remet pas en cause le fond de la sentence arbitrale. Il s'agit donc de se demander, à la lumière du droit français comme modèle, si la législation du Maroc est efficace de telle manière qu'elle attire les arbitragistes à la recherche d'un siège, et si cette efficacité est concurrentielle au niveau international. Il s'agit d'une analyse, à la fois théorique et pratique, de l'attractivité d'un siège marocain.

**269. Multiplications de la signature des conventions internationales au Maroc.** De prime abord, il convient de noter que le Maroc a été l'un des premiers pays à signé la convention de New York, le 12 février 1959, soit très rapidement après sa ratification. Également, tel que démontré tout au long de cette étude, la réforme de 2007 a été très fortement inspirée par le droit français, qui est incontestablement l'un des droits les plus libéraux et les plus efficaces en matière d'arbitrage. Le Maroc a donc essayé très tôt d'adapter sa législation au contexte de mondialisation dans une optique d'attirer les investisseurs en leur assurant un cadre législatif et juridictionnel rassurant. Le législateur marocain essaye par ailleurs d'adapter sa législation aux standards internationaux d'UNCITRAL. Ainsi, la loi 95.17 prévoit un élargissement de la définition de la convention d'arbitrage, considérant, notamment, désormais qu'un échange de courriels entre parties se référant à une clause d'arbitrage peut être considéré comme un contrat valide et engageant les parties. Cette proposition a été retenue à l'article 3 de la nouvelle loi qui retient que : « *La convention d'arbitrage est réputée conclue par écrit, si elle figure dans un document signé par les parties ou dans un échange de lettres, télégrammes ou tout autre moyen de communication écrit ou par courrier électronique établi conformément aux textes légaux en vigueur* ». La loi s'est fortement inspirée du projet de loi UNCITRAL et il y

a très peu de différence avec ce dernier<sup>362</sup>. Les quelques différences qui ont pu être notées se traduisent par le fait que la procédure arbitrale a pour point de départ la constitution du tribunal et non pas la réception de la requête d'arbitrage par le défendeur, ce qui peut se montrer problématique en cas de difficultés de constitution du tribunal arbitral.

**270. Renforcement des garanties législatives de la convention d'arbitrage.** La loi marocaine est plus exigeante en matière de forme et de contenu de la sentence arbitrale. Le Maroc essaye également de se développer en matière d'arbitrage d'investissement. Il est effectivement signataire de près de 85 traités bilatéraux d'investissements et a été partie dans des affaires de grande importance, tel que Consortium R.F.C.C., Salini Costruttori ou Holiday Inns, ce qui démontre tout son intérêt pour l'arbitrage, et la démocratisation des acteurs économiques marocains vis-à-vis du choix de cette procédure pour régler leurs litiges. Ce dernier a également signé des conventions régionales tel que la convention Ras Lanouf, en 1991, relative à la reconnaissance et à l'exequatur des sentences rendues sur le territoire des pays signataires ou encore la convention de Amman relative à l'arbitrage commercial international, datant du 14 Avril 1987 et qui a débouché sur la création du centre d'arbitrage de Rabat. Il y a donc une véritable volonté de rayonnement de son arbitrage au niveau régional et international, et surtout d'adaptations aux standards internationaux.

**271. Multiplications des institutions d'arbitrage.** Ceci se manifeste également par la présence de multiples institutions d'arbitrage. Effectivement, le Maroc abrite deux institutions arbitrales, à Casablanca, que sont la Cour marocaine d'arbitrage, dont le règlement est fondé sur celui de la CCI et le Centre International de Médiation et d'Arbitrage de Casablanca. Le CIMAC a signé un accord avec le CIRDI lors d'une cérémonie qui s'est tenue le 29 novembre 2018 qui permet désormais à ce dernier d'utiliser les locaux du CIMAC pour la tenue de ses audiences, participant ainsi à désigner le Maroc comme siège dans le cadre d'arbitrages CIRDI. Outre ces deux principales institutions, plusieurs centres d'arbitrage se sont multipliés à Meknès, Rabat et Tanger. L'établissement de ces centres permet non seulement le développement de l'arbitrage dans la région dans la mesure où un cadre procédural local est possible, mais cela permet également de « *favoriser un cercle vertueux d'arbitrage en aidant l'accumulation régionale de connaissances et d'expériences par la supervision des procédures arbitrales par le personnel résident conformément aux règles institutionnelles, et par le*

---

<sup>362</sup> Aïcha Brahma, 'Chapter 4.4: Morocco', in Lise Bosman (ed), Arbitration in Africa: A Practitioner's Guide (Second Edition), 2nd edition (© Kluwer Law International; Kluwer Law International 2021) pp. 457 - 464

*soutien qu'ils apportent à la coordination et à l'accueil de divers événements éducatifs tels que des séminaires, des conférences et des sessions de formation* »<sup>363</sup>. Ainsi, cela permet non seulement le développement de l'appétence pour les questions relatives à l'arbitrage, tout en créant un terreau fertile permettant l'expansion pratique des activités.

**272. Efficacité de la procédure d'exequatur.** La question de l'exequatur est essentielle pour l'efficacité, puisqu'une sentence n'a aucun intérêt si le juge ne l'applique pas et qu'elle ne reçoit pas d'exécution. Il est donc essentiel que le juge du siège ait les outils légaux nécessaires pour pouvoir exécuter la sentence. Au niveau interne, le Maroc a tenté de mettre en place une procédure efficace en matière d'exequatur, conforme aux exigences de la Convention de New York dont il est signataire. En matière d'arbitrage interne, c'est le président du Tribunal de commerce qui est compétent au lieu où la sentence arbitrale a été rendue, qui est également compétent pour les procédures judiciaires liées à l'arbitrage. S'agissant des procédures arbitrales internationales, le président du Tribunal de commerce est également compétent lorsque le siège de l'arbitrage est le Maroc<sup>364</sup>. Lorsque le siège est à l'étranger, le président du tribunal de commerce de Rabat est compétent pour toute difficulté concernant la constitution du tribunal arbitral. Ainsi, un seul juge est compétent ce qui permet de concentrer les recours et de faciliter l'accès à la justice. En cours de procédure, le Maroc adopte également une position très libérale puisqu'il autorise les avocats étrangers à représenter leurs parties lors de procédures arbitrales au Maroc. Le contrôle du juge étatique de la sentence arbitrale est très limité. En pratique, la violation d'une règle d'ordre public traduit l'un des principaux motifs d'annulation de la sentence ou de refus d'exequatur, le contrôle du juge demeurant très limité<sup>365</sup>.

**273. Étapes de la procédure d'exequatur.** Après avoir examiné la nature du litige et sa compétence *ratione materiae*, le juge de l'exequatur, doit examiner l'arbitrabilité du litige, ainsi que les exigences formelles et de fond entourant la validité de la convention d'arbitrage<sup>366</sup>. Enfin, le juge doit contrôler la sentence arbitrale en elle-même. Il doit vérifier

---

<sup>363</sup> Jalal El Ahdab and Ruth Stackpool-Moore, 'Arab Arbitration v. International Arbitration? The Case for a Reconciliation', *Journal of International Arbitration*, (© Kluwer Law International; Kluwer Law International 2008, Volume 25 Issue 2) pp. 275 – 288 – Traduction libre

<sup>364</sup> Articles 327-46 et 327-47 de la loi 08-05

<sup>365</sup> Riad Fakhry, 'The Procedural Steps to Enforce Domestic Arbitral Awards in Morocco', *International Journal of Arab Arbitration*, (© International Journal of Arab Arbitration; International Journal of Arab Arbitration 2010, Volume 2 Issue 3) pp. 43 - 54

<sup>366</sup> Riad Fakhry, *op. cit.*, pp. 43 - 54

que la sentence est bien motivée, sans pour autant juger de la teneur de la motivation.<sup>367</sup> Le juge doit vérifier que la sentence arbitrale contient les mentions légales obligatoires telle que la référence à la convention d'arbitrage et la forme qu'elle a pris, un résumé des faits permettant au juge de déterminer si le litige est arbitral ou non en application de l'article 308 et suivant de la loi 08-05,<sup>368</sup> les demandes et plaidoiries des parties permettant de vérifier le respect du principes d'égalité etc. Il s'agit d'une procédure simplifiée et superficielle, équivalente à celle du droit français, ce qui en renforce l'efficacité. L'article 1487 du Code de procédure civile qui encadre la procédure d'exequatur établit que cette dernière n'est pas contradictoire, ce qui accélère et simplifie la procédure dans la mesure où le juge n'est pas tenu d'établir un calendrier, de convoquer les parties et de les écouter. L'article suivant retient que l'exequatur n'est pas accordée si la sentence est contraire à l'ordre public. Il s'agit donc du seul critère à vérifier pour le juge, qui procède à une analyse superficielle de la sentence, et des critères formels qu'elle doit respecter, en n'empiétant par la compétence du tribunal arbitral qui est le seul à pouvoir juger du fond.

- 274. Vérification prima facie de la sentence arbitrale.** En tout état de cause, le juge effectue une vérification formelle, procédurale et des principes généraux de la sentence sans analyser le fond, mais en vérifiant qu'il n'y a pas de contravention avec l'ordre public<sup>369</sup>. Effectivement, le juge contrôle uniquement si une motivation existe sans en analyser le fond et les arguments. Il y a une véritable collaboration entre le juge étatique et l'arbitre en faveur de l'efficacité de l'arbitrage. De même, il a été admis par la doctrine marocaine que la motivation de la sentence arbitrale n'est pas d'ordre public et que l'exequatur peut être accordée alors même que la sentence n'est pas motivée<sup>370</sup>. Effectivement, l'article Article 327-23<sup>371</sup> indique que la sentence doit être motivé « *sauf si les parties en ont décidé autrement dans la convention d'arbitrage ou que la loi devant être appliquée à la procédure d'arbitrage n'exige pas la motivation de la sentence.* ». Il est donc possible pour les parties d'écarter cette obligation de motivation par voie conventionnelle.

---

<sup>367</sup> Cour de cassation, 15/02/1968, Gazette des Tribunaux du Maroc, n°4, p 19

<sup>368</sup> Article 14 du Code de l'arbitrage ratifié le 13 juin 2022 issu de Loi n° 95-17 relative à l'arbitrage et à la médiation conventionnelle, ratifiée le 13 juin 2022, BO 7099

<sup>369</sup> Riad Fakhry, op. cit., pp. 43 - 54

<sup>370</sup> A.A. SOSSI, Contrôle de la justice sur l'arbitrage : Etude du droit marocain et du droit comparé, Op, cit., p 334

<sup>371</sup> Article 51 du Code de l'arbitrage ratifié le 13 juin 2022 issu de Loi n° 95-17 relative à l'arbitrage et à la médiation conventionnelle, ratifiée le 13 juin 2022, BO 7099



275. **Régime souple.** Également, L'article 327-36 ancien du Code de procédure civile<sup>372</sup> n'énonce pas dans les motifs de recours en annulation, une absence de motivation de la sentence. Il s'agit donc d'un régime très libéral favorisant l'exequatur de la sentence arbitrale. Enfin, si l'exequatur est refusée, un appel contre l'ordonnance est ouvert, dans un délai de 15 jours suivant la notification de la décision, alors qu'un appel lorsque l'exequatur est accordée est, ce qui démontre très clairement la faveur de la législation marocaine vis-à-vis de l'arbitrage.
276. **Recul du nouveau Code de l'arbitrage.** Cette efficacité est à relativiser. L'article 67 du Code de l'arbitrage retient que : « *L'ordonnance d'exequatur est délivrée par le président du tribunal compétent auprès de laquelle la sentence arbitrale a été déposée en urgence, après convocation des parties.* ». Ainsi, le nouveau Code de l'arbitrage marocain prévoit d'introduire l'application du principe du contradictoire à la procédure d'exequatur. Une telle introduction risque d'allonger considérablement la procédure, ce qui constitue une entrave à l'efficacité de l'arbitrage. La doctrine est manifestement mécontente, considérant qu'une telle pratique « *retarde considérablement l'exécution effective de la sentence arbitrale au mépris des droits des parties et vide, en conséquence, le recours à l'arbitrage de tout son intérêt. Il va sans dire que cette pratique n'est pas de nature à encourager les investisseurs ni à les rassurer faute d'efficience de l'arbitrage* »<sup>373</sup>. Nous rejoignons cette position doctrinale, dans la mesure où cette procédure entraînera un échange de mémoires entre les parties, ainsi que leur convocation à l'audience, rallongeant ainsi la procédure. Le risque d'une procédure d'exequatur contradictoire se traduit également par la facilité pour le juge étatique de s'égarer en jugeant à nouveau le litige sur le fond.
277. **Contraste entre un régime efficace et une pratique mitigée.** Ainsi, le cadre légal théorique en droit marocain semble très libéral et inspiré du droit français. Qui de la pratique ? Deux raisons sont à nuancer : des raisons culturelles et théoriques avancées par la doctrine et des raisons pratiques. Ainsi, la législation marocaine semble donc suffisamment attractive pour que le Maroc puisse être considéré comme un siège efficace de l'arbitrage, puisqu'elle remplit les principaux critères malgré quelques défauts qui se maintiennent. Quid de la pratique ? A la lumière de cet arsenal juridique, le Maroc est-il attractif pour les parties en quête d'un siège efficace ?

---

<sup>372</sup> Article 53 de la Loi n° 95-17 relative à l'arbitrage et à la médiation conventionnelle, ratifiée le 13 juin 2022, BO 7099

<sup>373</sup> K. Zaher, « Arbitrage au Maroc, il est temps de rectifier le tir », Medias24, 12 février 2020

**278. Pratique judiciaire chaotique.** Cette efficacité doit toutefois être nuancée par un élément important. Une pratique judiciaire et jurisprudentielle sans fondement légaux s'est ancrée dans les tribunaux marocains, et se traduit par la mise en œuvre d'une procédure d'exequatur contradictoire. Pour la doctrine marocaine, elle participe fortement à alourdir la procédure et à décourager les parties de se tourner vers l'arbitrage. Pour M. Zaher : « *Cette pratique initiée et instaurée par les juridictions de Casablanca, retarde considérablement l'exécution effective de la sentence arbitrale au mépris de droits des parties et vide, en conséquence le recours à l'arbitrage de tout son intérêt* »<sup>374</sup>. L'exemple le plus probant est celui du litige d'Ynna Holding contre Fives FCV qui n'a toujours pas obtenu d'exequatur bien que la sentence ait été rendue en 2011<sup>375</sup>. Effectivement, cette affaire de la plus haute importance qui a mené à condamner la partie marocaine à plus de 20 millions d'euros de dommages et intérêts est en cassation depuis 2015 sans que l'exequatur ne soit prononcée. Il s'agit certes d'une affaire complexe qui a donné lieu à une réunion de toutes les chambres de la Cour de cassation pour en traiter depuis le 29 janvier 2019, mais cela n'empêche que cet allongement procédural est signe d'inefficacité. Il est incompréhensible que le droit marocain ne se soit pas inspiré de l'article 1487 du Code de procédure civile qui prévoit une procédure non soumise au contradictoire, assurant ainsi une procédure simple, efficace et rapide. Le risque du contradictoire se traduit par l'éventualité d'ouvrir dans les faits un nouveau procès jugeant du fond alors qu'il ne s'agit pas de l'objectif de la procédure d'exequatur.

**279. Garanties entourant la convention d'arbitrage insuffisantes.** Un second défaut de la législation marocaine se traduit par le fait qu'il n'y a pas suffisamment de garanties pour protéger la convention d'arbitrage applicable. L'absence d'anti-suit injunction a notamment été reprochée de façon récurrente par les praticiens. Si une poursuite judiciaire auprès d'un tribunal étatique vient violer la convention d'arbitrage, le seul recours possible se traduit par une possibilité par le défendeur, avant que le juge statue sur le fond, de demander une déclaration d'irrecevabilité. Cet article est insuffisant car il se limite à l'arbitrage interne et à la demande du défendeur. Le tribunal ne peut se prononcer d'office incompetent lorsqu'une convention d'arbitrage est applicable. Il n'est pas sans rappeler l'article 1448 du Code de procédure civil en vertu duquel : « *Lorsqu'un litige relevant d'une convention d'arbitrage est*

---

<sup>374</sup> <https://medias24.com/2020/02/11/comment-larbitrage-au-maroc-risque-de-regresser-a-cause-dune-pratique-negative/#:~:text=Dans%20les%20juridictions%20marocaines%2C%20l.alternatif%20de%20r%C3%A8glement%20des%20litiges.>

<sup>375</sup> <https://medias24.com/2021/07/08/fives-fcb-vs-ynna-holding-le-dossier-seternise-le-conflit-senlise/>

*porté devant une juridiction de l’État, celle-ci se déclare incompétente sauf si le tribunal arbitral n’est pas encore saisi et si la convention d’arbitrage est manifestement nulle ou manifestement inapplicable. La juridiction de l’État ne peut relever d’office son incompétence* ». Le fait de conditionner l’incompétence des juges étatiques à la demande des parties fragilise ce mécanisme dans la mesure où cela réduit son effet. L’application d’une convention d’arbitrage valide est ainsi dépendante de la volonté des parties alors que le juge étatique pourrait pleinement retenir son incompétence. Cela se justifie par le fondement contractuel de la convention d’arbitrage. Il relève de la volonté des parties de décider si elles souhaitent voir la procédure d’arbitrage prendre forme.

**280. Justification du rejet des anti-suit injunctions.** Toutefois, l’absence d’anti-suit injunction peut se justifier par le fait que la législation marocaine est d’inspiration civiliste, à l’instar de la législation française qui sans cette garantie, n’en est pas moins efficace vis-à-vis de la protection de la convention d’arbitrage comme nous avons pu l’analyser tout au long de cette étude. La législation française n’a notamment pas eu le besoin d’introduire des anti-suit injunctions du fait de la coopération entre l’arbitre et le juge étatique qui est tenu sur demande d’une des parties de renvoyer tout litige étant soumis au champ d’application d’une convention d’arbitrage valide. Malgré une législation assez satisfaisante, la pratique assez bancal au Maroc devrait peut-être se voir compenser par des mesures législatives plus strictes. Elle gagnerait à s’inspirer des anti-suit injunction en droit anglais<sup>376</sup> par le biais desquels le tribunal peut contraindre une partie d’abandonner une procédure devant une juridiction qui n’est pas celle désignée par la clause compromissoire ou la clause attributive de juridiction. Il convient de noter qu’à l’image du juge marocain, le juge français a également toujours rejeté les anti-suit injunction retenant dans un arrêt du 30 juin 2004 que : « *cette interdiction faite à la personne du débiteur de disposer en tout lieu de ses biens, dans la mesure où il s’agit de préserver les droits légitimes du créancier, ne saurait porter atteinte à un droit fondamental du débiteur, ni même indirectement, à une prérogative de souveraineté étrangère et, notamment, n’affecte pas, à la différence des injonctions dites “anti-suit”, la compétence juridictionnelle de l’État requis* ». Toutefois, ceci se justifie par le fait que le juge français considère que la solution doit être recherchée par le juge étranger saisi et non pas par le juge français, mais cela ne préjudicie pas à la possibilité d’inclure le concept d’anti-suit injunction dans son propre système juridique.

---

<sup>376</sup> A. Brahma, op. cit.

- 281. Dérives de la pratique.** Un troisième problème se pose : les dérives de la pratique. Effectivement, sont souvent dénoncées des pratiques peu éthiques relatives à des arbitres corrompus et des coalitions entre arbitres et parties. Lors d'une conférence récente du 15 septembre 2021 relative à l'étude du projet de loi d'arbitrage, une députée a déploré que : *« l'expérience a démontré que plusieurs personnes ont été victimes de leur choix de soumettre leurs cas à l'arbitrage. Au lieu de désengorger la justice, on est revenus à cette même justice dans le cas de procédures plus complexes »*<sup>377</sup>. En effet, récemment, un scandale a éclaté, lorsqu'un arbitre a été condamné pour escroquerie en état de récidive, usurpation de titre, abus de confiance et faux sur attestation administratives. Ce dernier avait été nommé comme arbitre à plusieurs reprises alors que le seul diplôme le légitimant était à l'issue d'une formation de 3 jours. Bien qu'aucun diplôme ne soit requis en pratique, les arbitres sont généralement nommés du fait de leur notoriété académique et pratique, et ce diplôme pouvait facilement induire en erreur. Une autre députée clame qu'il ne s'agit pas d'un cas isolé, mais d'un phénomène se gangrenant et se traduisant par des formations d'arbitrage expresse. Un tel phénomène est désolant, dans un contexte législatif où l'article 327-6 du Code de procédure civile<sup>378</sup> exige que les arbitres établissent par écrit une déclaration d'indépendance et d'impartialité. Face à ces dérives, malgré une loi qui semblerait contrôler efficacement les conditions entourant le choix des arbitres, la seule solution envisageable se traduirait par un renforcement du contrôle des arbitres avant leur nomination, pouvant potentiellement être organisé par les centres d'arbitrages dans le cas des arbitrages institutionnels. Le problème est que cela alourdirait la procédure et que les arbitres risquent d'être découragés à accepter leur rôle s'ils doivent au préalable se soumettre à une enquête avant chaque nomination.
- 282. Vue d'ensemble des pays arabes.** De façon globale, les pays arabes attirent peu les parties en quête d'un siège d'arbitrage. Les statistiques de la CCI, de 1998 à 2016, ont démontré que 459 pays arabes ont pris part à des arbitrages CCI, dont 201 étaient situés dans des pays arabes d'Afrique, et le reste des pays arabes du Moyen Orient<sup>379</sup>. Le premier pays arabe africain représentatif au niveau des parties est l'Égypte, qui est suivi par le Maroc, dont 51 parties étaient marocaines sur les 201 arbitrage CCI. Ces chiffres ont chuté depuis 2006, puisque

---

<sup>377</sup> <https://medias24.com/2021/06/22/deputes-et-avocats-alertent-sur-le-tableau-noir-de-larbitrage-au-maroc/>

<sup>378</sup> Article 30 du Code de l'arbitrage ratifié le 13 juin 2022, issu de Loi n° 95-17 relative à l'arbitrage et à la médiation conventionnelle, ratifiée le 13 juin 2022, BO 7099

<sup>379</sup> Lara Hammoud and Sami Houerbi, 'ICC Arbitration in the Arab World', *Journal of International Arbitration*, (© Kluwer Law International; Kluwer Law International 2008, Volume 25 Issue 2) pp. 231 - 240

seulement 10% des affaires enregistrées par la CCI contenaient une partie arabe, soit 88 parties arabes. Également, ces statistiques ont montré qu'en 2006, sur les 62 affaires qui ont impliqué des parties ayant la nationalité d'un pays arabe, seulement 11 avaient sélectionné un siège dans un pays arabe. Si les parties arabes elles-mêmes ne font pas confiance à leur propre législation, le problème est profond<sup>380</sup>.

**283. Cas spécifique du Maroc.** En 2020, la CCI classe le Maroc en 75<sup>ème</sup> place, avec 5 arbitrages faisant intervenir 6 parties marocaines, et un siège marocain choisi une seule fois à Casablanca. Au 31 Décembre 2020, le CIRDI enregistre 13 affaires pour lesquelles un protagoniste est de nationalité marocaine<sup>381</sup>. Pour certains auteurs, le problème vient non pas des lois abstraites mais de l'attitude des praticiens<sup>382</sup>. L'étude de la pratique a démontré qu'en Afrique du Nord de façon générale, une évolution s'était dessinée ces dernières années, se caractérisant par un passage d'une compétition entre la justice privée et publique, à une coopération entre les deux. Ceci se manifeste notamment par une augmentation du nombre d'exequaturs accordées, ce qui s'explique également par l'amélioration de la qualité des sentences rendues<sup>383</sup>. Un exemple probant serait la décision n°60 du 19 Janvier 2000 rendu dans le cadre d'une affaire commerciale 709/1998 qui confirme que le refus d'accorder l'exequatur pour contrariété avec l'ordre public demeure exceptionnel et doit être explicitement motivé<sup>384</sup>. Dans ce cas d'espèce, le motif de violation de l'ordre public a été rejeté.

**284. Solidarité entre le juge et l'arbitrage dans leurs fonctions.** Également, le rôle du juge et de l'arbitre a tendance converger, plutôt qu'à s'opposer. Ainsi, un arrêt du 21 janvier 2014 rendu par la Cour de cassation marocaine a retenu que : « *Le recours au juge des référés ne peut être considéré comme une renonciation à l'arbitrage. L'ordonnance autorisant les actionnaires à examiner les comptes de la société est de la compétence du président du tribunal en sa qualité de juge des référés et constitue une simple mesure conservatoire qui ne peut conduire à écarter l'application de la clause compromissoire* ». Il s'agit d'une évolution magistrale de la

---

<sup>380</sup> Lara Hammoud and Sami Houerbi, op. cit., pp. 231 - 240

<sup>381</sup> Indifférentement des arbitres, conciliateurs et membres de comités ad hoc

<sup>382</sup> Sami Houerbi, 'Chapter 4: Arbitration in North Africa: An Overview', in Lise Bosman (ed), Arbitration in Africa: A Practitioner's Guide (Second Edition), 2nd edition (© Kluwer Law International; Kluwer Law International 2021) pp. 383 - 412

<sup>383</sup> Sami Houerbi, 'op. cit.', pp. 383 - 412

<sup>384</sup> Cass. Com., 19 janvier 2000, n° 709/1998

lecture des juges du Code de procédure civile à la faveur de l’efficacité de la convention d’arbitrage.

- 285. Évolution favorable à l’arbitrage.** Auparavant, il été considéré qu’une saisine du juge étatique préalablement à celle du tribunal arbitral équivalait à une renonciation tacite de la convention d’arbitrage. Toutefois, cette approche est nuancée en droit marocain, n’impliquant pas la saisine du juge des référés. Le juge étatique retrouve, à l’image du juge français, une compétence exceptionnelle en matière d’arbitrage, sans que sa saisine entraîne l’écartement de la convention d’arbitrage. Pour M. Koudane<sup>385</sup> : *« le juge étatique peut parfaitement trouver un rôle à jouer concomitamment au déroulement de la procédure d’arbitrage tant que son intervention ne porte pas atteinte à la compétence des arbitres et qu’il ne touche pas au fond du litige »*. C’est par exemple le cas en matière de référés et de mesures provisoires, et c’est corroboré par les dispositions du Code de procédure civile qui écarte la compétence du juge étatique simplement en matière de fond. La saisine du juge étatique dans ces conditions se justifie par l’urgence et par le fait qu’il a le monopole de l’impérium, ce qui n’introduit pas pour autant une renonciation complète à la procédure d’arbitrage. Au contraire, il s’agit d’une parfaite illustration du rôle du juge étatique en tant que soutien à la procédure arbitrale.
- 286. Compétitivité du Maroc.** Un second argument qui a été revendiqué pour justifier l’absence d’attractivité du Maroc comme siège d’arbitrage se traduit par le fait que les avocats arabes n’auraient pas nécessairement les mêmes armes pour être compétitifs dans le monde de l’arbitrage. Jalal El-Adhab a avancé divers arguments qui peuvent être soulevés tel que l’absence de « savoir-faire » pour pouvoir faire face aux volumes des affaires très techniques, volumineuses et souvent en langue anglaise, un réseau professionnel international faible et l’absence de reconnaissance des praticiens arabes par leurs pairs<sup>386</sup>.
- 287. Fragilité de l’argumentaire.** Ces arguments sont archaïques, dans la mesure où l’arbitrage est imprégné dans la culture arabo-musulmane traditionnellement, et que de façon plus moderne, le Maroc tente de se positionner de façon concurrentielle au niveau international en multipliant la signature des traités bilatéraux d’investissement et des conventions multilatérales. S’agissant du savoir-faire, nous rejoignons la position de Jalal El Adhab qui nuance ses propos en avançant qu’une nouvelle génération de juristes et d’avocats arabes ont

---

<sup>385</sup> M. Koudane in B. Laraoui, La saisine d’un juge des référés ne signifie plus une renonciation à la clause d’arbitrage, 12 Janvier 2015

<sup>386</sup> J. El Ahdab & R. Stackpool-Moore, op. cit., pp. 275 - 288

été formés dans les meilleurs écoles et cabinets d'avocats au niveau international. Également, de nombreux cabinets internationaux ont choisi de s'établir à Casablanca, et attirent des juristes internationaux formés dans les plus hautes sphères académiques et professionnelles. Ces arguments doivent donc être écartés, à l'exception de celui relatif à la reconnaissance des pairs, qui est toujours d'actualité comme le démontre par exemple les statistiques CCI. Jalal El Adhab l'explique par des arguments techniques, tel que l'absence d'accès à des sources jurisprudentielles et académiques dans ces régions du monde, ainsi que des arguments pratiques, par le fait que peu d'avocats arabes sont appelés à participer à des conférences internationales ce qui permet de les exposer et de leur donner de la visibilité<sup>387</sup>. Par ailleurs, le développement des investissements au Maroc devrait être un facteur de développement de l'arbitrage au Maroc. Ainsi, Casablanca est considérée comme le premier hub financier en Afrique, depuis la création du Casablanca Finance City, qui l'a classé 22<sup>ème</sup> sur 121 villes par le « 2019 Global Financial Centers Index »<sup>388</sup>.

**Conclusion** : En conclusion, sur le plan législatif et théorique, le Maroc semble effectuer de considérables efforts pour pouvoir s'adapter aux standards d'efficacité internationaux. Toutefois, un changement des mentalités demeure nécessaire pour pouvoir atteindre une position concurrentielle. Par ailleurs, des dérives de la pratique subsistent et justifient le découragement des parties quant au choix d'un siège au Maroc, ou d'un centre d'arbitrage marocain. Il s'agit potentiellement de renforcer le contrôle des centres et des arbitres avant leur nomination, mais cela risque d'alourdir une procédure dont l'essence se veut souple et efficace. Outre la voie législative qui se traduirait par un durcissement des conditions de nomination des arbitres, l'autre solution est pratique, et dépendra des parties qui devront faire preuve de minutie dans leur choix. En tout état de cause, l'essentiel est que le Maroc fournisse une procédure efficace quant à l'exequatur, argument majeur pour le choix du siège. Une partie de la doctrine invite en tout état de cause à relativiser l'importance du juge du siège qui ne concentre pas tous les pouvoirs, du fait de la concurrence que peut offrir le juge de la loi choisie ou le juge compétent en cas de présence d'une clause attributive de juridiction<sup>389</sup>.

---

<sup>387</sup> J. El Ahdab and R. Stackpool-Moore, op. cit., pp. 275 – 288

<sup>388</sup> African Dynamism: Morocco as a Potential Hub for International Arbitration, Munia El Harti Alonso, Kluwer Arbitration Blog, 4 Juin 2019

<sup>389</sup> L. Chedly, op. cit., p. 73

## *Section 2 : La désignation du tribunal arbitral*

Nous reviendrons ici à notre dichotomie méthodologique qui consiste à présenter comme modèle le droit français (A), pour ensuite étudier le droit marocain pour analyser s'il est conforme aux standards d'efficacité du droit français (B).

### **A. L'efficacité des modalités de désignation en droit français**

« Rien n'est probablement plus important que le choix de l'arbitre [...], ni de plus difficile pour les parties, leurs conseils et pour les institutions d'arbitrage »<sup>390</sup>. L'importance de la désignation du tribunal arbitral n'est pas récente en droit français, la Cour de cassation la désignant elle-même comme un « élément substantiel de la convention d'arbitrage »<sup>391</sup>. A l'opposé des tribunaux étatiques au sein desquels les juges ne sont pas choisis et occupent en principe une fonction permanente, le tribunal arbitral est temporaire et les arbitres sont nommés pour une mission limitée à un litige. Les parties doivent se mettre d'accord sur plusieurs points : le nombre d'arbitres, les critères pour choisir un arbitre, la procédure de nomination et la nomination d'un secrétaire administratif. En tout état de cause, les parties sont libres de choisir ces modalités. De ce fait, la procédure d'arbitrage est pratiquement façonnée autour du choix du tribunal arbitral, et c'est ainsi que son efficacité en dépend. Effectivement, le rythme de la procédure arbitrale est organisé au gré de la volonté des arbitres qui décident du calendrier procédural, ordonnent de potentiels expertises et témoignages, et décident de façon générale de l'avancement de la procédure.

Il s'agira d'envisager les facettes entourant la désignation du tribunal arbitral, et de proposer une optimisation de cette désignation dans une optique d'efficacité de la convention d'arbitrage. Effectivement, l'efficacité de l'arbitrage passe également, et surtout, par l'efficacité d'un tribunal arbitral consciencieux, compétent, impartial, indépendant et à même de mener sa mission jusqu'au bout. Il s'agit donc de s'assurer de l'efficacité des mécanismes entourant la nomination des arbitres, pour être sûr qu'ils répondent à ces critères, et le cas échéant, des mécanismes de remplacement des arbitres, afin d'éviter une paralysie de la procédure arbitrale.

---

<sup>390</sup> P. Lalive, Le choix de l'arbitre, in Libertés. Mélanges Jacques Robert, Préface de G. Vedel, Montchrestien, 1998, p. 353, spéc. p. 254 hn

<sup>391</sup> Civ. 2, 13 avr. 1972, Ury c/ Galeries Lafayette ; JCP 1972 II.17189, note P. Level ; D. 1973.2, note J. Robert ; Rev. arb. 1975, p. 235, note E. Loquin



Ainsi, efficacité et désignation du tribunal arbitral se déclinent sous deux facettes, les critères et exigences entourant la nomination des arbitres afin de s'assurer de nommer un tribunal compétent et apte à mener sa mission avec efficacité (**Paragraphe 1**), assorti à une efficacité procédurale, qui se traduit par les mécanismes entourant la nomination et la récusation des arbitres, afin d'éviter toute paralysie de la procédure (**Paragraphe 2**).

Paragraphe 1 ; Les critères entourant la nomination des arbitres

- 288. Principe de liberté.** De prime abord, s'agissant de la nomination des arbitres, en arbitrage international, le droit français est très libéral. Cette nomination est quasiment placée entre les mains des parties, et seuls les mécanismes de blocage applicables au droit interne, sont transposables au droit international de l'arbitrage<sup>392</sup>. L'illustration magistrale de cette liberté se traduit par l'absence d'obligation de prévoir les modalités de désignation du tribunal arbitral dans la convention d'arbitrage alors même que c'est obligatoire en droit interne.
- 289. Principe d'égalité.** Le principe d'égalité vient contrer le principe de liberté. Ce principe est considéré comme « *le principe le plus fécond parmi les droits naturels de procédure* »<sup>393</sup>. Ce principe ne se circonscrit pas à l'étape de désignation des arbitres en début de procédure, mais est poursuivi tout le long de l'instance arbitrale. Effectivement, les parties doivent avoir un accès équivalent aux arbitres et bénéficier d'un traitement indifférencié. Ce principe a été consacré en arbitrage interne<sup>394</sup> et international<sup>395</sup>. Il est même considéré comme un principe d'ordre public<sup>396</sup>. Il s'agit en effet de « *la traduction, au stade de la constitution du tribunal arbitral, d'un principe plus général : le principe d'égalité des parties dans l'arbitrage* »<sup>397</sup>. Le principe procédural d'égalité des parties est donc transposable en matière d'arbitrage, ce qui apporte une garantie supplémentaire de sécurité juridique. Toutefois, cette règle ne doit pas obligatoirement s'appliquer à la lettre, dans la mesure où chaque partie n'est pas obligée automatiquement de choisir son arbitre. L'arbitre n'est pas « la chose » des parties<sup>398</sup>. Une

---

<sup>392</sup> Articles 1452 à 1460 du Code de procédure civile

<sup>393</sup> D. Hascher, Principes et pratiques de procédure dans l'arbitrage commercial international, RCADI 2000, tome 279, p. 126

<sup>394</sup> Cass 2<sup>e</sup> civ., 31 janv. 2002, JCP G 2003, I, 105, n°5 obs. C. Seraglini

<sup>395</sup> Paris, 16 nov. 1999, Rev. Arb., 2000, p. 314

<sup>396</sup> Cass 2<sup>e</sup> civ., 31 janv. 2002, JCP G 2003, I, 105, n°5 obs. C. Seraglini

<sup>397</sup> C. Seraglini & J. Ortscheidt, op. cit., p. 294

<sup>398</sup> C. Seraglini & J. Ortscheidt, op. cit., p. 294

application trop stricte de ce principe risque d'influencer l'efficacité et l'attractivité de l'arbitrage, en cas de carence des parties.

**290. Affirmation du principe au niveau international.** Ce principe est également affirmé au niveau international, notamment par la loi CNUDCI qui en son article 18 énonce que « *les parties doivent être traitées sur un plan d'égalité* ». Pour la Cour de cassation, une violation du principe d'égalité des parties traduirait une atteinte à l'ordre public international<sup>399</sup> ce qui entraînerait un refus d'exequatur et une annulation de la sentence sur le sol français. Ce principe peut se définir comme une égalité des droits entre les parties face au choix de l'arbitre, mais également une égalité de traitement de l'arbitre vis-à-vis des parties. Il est d'ordre public, ce qui signifie que les parties ne peuvent pas y renoncer. Cette limite sert à l'efficacité de l'arbitrage, dans la mesure où une inégalité entre les parties entraînerait un dysfonctionnement tel, que cela remettrait en cause le fondement même de l'arbitrage, qui est la volonté des parties. Une procédure arbitrale respectant les garanties fondamentales du procès équitable est une procédure efficace.

**291. Remise en cause du principe.** De façon contradictoire, il arrive que ce principe soit remis en cause lorsque certaines clauses d'arbitrage prévoient la désignation d'un arbitre unique issu de la volonté du demandeur. Ces clauses, dite de « roulette russe » ont été validées par les juridictions françaises, notamment par un arrêt de la Cour d'appel de Paris du 16 novembre 1999, qui a fondé sa décision sur le fait que le défendeur avait approuvé la clause ultérieurement à la naissance du litige. A cette exception près, le principe d'égalité des parties est strictement appliqué, et s'exprime différemment selon que la désignation du tribunal arbitral est effectuée par un tiers ou par les parties. L'arrêt Dutco du 7 janvier 1992 illustre le premier cas. En l'espèce, la Cour de cassation avait érigé le principe d'égalité des parties en principe d'ordre public, considérant qu'une institution arbitrale portait atteinte à ce principe en imposant la désignation d'un arbitre unique à deux défendeurs dans le cadre d'un arbitrage multipartite au motif qu'ils présentent les mêmes intérêts. Dans le second cas, où les parties désignent elle mêmes le tribunal arbitral, le principe est fortement affaibli dans la mesure où il se trouve confronté à la volonté des parties qui a une place particulière en matière d'arbitrage. Ces deux principes peuvent donc entrer en conflit, le respect du choix des parties étant absolument fondamental.

---

<sup>399</sup> Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 7 janv. 1992, Rev. Arb. 1992, p. 470, note P. Bellet

- 292. Position jurisprudentielle.** La jurisprudence française a pu valider des clauses qui empêchaient clairement l’un des parties de choisir leur arbitre. Ainsi, une clause qui considère que l’arbitre nommé par une partie pourra siéger comme arbitre unique en cas de carence de l’autre partie de désigner son arbitre après un délai de 7 jours a été considérée par la CC comme non seulement conforme à l’ordre public international, mais également « *fort utile pour déjouer les attermolements d’une partie pour retarder l’examen de l’affaire* »<sup>400</sup>. Ainsi, ces tempéraments du principe d’égalité, du fait du respect de la volonté des parties est un facteur d’efficacité de la procédure d’arbitrage dans la mesure où il permet de lutter contre les comportements de mauvaise foi visant à retarder la procédure. Par ailleurs, si ce principe d’égalité des parties n’est pas respecté, la sentence qui en découlera s’expose à un recours en annulation de la part de la partie lésée.
- 293. Nuances.** Toutefois, ce principe est à nuancer dans la mesure où se développe de plus en plus le concept de listes d’arbitres. A de multiples reprises, la jurisprudence a validé les clauses imposant le choix d’un arbitre parmi une liste, dans la mesure où cela se justifiait pour des raisons de qualité ou de statut pré-requis et nécessaire à une certaine matière ou un certain litige<sup>401</sup>. Notre position est mitigée s’agissant des listes d’arbitre dans la mesure où cela entrave fortement la liberté des parties alors qu’un des fondements de l’arbitrage se traduit par la liberté des parties de choisir leur propre juge. Si les parties souhaitaient qu’un juge leur soit imposé, elles se seraient tournées vers les juridictions étatiques. En somme, l’essence de l’arbitrage se traduit par le fait de pouvoir choisir le juge qui connaîtra du litige, il y a donc une contradiction en voulant restreindre le champ des possibilités des parties. En tout état de cause, une procédure efficace doit être menée dans le respect des principes de liberté et d’égalité des parties. Au-delà, de ces principes généraux, des critères légaux sont également à respecter.
- 294. Nombre d’arbitres.** Le premier critère est celui du nombre d’arbitres. Les parties ne sont pas libres en arbitrage interne, puisque l’article 1451 du CPC dispose que le tribunal arbitral doit être composé d’un nombre impair. La même règle s’applique en arbitrage international par renvoi de l’article 1506 du Code de procédure civile à l’article 1452 du Code de procédure civile, et de façon générale en arbitrage international, tel que notamment consacré par l’article 10 de la loi Type CNUDCI qui énonce que « *les parties sont libres de convenir du nombre*

---

<sup>400</sup> 8 septembre 2005, Rev. arb. 2005, 1022, note L. Franc-Menget.

<sup>401</sup> Cass. Civ., 1, 13 Février 2019, n° 06-43.209

*d'arbitres* », tant qu'il s'agit d'un nombre impair. Ainsi, naturellement, le principe est l'imparité, dans une optique d'éviter blocages et redditions. L'imparité est également nécessaire pour préserver l'impartialité, chaque partie nommant son arbitre, il pourrait être soulevé qu'un arbitre prend une position partielle pour la partie qui l'a nommé. Le nombre d'arbitres est une question délicate qui peut plus ou moins impactés l'efficacité de la procédure. Effectivement, plus le nombre d'arbitres est important, plus les questions logistiques d'organisation procédurale s'alourdissent. Il s'agit également d'une question à considérer sous le prisme du coût de l'arbitrage. En tout état de cause, cette question intéresse notre sujet dans la mesure où, d'une part, la multiplication du nombre d'arbitres alourdit la procédure<sup>402</sup>, et d'autre part, un arbitre unique peut être source d'inefficacité en cas de récusation ou de remplacement de l'arbitre. Finalement, le nombre d'arbitre va dépendre de la technicité et du volume du litige en question. Il convient d'entourer avec précision le nombre d'arbitres dans la convention d'arbitrage, et les modalités de leur remplacement et leur récusation, afin d'anticiper tout blocage procédural. Si la convention d'arbitrage ne prévoit pas le nombre d'arbitre, le Règlement CNUDCI et la Loi-type sont tous deux d'accord pour que le nombre par défaut soit de trois arbitres<sup>403</sup>. Il y a deux cultures qui s'opposent, la culture common law qui prône le choix de l'arbitre unique et la culture civiliste qui privilégie un tribunal composé de trois arbitres.<sup>404</sup> Quant aux institutions, elles suivent plus la tendance common law, dans la mesure où la CCI privilégie un arbitre unique, ainsi que la LCIA. Le règlement CNUDCI quant à lui privilégie trois arbitres. En tout état de cause, l'institution prend la décision selon les circonstances et la complexité de l'affaire en cas de blocage.

**295. Exclusion du critère de nationalité.** En principe, la discrimination fondée sur la nationalité d'un arbitre n'est pas acceptable, en droit français ou en droit international. Ce principe est même entériné par l'article 6 du Règlement CNUDCI qui énonce que : « *l'autorité de nomination (...) tient compte du fait qu'il peut être souhaitable de nommer un arbitre d'une nationalité différente de celle des parties* ». La LCIA et la CCI quant à eux, posent une obligation de nationalité neutre du président du tribunal ou de l'arbitre unique, sauf si les parties expriment une volonté contraire. L'article 11-1 de la loi-type CNUDCI l'énonce très clairement : « *nul, ne peut, en raison de sa nationalité, être empêché d'exercer des fonctions*

---

<sup>402</sup> Il faut vérifier les conflits d'intérêts de chacun, organiser le calendrier procédural autour des emplois du temps de chaque arbitre, le processus décisionnel est allongé etc.

<sup>403</sup> Loi-type CNUDCI, art. 10.2 – R. CNUDCI, art. 7.1

<sup>404</sup> Droit italien (CPC article 809), droit Suisse (Article 360), etc.

*d'arbitre, sauf convention contraire des parties* ». De façon générale, les parties choisissent des arbitres qui ont une nationalité différente pour des considérations d'impartialité et d'indépendance, particulièrement lorsque l'une des parties à l'arbitrage, comme cela arrive souvent en arbitrage d'investissement, est un État. Une telle discrimination rejaillirait directement sur l'efficacité, mais surtout l'authenticité de la convention d'arbitrage, dans la mesure où le choix des arbitres ne s'effectueraient pas librement et entraverait dangereusement la volonté des parties. Toutefois, si le critère de la nationalité est à exclure, le critère de la langue est quant à lui essentiel, particulièrement en arbitrage international, où les parties sont souvent de nationalités différentes, et la procédure se déroule en anglais.

**296. Critères techniques.** L'une des raisons fondamentales pour lesquelles les parties choisissent l'arbitrage est la technicité d'un litige qu'ils souhaitent voir étudier et analyser par des professionnels, compétents dans une matière technique, et non pas des juges nationaux, uniquement formés en droit. Ainsi, il est requis des arbitres de détenir certaines qualités professionnelles et techniques de telle sorte que l'analyse du litige s'effectue sous un prisme expert. Les parties exigent souvent également qu'au-delà de la technicité ou la spécificité de la matière, que les arbitres soient compétents en arbitrage international et détenteur d'une grande expertise à ce sujet. Souvent, le tribunal arbitral est constitué d'éminents professeurs de droit, et d'associés de cabinets renommés pour la matière. La qualité du tribunal arbitral est essentielle à l'efficacité de la procédure arbitrale, afin de rendre une sentence juste, précise et consciencieuse ce qui ne peut être le cas si l'arbitre n'est pas techniquement maître de la matière au sujet de laquelle il rend sa sentence.

**297. Justifications.** Effectivement, un tribunal arbitral compétent, connaisseur du domaine et expert, aura tendance à rendre une sentence rapide, efficace et technique, allégeant à la fois la procédure, tout en limitant les risques de recours en annulation. Il s'agit toutefois d'éviter les écueils en étant trop précis dans la définition des qualités techniques requises au sein de la clause compromissoire. Cela pourrait mener à des blocages s'il devient impossible de constituer un tribunal répondant parfaitement à ces critères, surtout face à des parties réticentes à poursuivre la procédure. Nous ne pouvons que conseiller aux parties de maintenir une stricte objectivité dans la rédaction de la clause compromissoire, en éludant l'usage d'adjectifs et évitant d'étouffer la clause compromissoire sous le poids d'une multitude de critères difficiles à réunir pratiquement.

- 298. Nécessité de l'impartialité et de l'indépendance.** Les critères cardinaux demeurent le respect des obligations d'indépendance et d'impartialité. L'international bar association a dicté des lignes directes se traduisant par « *7 règles générales relatives à l'impartialité, à l'indépendance et à la divulgation* »<sup>405</sup>. LA CCI a également publié une « *note aux parties et aux tribunaux arbitraux sur la conduite de l'arbitrage selon le Règlement d'arbitrage CCI* » qui souligne l'obligation de divulgation à laquelle ils ne peuvent plus renoncer par avance<sup>406</sup>. En tout état de cause, les situations pouvant causer un conflit d'intérêts doivent être déterminées par le contrat. Les arbitres ont une fonction et une mission juridictionnelle. Les qualités d'impartialité et d'indépendance requises chez les juges étatiques leurs sont également imposées. Effectivement, les parties n'ont pas renoncé aux juridictions étatiques pour se tourner vers une justice qui manquerait à des piliers pré-requis sans lesquels « on ne pourrait parler de justice (...) et qui transcendent tous particularismes techniques et nationaux »<sup>407</sup>. Le cas échéant, cela pourrait avoir des conséquences dramatiques, comme l'illustre un arrêt rendu par la Cour de cassation française en Octobre 2019, qui a annulé une sentence arbitrale au motif que l'un des arbitres n'étaient pas indépendants, ayant rendu une sentence en faveur d'Audi Wolskwagen, tout en représentant, au moment de la procédure, Porsche en tant que conseil, qui est une compagnie « sœur » de Wolkswagen.
- 299. Définition de l'indépendance.** Il s'agit de définir ces deux notions similaires, qui sont parfois confondues. L'indépendance se traduit par « *l'inexistence de lien entre l'arbitre et les parties, ou tout autre pouvoir de fait* »<sup>408</sup>. Il s'agit donc de l'absence de toute relation ou connexion entre l'arbitre et les parties qui pourrait induire le pouvoir de l'un sur l'autre.
- 300. Définition de l'indépendance.** Le défaut d'indépendance peut par exemple se caractériser par un lien professionnel entre l'arbitre et une partie, si l'un a été l'avocat de l'autre par exemple, ou encore s'ils ont des liens familiaux. La Cour de cassation a pu retenir que « *le caractère systématique de la désignation d'une personne donnée par les sociétés d'un même groupe, sa fréquence et sa régularité sur une longue période, dans des contrats comparables, ont créé les conditions d'un courant d'affaires entre cette personne et les sociétés du groupe parties à la procédure* ». La Cour de cassation a jugé qu'il s'agissait d'une illustration du type

---

<sup>405</sup> UBA Guidelines on Conflicts of Interest révisée le 23 Octobre 2014 lors de la conférence BIA de Tokyo

<sup>406</sup> Note relative à la divulgation par les arbitres de conflits d'intérêts du 12 fév. 2016, dans le cadre de note aux parties et aux tribunaux arbitraux sur la conduite de l'arbitrage selon le Règlement d'arbitrage CCI

<sup>407</sup> B. OPPETIT, Théorie de l'arbitrage, PUF, 1998, p. 29

<sup>408</sup> S. Guinchard, " Procès équitable", Rép. Dalloz Proc. Civ., mars 2017, n°322

de relation que l'arbitre se doit de révéler<sup>409</sup>. Effectivement, la jurisprudence considère que la régularité de la désignation a pu créer un lien tellement fort qu'elle affecte l'indépendance de l'arbitre.

**301. Définition de l'impartialité.** Quant à l'impartialité, elle se définit comme « *l'absence de préjugé de l'arbitre* »<sup>410</sup>. L'impartialité a une facette subjective puisqu'elle relève des « *des convictions personnelles de l'arbitre* »<sup>411</sup>. Il s'agit donc de révéler toute information subjective et propre à l'arbitre de nature à affecter son jugement. Elle peut également se présenter sous un aspect objectif, « *au regard de tout fait susceptible de faire légitimement douter les parties* »<sup>412</sup>. Il s'agit d'une analyse pratique et casuistique fondée sur « *les apparences légitimes* »<sup>413</sup> et qui consiste en une analyse d'indices « *de nature à faire naître dans l'esprit [d'une partie] un doute raisonnable sur l'objectivité de l'arbitre* »<sup>414</sup>. Par exemple, s'agissant de l'impartialité objective, elle peut être mise en doute s'il s'est déjà exprimé sur un point touchant au litige et préalablement à ce dernier témoignant d'une position tranchée. En tout état de cause, impartialité et indépendance sont liés et sont appréciés conjointement lorsqu'il s'agit de déterminer l'intégrité d'un arbitre.

**302. Position doctrinale.** La doctrine est d'avis unanime que les obligations de révélation, d'impartialité et d'indépendance doivent être renforcées afin de dissiper les doutes que les profanes pourraient légitimement avoir à l'égard d'une forme de justice privée. Il est essentiel que le statut et les exigences comportementales exigées des arbitres soient identiques à celles exigées des juges nationaux, et qu'ils inspirent une confiance équivalente. Ainsi, ces obligations participent également de l'efficacité de l'arbitrage, puisque leur respect permet de rassurer les parties méfiantes à l'égard de cette justice privée en leur proposant les mêmes garanties que le juge national. M. Clay va jusqu'à considérer qu'il « *pèse sur l'arbitre une véritable obligation de transparence* »<sup>415</sup>. Également, au même titre que l'obligation de révélation, la vérification préalable de l'indépendance et de l'impartialité des arbitres permet de renforcer l'efficacité de l'arbitrage, et de solidifier la procédure écartant de nombreuses

---

<sup>409</sup> Cass. 1<sup>ère</sup> civ. 20 oct. 2010, JCP G 2011, I, 1286, n°1, obs. Ch. Seraglini; LPA 2011, p. 17 note M. HENRY, D. 2010, Pan., p. 2933, obs. Th. CLAY

<sup>410</sup> C. Seraglini & J. Ortscheidt, op. cit., p. 269

<sup>411</sup> C. Seraglini & J. Ortscheidt, op. cit., p. 271

<sup>412</sup> C. Seraglini & J. Ortscheidt, op. cit., p. 271

<sup>413</sup> C. Seraglini & J. Ortscheidt, op. cit., p. 271

<sup>414</sup> T. com. Paris, 6 juill. 2004, D. 2005, Pan, p. 3056, obs. Th. Clay; Rev. arb. 2005, p. 709

<sup>415</sup> L. Chedly, op.cit., p. 433

raisons d'y nuire en soulevant des faits qui auraient été révélés en début d'arbitrage. Toutes ces exigences n'ont aucune efficacité, si l'arbitre n'est pas sanctionné en cas de manquement à ses devoirs. Au-delà de la récusation, qui de la responsabilité de l'arbitre ?

Nous avons donc étudié les critères et obligations encadrant la désignation du tribunal arbitral. Il s'agit, dès lors, d'analyser les mécanismes de nomination et de récusation des arbitres. Effectivement, un système efficace se traduit par une législation souple et fluide, assurant l'efficacité de la procédure, en évitant les blocages lors des étapes de nomination, récusation et remplacement des arbitres.

#### Paragraphe : 2 : Procédure de nomination des arbitres

**303. Nomination des arbitres.** A ce stade de la procédure, la volonté des parties est le maître mot. Effectivement, dans la plupart des législations nationales, les parties sont libres s'agissant de la procédure de nomination d'un arbitre. Elles peuvent choisir librement une procédure institutionnelle, nationale ou même ad hoc. Si les parties manquent à préciser les modalités de nomination du tribunal arbitral au sein de la convention d'arbitrage, elles peuvent toujours se référer à l'institution d'arbitrage pour désigner le tribunal arbitral ou compter sur l'intervention d'un juge étatique est toujours possible pour débloquer le processus et choisir un arbitre. Généralement, la nomination des arbitres s'effectue en deux étapes. Un premier délai est mis en place pour que chaque partie puisse choisir son arbitre, puis un second délai pour que les co-arbitres nomment le président du tribunal arbitral. Cette procédure est encadrée par l'article 1452 du CPC, et il serait pauvre et descriptif de s'y attarder. Ce qui nous intéresse est la problématique de l'efficacité des mécanismes de nomination des arbitres en cas de blocage par les parties. Le droit propose une solution en amont, qui se traduit par la délégation de la nomination à un tiers, et une solution en aval, du fait de l'intervention du juge étatique.

**304. Blocage par les parties.** Si la désignation d'un tribunal arbitral est un droit consubstantiel de l'arbitrage, des mécanismes de garantie de l'efficacité de l'arbitrage sont nécessaires pour surmonter l'absence d'accord entre les parties. En principe, la majorité des règlements d'arbitrage prévoient des mécanismes pour empêcher ces paralysies. Quid si le règlement ne prévoit rien ? Le tribunal fédéral suisse répond à cela que :



*« il n'est pas imaginable que les parties se soient accommodées consciemment de ce que l'on puisse déduire du silence de la clause arbitrale sur ce point que le refus de l'une d'elles de désigner son arbitre aurait pour conséquence, ipso jure, l'impossibilité de mettre en œuvre ce mode de résolution de leurs différends ou de l'interrompre définitivement et qu'il forcerait la partie demanderesse à saisir les tribunaux de l'État même qui était son partenaire contractuel ou qui contrôlait la société nationale ayant qualité de partie contractante. »<sup>416</sup>.*

Ainsi, une partie ne peut s'engager à une procédure dont la bonne tenue dépend de la volonté potestative de l'autre partie, il est donc logique, que cela induise des mécanismes pour surmonter l'obstruction de l'une des parties, quand bien même cela ne serait pas précisé par la convention d'arbitrage. Il s'agit donc de se tourner vers une autorité tierce pour régler ce défaut de désignation. La méthode la plus efficace serait de déléguer la nomination à une autorité tierce, afin d'être certain que le processus est mené avec impartialité et dans un objectif d'efficacité.

**305. Délégation de la nomination à un tiers.** Les parties peuvent anticiper ce type de blocage, et déléguer par avance la nomination du tribunal arbitral à un tiers. Ceci n'exclut pas l'expression de la volonté des parties qui peuvent manifester leur avis quant au choix des arbitres. Ainsi, l'institution tierce a davantage vocation à accompagner les parties dans la constitution du tribunal arbitral que de leur imposer. Cette délégation est fréquente en arbitrage ad hoc, accroissant l'efficacité de la procédure dans la mesure où les parties ont plus de liberté pour la mener, ce qui peut accroître les situations d'obstruction. En pratique, les parties délèguent la nomination à des institutions spécialisées en arbitrage. Ceci est essentiel pour éviter que la volonté suprême des parties ne constitue un obstacle.

**306. Clarté des conditions de désignation.** Ces mécanismes sont généralement encadrés par les règlements institutionnels, tandis que dans les cas d'arbitrage ad hoc, il peut s'agir d'une juridiction spécialisée ou tout autre autorité matériellement compétente. Il est rare de désigner une partie physique comme autorité de nomination dans la mesure où sa potentielle indisponibilité peut constituer un obstacle pour la procédure. En tout état de cause, l'essentiel est que les conditions entourant la désignation du tiers soient suffisamment claires pour qu'il soit identifiable afin d'éviter toute nouvelle situation de blocage. Il faut par exemple préciser

---

<sup>416</sup> TFS, 10 janv. 2013, Etat X. c/ Société Z., 4A\_146/2012.

la fonction ou le statut du tiers (président d'un tribunal par exemple). Si la clause de désignation du tiers n'est pas suffisamment claire et précise, elle peut être considérée comme une clause pathologique. Tel qu'étudié préalablement<sup>417</sup>, elle n'en est pas moins valide, et de nombreux mécanismes permettent d'en renforcer l'efficacité, tel que le principe de l'effet utile. Le principe à respecter en priorité se traduit par la commune volonté des parties dans leur intention de désigner tel ou tel arbitre, indépendamment des potentielles maladresses rédactionnelles. Le cas échéant, le juge d'appui peut intervenir, ce qui ajoute une garantie d'efficacité à la formation du tribunal arbitral.

**307. Démission de l'arbitre.** L'ambivalence de l'arbitre se traduit par son statut de juge ponctuel, mais également par l'importance que son statut entraîne dans la mesure où une fois nommé son rôle est équivalent à celui du juge étatique. Ainsi, si le juge étatique ne peut pas « démissionner » pour une affaire ponctuelle, l'arbitre en tant que juge privé, peut y procéder, en application d'une procédure bien encadrée. Effectivement, l'arbitre est tenu par des obligations contractuelles et il est responsable d'une mission pour laquelle il s'est engagé<sup>418</sup>. Il ne peut pas impunément ou facilement y renoncer. La démission est généralement résolue par les dispositions du contrat. L'arbitre ne peut pas démissionner librement, d'un point de vue temporel à moins d'avoir une raison valable, telle qu'une maladie grave par exemple ou du fait qu'il lui devient impossible de poursuivre sa mission pour des raisons indépendantes de sa volonté. S'il démissionne sans raison valable, sa responsabilité peut être engagée<sup>419</sup>. L'arbitre peut également être renvoyé par les parties, sans avoir forcément manqué à ses obligations. Cette option est possible, tant que les parties sont d'accord. L'arbitre peut-il alors engager la responsabilité des parties l'ayant renvoyé sans raison valable ? Théoriquement oui, mais il s'agit d'un cas d'école. L'arbitrage étant un milieu assez exclusif, au sein duquel les mêmes praticiens se rencontrent au gré des affaires, il n'est pas envisageable qu'un arbitre ouvre un contentieux sur ce fondement. Il s'agit du cas du départ volontaire de l'arbitre. Ce dernier peut également être récusé du fait des parties. Dans les deux cas, cela ouvre une procédure de remplacement.

**308. Remplacement de l'arbitre.** Une fois récusé, l'arbitre est dessaisi puis remplacé dans les conditions prévues par la convention d'arbitrage. Les arbitres peuvent même rendre une

---

<sup>418</sup>Article 1457 du Code de procédure civile

<sup>419</sup>Rapport, La responsabilité de l'arbitre, Le Club des juristes, Juillet 2017

sentence pendant le déroulement d'une procédure de récusation<sup>420</sup>. Mais cela arrive rarement et n'a aucun intérêt dans la mesure où ils s'exposent à l'annulation de la sentence si l'arbitre est récusé. Le plus judicieux serait de prévoir une suspension de la sentence sur le fondement de l'article 1472 du Code de procédure civile. La loi-type CNUDCI prévoit également le remplacement de l'arbitre par le biais de l'article 15 qui énonce que : « *Lorsqu'il est mis fin au mandat d'un arbitre conformément à l'article 13 ou 14, ou lorsque celui-ci se déporte pour toute autre raison, ou lorsque son mandat est révoqué par accord des parties ou dans tout autre cas où il est mis fin à son mandat, un arbitre remplaçant est nommé conformément aux règles qui étaient applicables à la nomination de l'arbitre remplacé.* ». Ainsi, la procédure applicable pour le premier arbitre, l'est à nouveau pour celui qui le remplace, qui permet d'assurer l'efficacité, et surtout la rapidité de la transition entre les deux mandats. Également, l'une des consécutions de la réforme de 2011 se traduit par le fait qu'en cas de procédure de remplacement de l'arbitre, l'instance est uniquement suspendue, et non plus totalement annulée comme cela a pu être le cas auparavant. Par économie de moyens, cette disposition est absolument essentielle, surtout en cas d'arbitrages à 3 arbitres, les deux autres d'arbitres vont voir tout leur travail et leur investissement réduit à néant, alors que les causes de récusation du troisième arbitre n'ont pas forcément eu d'influence sur la validité de la procédure. Il est également important d'avoir une procédure de remplacement rapide, efficace et souple, pour des raisons d'efficacité temporelle.

**309. Consécration du principe de continuité.** Il s'agit d'un apport magistral de la réforme puisqu'il consacre un principe de continuité, permettant d'éviter de reprendre une instance dès le début, alors même que l'instance déjà entamée peut être préservée. Il s'agit ici, d'une des illustrations les plus précises de l'efficacité de la procédure française d'arbitrage. La procédure institutionnelle prévue par la CCI est d'autant plus efficace. Le maître mot est la liberté. Les parties ont le choix de maintenir la procédure pré-remplacement et les actes procéduraux qui en découlent, ou d'y mettre fin de façon tout à fait discrétionnaire<sup>421</sup>. L'article 15 va encore plus loin, énonçant que si la procédure de récusation est ouverte après la clôture des débats, la Cour de la CCI peut toujours décider que le tribunal pourra rendre sa sentence sans remplacer l'arbitre potentiellement récusé<sup>422</sup>. Pour ce faire, il faudra prendre en considération les observations des parties et des arbitres, et se fonder sur un faisceau d'indices pour juger de

---

<sup>420</sup> Cour d'appel de Paris, 12 nov. 1998

<sup>421</sup> Article 15-4 du règlement CCI 2021

<sup>422</sup> Op. cit.,

l'opportunité d'une telle décision. Cela pourra alors donner lieu à une sentence rendue par un « tribunal tronqué ».

Ainsi, nous avons étudié les mécanismes garantissant l'efficacité de la procédure d'arbitrage au stade de la formation du tribunal arbitral. A la lumière de cet encadrement efficace, et libéral, il s'agit d'étudier les garanties apportées par le droit marocain et de mesurer si leur efficacité est suffisante au regard des standards français et internationaux.

## **B. Le maintien de contradictions législatives entourant les modalités de désignation en droit marocain**

Le choix et la désignation du tribunal arbitral sont tout aussi essentiels en droit de l'arbitrage marocain. En effet cela se justifie par un objectif de « *qualité de la sentence, qui facilitera ensuite sa reconnaissance et son exécution, est directement fonction des capacités des arbitres* »<sup>423</sup>. Il conviendra d'étudier les conditions d'accès à la fonction d'arbitre en droit marocain (**Paragraphe 1**), pour ensuite analyser la procédure de désignation des arbitres (**Paragraphe 2**).

### Paragraphe 1 : Les conditions d'accès à la fonction d'arbitre

**310. Accès à la fonction d'arbitre.** Une fois la procédure encadrée, il s'agit de se questionner sur les conditions d'accès à la fonction d'arbitre par le droit marocain. Le droit marocain a pour avantage de n'imposer aucune condition stricte à l'accès de la fonction d'arbitre. Ce n'est pas le cas de toutes les législations des pays arabes, le droit saoudien exigeant par exemple que l'arbitre soit de sexe masculin et de confession musulmane<sup>424</sup>. La législation saoudienne a évolué et depuis une loi du 16 avril 2012, influencée par la loi type CNUDCI les exigences de masculinité et d'islam ne sont plus mentionnées<sup>425</sup>. Toutefois, la loi mentionne à plusieurs reprises<sup>426</sup> que la charia demeure supérieure à cette législation ce qui laisse planer l'ombre du maintien de ces règles sévères.

---

<sup>423</sup> H. Didace Amboulou, (2015). Le droit de l'arbitrage et des institutions de médiation dans l'espace OHADA. L'Harmattan p53

<sup>424</sup> L. Chedly, op. cit., p. 442

<sup>425</sup> Les exigences pour avoir accès à la fonction d'arbitre sont précisées à l'article 14 et sont les suivantes : pleine capacité, de bonne vie et meurs, titulaire d'un diplôme universitaire dans les sciences de la charia ou juridiques. La condition de bonne vie laisse planer un doute car on ne sait pas comment cela est interprété.

<sup>426</sup> Articles 2, 25, 38 etc de la loi.

**311. Souplesse efficace de la législation marocaine.** S'agissant des critères encadrant la mission des arbitres, alors que le droit français n'impose aucune exigence, le droit marocain, bien que plus laxiste que certains pays arabes tel que l'Arabie Saoudite, n'est pas exempt de tout conditionnement. Ainsi, l'article 320 requiert que les arbitres nommés n'aient aucune condamnation définitive relative à des faits contraires à l'honneur, à la probité ou aux bonnes mœurs, ou encore aucune condamnation entraînant une incapacité d'exercer des droits civils ou commerciaux. Ceci constitue un critère plus souple que l'exigence d'un casier judiciaire vierge. L'article suivant, exige que les personnes physiques exerçant régulièrement en tant qu'arbitre en fassent la déclaration auprès du procureur général près la Cour d'appel dans le ressort ou elles résident. Cette disposition est mal venue puisqu'elle dénote d'une méfiance et d'un contrôle des juges étatiques sur les arbitres, et ce d'autant plus que la mission d'arbitre n'est pas une carrière ou une fonction, mais une mission ponctuelle. Elle peut toutefois également se justifier par des considérations d'efficacité, dans le cas où des parties peineraient à trouver un arbitre compétent, une liste est mise à leur disposition auprès de la Cour d'appel. L'article 12 issue de la loi 95-17 a simplifié la procédure en termes de lourdeur procédurale, mais ne l'a pas pour autant assoupli. Désormais, « *les personnes physiques qui accomplissent de manière habituelle et en tant que profession des missions d'arbitrage, à titre individuel ou dans le cadre d'une personne morale, doivent être inscrits sur la liste d'arbitres.* »<sup>427</sup>. Désormais, une liste d'arbitre est prévue par la loi. D'une part, une certaine réserve peut être formulée dans la mesure où cela restreint la liberté des parties de choisir leur arbitre. D'autre part, au vu des dérives de la pratique marocaine, un encadrement législatif stricte peut être source d'efficacité en évitant ainsi les détournements des parties et des arbitres de mauvaise foi.

**312. Critères d'indépendance et d'impartialité.** Tout comme en droit français, la doctrine marocaine considère que « *l'impartialité et l'indépendance sont des notions qui ne peuvent être détachées de la fonction de juger et de l'obligation de statuer de manière équitable* »<sup>428</sup>. Ainsi, ces deux critères sont suggérés par l'article 327-6 du Code de procédure civile<sup>429</sup> qui retient, s'agissant de l'obligation de révélation de l'arbitre, que ces dernières doivent révéler tout ce qui fait naître des doutes sur leur impartialité et leur indépendance.

---

<sup>427</sup> Code de l'arbitrage ratifié le 13 juin 2022, issu de Loi n° 95-17 relative à l'arbitrage et à la médiation conventionnelle, ratifiée le 13 juin 2022, BO 7099

<sup>428</sup> M. D. Toumilt & A. A. Toumilt, op. cit., p. 425

<sup>429</sup> Article 30 du Code de l'arbitrage ratifié le 13 juin 2022 issu de Loi n° 95-17 relative à l'arbitrage et à la médiation conventionnelle, ratifiée le 13 juin 2022, BO 7099

**313. Admission historique de l'indépendance et de l'impartialité.** En droit musulman, il a été retenu historiquement que l'obligation d'impartialité doit être respectée tout au long du procès, et non pas seulement au cours de la rédaction de la sentence. Ainsi, lors d'un arbitrage opposant le Calife Omar Ibn Al Khattab à Oubay Ibn Kaab, l'arbitre plaça le Calife plus confortablement en lui disposant des coussins, ce à quoi ce dernier répondit : « *Ceci est ton premier tort ; tu devrais nous traiter de manière égale dans la manière de nous asseoir* »<sup>430</sup>. Cette position a été en tout état de cause généralisée par le fiqh islamique qui « *insiste sur le comportement apparent de l'arbitre et sur la stricte égalité des parties [...]. Cette égalité parfaite doit être observée tout au long de la procédure, tant par le juge que par l'arbitre dont la mission s'apparente à celle du juge.* »<sup>431</sup>. Les exigences d'indépendance et d'impartialité, ainsi que le traitement équitable des parties sont ainsi au cœur de la tradition doctrinale islamique. En pratique, la jurisprudence marocaine n'a pas donné lieu à des récusations sur le fondement de l'indépendance ou de l'impartialité des arbitres. La doctrine marocaine semble toutefois confirmer une position équivalente de l'importance de ces critères au droit français, considérant que « *le succès de l'ensemble de la procédure repose essentiellement sur l'attitude de l'arbitre, qui est tenu de traiter les parties de manière équitable, ainsi que sur son statut et son état d'esprit, lesquels ne doivent pas être de nature à porter atteinte à son indépendance et à son impartialité* »<sup>432</sup>. Il s'agit de notions indissociables de l'efficacité de l'arbitrage.

#### Paragraphe 2 : La procédure de nomination des arbitres

**314. Sévérité jurisprudentielle.** Originellement, le droit marocain était extrêmement sévère vis-à-vis du défaut de désignation du tribunal arbitral. Non seulement la jurisprudence fait preuve de sévérité, sanctionnant l'absence de désignation du tribunal arbitral par la nullité, mais les jurisprudences se contredisent et contribuent au sentiment d'insécurité. A titre d'illustration, une décision de la Cour d'appel de Casablanca retient que :

« [...] *s'il est vrai que le contrat contient en son article 7 une clause compromissoire, les noms des arbitres n'ont toutefois pas été spécifiés ; il s'ensuit qu'il n'est pas admis de se*

---

<sup>430</sup> El Khassaf, Commentaire du Adab El-Qadi, t. II, p. 78

<sup>431</sup> N. Najjar, op. cit., p. 370

<sup>432</sup> M. D.Toumilt & A. A. Toumilt, op. cit., p.425

*prévaloir de l'existence d'une convention d'arbitrage, cette dernière n'ayant pas vocation à s'appliquer puisqu'elle ne remplit pas les conditions requises pour sa validité. [...] »<sup>433</sup>.*

Cet arrêt adopte une approche extrêmement sévère. Effectivement, la nullité et retenue, non pas car les modalités de désignation des arbitres n'ont pas été spécifiées, mais car les arbitres n'ont pas été désignés nominativement. Une telle sévérité est absurde, dans la mesure où il est au contraire recommandé de ne pas désigner nominativement les noms des arbitres dans le cadre d'une clause compromissoire, dans la mesure où le litige n'étant pas encore né, cela peut être source de blocages en cas d'indisponibilité des arbitres ou d'inadaptation des noms choisis au litige.

**315. Assouplissement jurisprudentiel.** Heureusement, une telle position, funeste pour l'efficacité de la procédure d'arbitrage, ne fait pas l'unanimité. La Cour d'appel de Marrakech, adopte une position plus nuancée, retenant la solution suivante :

*« Attendu que l'intimé fonde sa requête tendant à prononcer la nullité de la clause compromissoire sur la violation de l'article 308 du Code de procédure civile qui dispose que le compromis doit, à peine de nullité, désigner l'objet du litige et le nom des arbitres ; qu'il soutient que la clause compromissoire n'a pas désigné les arbitres et doit de ce fait être déclarée nulle ;*

*Mais attendu que les dispositions de l'article 308 précité, invoquées par l'intimé, concernant le compromis d'arbitrage, tandis que l'objet de la présente requête a trait à la nullité de la clause compromissoire ;*

*Que le défaut de désignation des arbitres dans le contrat renfermant une clause compromissoire n'entraîne la nullité de cette dernière conformément à l'article 309 du Code de procédure civile, que lorsque le contrat se rapporte à un acte de commerce (...) ;*

*Qu'il s'ensuive que la clause compromissoire contenue dans le compromis de vente est valide et s'impose aux parties »<sup>434</sup>.*

---

<sup>433</sup> CA Casablanca, 25 avr. 2006, doss. N°3634/2005/4, rapp. par O. Azoyuggar et A. El Alami, op. cit., p. 45

<sup>434</sup> Décision appliquant l'ancienne législation

Afin d'écarter la nullité, la Cour d'appel de Marrakech fonde son raisonnement sur plusieurs arguments juridiques. Dans un premier temps, elle écarte les fondements juridiques avancés par l'intimé par manque de base légale, qui invoque les dispositions applicables au compromis, alors même que le contrat litigieux est qualifié de clause compromissoire. La seconde partie du raisonnement du juge est fondé sur l'article 309 du Code de procédure civile<sup>435</sup>, qui circonscrit la nullité de la clause compromissoire aux cas où le contrat se rapporte à un contrat de commerce. Si une telle position est louable et a pour volonté de favoriser la validité de la convention d'arbitrage, elle n'a pas d'impact effectif en pratique, dans la mesure où le monde des affaires et du commerce est friand de l'arbitrage et que les conventions d'arbitrage sont souvent relatives à des actes de commerce. Quelle est l'origine d'une telle sévérité ?

**316. Justification d'une telle position jurisprudentielle.** Elle est tirée d'une ancienne position jurisprudentielle selon laquelle la clause compromissoire relative à un contrat de commerce et contenant en son sein les modalités de désignation de l'arbitre doit également être manuscrite. A titre d'illustration, la Cour d'appel de Rabat a retenu dans un arrêt du 23 avril 1942 la solution suivante :

*« Attendu que c'est à tort que Hammouch prétend que cette clause compromissoire est nulle parce que non écrite à la main ;*

*Attend, en effet, qu'aux termes de l'article 529 du Dahir de procédure civile, la clause compromissoire, en matière commerciale, ne doit être manuscrite et spécialement approuvées par les parties que si elle contient d'avance la désignation des arbitres, ce qui n'est pas le cas en espèce. »*<sup>436</sup>.

La jurisprudence est confuse. C'est uniquement si les arbitres sont désignés, que l'exigence manuscrite se pose. Ceci peut se justifier par le fait que l'engagement est plus fort lorsqu'il implique une désignation nominative, ce qui renforce la preuve nécessaire pour l'appuyer, mais une telle exigence n'en est pas moins archaïque et source d'alourdissement pour la procédure.

---

<sup>435</sup> Dahir du 28 septembre 1974 portant Code de procédure civile

<sup>436</sup> CA Rabat, 3<sup>ème</sup> ch., 23 avril 1942, R.A.C.A.R, t. XI, 1941-1942, p. 447



**317. Inefficacité de l'approche.** Ce cumul de conditionnement sans véritable justification est nocif, et source de confusion juridique. La réforme de 2007 aurait pu saisir l'occasion de le résorber, mais a, bien au contraire, participé à corroborer la confusion tangente. Nous aurions pu espérer que le législateur ait saisi l'opportunité de la réforme de 2007 pour apaiser ces confusions, et unifier un régime libéral et favorable à l'arbitrage. Ce ne fut pas exactement le cas pour la question de la sanction du défaut de désignation en matière d'arbitrage interne. D'une part, dans un ordre plus général, les modalités de désignation se sont organisées sous le signe de la liberté dans la mesure où l'article 327-2<sup>437</sup> de la loi 08-05 énonce que : « *Le tribunal arbitral est constitué d'un seul arbitre ou de plusieurs arbitres dont les parties sont libres de fixer les modalités de désignation et le nombre, soit dans la convention d'arbitrage, soit par référence au règlement d'arbitrage de l'institution choisie.* ». Ces dispositions ont été reprises presque textuellement par l'article 24 de la loi 95-17. Tout comme en droit français, les options de désignation sont variées, les parties pouvant directement choisir les arbitres ou les modalités de désignation par le biais de la convention d'arbitrage, ou décider de déléguer à une institution d'arbitrage une désignation indirecte. En droit français, le régime est très clair, la convention d'arbitrage n'est pas nulle du fait du défaut de désignation des arbitres, mais est au contraire rendue efficace par l'intervention des juridictions étatiques chargées de compenser la carence des parties et des arbitres.

**318. Sanction de l'absence de désignation des arbitres en arbitrage international.** Le Maroc gagnerait à unifier le régime de droit de l'arbitrage international et du droit de l'arbitrage interne, en étant le premier régime au droit interne de l'arbitrage. Effectivement, en matière de désignation du tribunal arbitral, le régime de droit marocain est tout à fait louable en ce qu'il est comparable au droit français. Effectivement, l'article 327-41 du CPC, après avoir présenté les modalités de désignation du tribunal arbitral directe et indirect, prévoit qu'en cas de difficultés, l'une des parties peut :

« [...] 1. *Au cas où l'arbitrage se déroule au Maroc, saisir le président de la juridiction qui sera amené par la suite à déclarer exécutoire la sentence arbitrale ;*

---

<sup>437</sup> Article 24 du Code de l'arbitrage ratifié le 13 juin 2022 issu de Loi n° 95-17 relative à l'arbitrage et à la médiation conventionnelle, ratifiée le 13 juin 2022, BO 7099

2. *Au cas où l'arbitrage se déroule à l'étranger et si les parties ont prévu l'application de la loi de procédure civile marocaine, saisir le président du tribunal de commerce de Rabat. [...] ».*

Ainsi, en cas de carence des parties, des mécanismes de compensation par le biais de la saisine du juge d'appui pour y remédier. Le seul bémol se traduit par le choix du verbe « pouvoir » puisque la partie la plus diligente « peut » saisir le président de la juridiction compétente, mais n'y est pas obligée. Ainsi, il semblerait qu'il s'agisse d'avantage d'une faculté, plutôt qu'une obligation imposée aux parties, qui peuvent ainsi se délester de l'arbitrage, bien qu'ils y soient engagés contractuellement.

**319. Inefficacité du régime en droit interne.** Ce régime, bien qu'imparfait demeure plus efficace que le régime d'arbitrage interne. Effectivement, l'article 317 du Code de procédure civile énonce que : « *A peine de nullité : (...) la clause d'arbitrage doit, soit désigner le ou les arbitres, soit prévoir les modalités de leur désignation* ». D'emblée, le droit marocain impose un régime strict en matière de désignation des arbitres en arbitrage interne puisque le défaut de désignation est sanctionné par la nullité de la convention d'arbitrage. A l'endroit où le droit français règle le défaut de désignation par un mécanisme d'intervention du juge étatique ou de l'arbitre pour redonner l'efficacité à la convention d'arbitrage qui lui ait dû, le droit marocain fait le choix de la réduire à néant. Une telle sanction est trop lourde, et décrédibilise grandement la convention d'arbitrage, qui peut se voir annuler du simple fait de la mauvaise foi des parties, associée à leur absence de diligence, n'ayant pas pris le soin de rédiger correctement la convention d'arbitrage en y incluant les modalités de désignation de l'arbitre. Une seconde critique se traduit par la confusion de la loi dans la mesure où quelques articles plus tard, le législateur propose une alternative au défaut de désignation.

**320. Maintien de l'insécurité.** A cela s'ajoute une confusion législative, qui vient renforcer le sentiment d'insécurité. Effectivement, l'article 327-4 de la loi 08-05 prévoit les modalités de désignation des arbitres, en cas de carence des parties<sup>438</sup>. D'une part, le législateur sanctionne l'absence de désignation des parties par la nullité, et de l'autre, il prévoit des modalités de compensation de cette carence en organisant, quelques dispositions plus bas, une procédure

---

<sup>438</sup> Article 23 du Code de l'arbitrage ratifié le 13 juin 2022 issu de Loi n° 95-17 relative à l'arbitrage et à la médiation conventionnelle, ratifiée le 13 juin 2022, BO 7099

de désignation du tribunal arbitral instiguée par le juge d'appui. Comment encourager les praticiens à choisir l'arbitrage alors que ces derniers ne peuvent anticiper les obligations auxquels ils doivent s'engager et le type de sanctions qu'ils risquent le cas échéant ? De telles contradictions sont tout à fait condamnables dans un contexte international où certains régimes d'arbitrage, tel que le droit français, concurrence les juridictions étatiques en termes d'efficacité et de solidité. Sans surprise, des dispositions aussi invraisemblables ont pour conséquence une jurisprudence chaotique.

**321. Maintien d'une jurisprudence chaotique.** Une partie de la jurisprudence a pris le parti du libéralisme à la faveur de l'arbitrage. Ainsi, le Tribunal de commerce de Marrakech a pu retenir que :

*« Même en cas de défaut de désignation, la clause compromissoire n'est pas entachée de nullité car l'ancien article 309 du Code de procédure civile – qui régit le litige du fait que le contrat a été conclu avant l'entrée en vigueur de la nouvelle loi formant Code de l'arbitrage – ainsi que l'article 327-5 du Code de procédure civile, permettent d'effectuer cette désignation par le président du tribunal sur demande de l'une des parties »<sup>439</sup>.*

Malheureusement, cette position favorable ne fait pas l'unanimité, et une partie de la jurisprudence retient sans vergogne la nullité en cas de défaut de désignation des arbitres<sup>440</sup>. Ce même tribunal avait pourtant retenu, quelques mois auparavant, la solution opposée<sup>441</sup>. La doctrine suggère d'adopter une solution intermédiaire qui se traduirait par le fait de *« considérer que le défaut de désignation des arbitres est couvert par l'accomplissement des formalités prescrites par l'article 327-5 du CPC, mais seulement à condition qu'aucune des parties n'excipe de la nullité. Si, au contraire, l'une d'elles conteste la validité de la clause compromissoire, il conviendra de donner effet à la règle édictée par l'article 317 et sanctionner la clause compromissoire incomplète. »*<sup>442</sup>. La réforme a purifié le code de procédure civil de ses contradictions, maintenant uniquement l'article 327-5 du CPC<sup>443</sup> qui redonne son efficacité à l'arbitrage en prévoyant l'intervention d'un juge d'appui pour

---

<sup>439</sup> Trib. Com. Marrakech, 28 sept. 2009, doss n°943/4/09, rapp. Par O. Azouggar et A. El Alami, op. cit., p. 53

<sup>440</sup> Trib. Com. Marrakech, 17 juin 2010, doss/ n°420/4/10, rapp. O. Azzouggar et A. El Alami, op. cit., p. 67

<sup>441</sup> Trib. Com. Marrakech, 28 sept. 2009, préc., (v. supra n°386)

<sup>442</sup> M. D. Toumilt & A. A. Toumilt, op. cit., p. 152

<sup>443</sup> Article 23 du Code de l'arbitrage ratifié le 13 juin 2022 issu de Loi n° 95-17 relative à l'arbitrage et à la médiation conventionnelle, ratifiée le 13 juin 2022, BO 7099

résoudre les difficultés relatives à la désignation du tribunal arbitral. Effectivement, l'article 23 du nouveau Code de l'arbitrage encadre la désignation du tribunal arbitral en excluant de cette procédure la nullité de la convention d'arbitrage en cas de défaut de désignation des arbitres. Effectivement, l'article 23 prévoit que : « *Le président du tribunal compétent statue à la demande de l'une des parties ou de l'un des arbitres, dans toutes les difficultés relatives à la formation du tribunal arbitral, peu importe qui a procédé à la nomination.* ». Ainsi, il y a une concentration des pouvoirs de désignation entre les mains du président du tribunal compétent, décision qui n'est pas susceptible de recours. Nous approuvons une telle approche qui évite les contradictions et assure un régime unifié en cas de problèmes dans la désignation d'un tribunal arbitral. Nous approuvons qu'une telle intervention ne soit pas susceptible de recours, dans la mesure où cela risquerait d'allonger la procédure sans véritable intérêt puisque si les tribunaux étatiques ont été amenés à intervenir, c'est en dernier recours après carence des parties. Autoriser à nouveau des recours ouvrirait la porte aux parties de mauvaise foi qui risquent de saisir l'opportunité pour retarder la formation du tribunal arbitral.

**322. Désignation équivoque.** La sévérité de la jurisprudence étatique s'étend aux cas de désignation équivoque. Ainsi, la cour d'appel de Commerce de Casablanca a pu retenir par un arrêt rendu le 9 février 2001 que :

*« (...) Et attendu que le défaut de précision qui entache la désignation de l'arbitre constitue le fondement sur la base duquel l'intimée a saisi les tribunaux étatiques au lieu de mettre en œuvre la procédure d'arbitrage ;*

*Qu'en effet, la clause compromissoire est entachée d'un vice affectant sa validité ;*

*Qu'il s'ensuit que les juridictions étatiques sont compétentes pour trancher le litige. »<sup>444</sup>.*

La jurisprudence fait encore une fois preuve de sévérité. Une myriade de solutions aurait pu lui permettre de sauvegarder la validité et l'efficacité de la convention d'arbitrage, ne serait-ce qu'en s'inspirant de principes admis en droit français, tel que l'effet utile ou la recherche de la réelle volonté des parties, et elle a pourtant fait le choix d'écarter l'efficacité de la clause compromissoire. et gagnerait à s'inspirer des principes de droit français et particulièrement du

---

<sup>444</sup> CAC Casablanca, 9 févr. 201, doss. N°119/2001/13, rappo. Par O. Azouggar et A. El Alami, op. cit., p. 67

principe de l’effet utile qui permet de donner validité à des clauses compromissoires peu claires. Une telle position est injustifiée et témoigne des réminiscences d’une méfiance historique nourrie par les juges étatiques à l’égard de l’arbitrage et se manifestant par la volonté d’invalider les clauses d’arbitrage dès que l’occasion se présente.

**323. Désignation de l’arbitre dans le compromis.** La sévérité s’étend également au compromis, puisque l’article 315 impose la désignation du tribunal arbitral à peine de nullité dans le compromis d’arbitrage. La désignation nominative n’est pas obligatoire, le compromis peut seulement se référer à une qualité ou à un statut, dans la mesure où il est précis. En tout état de cause, le compromis étant signé postérieurement à la naissance du litige, il est peu probable qu’il en résulte un défaut de désignation du tribunal arbitral.

**324. Efficacité du nouveau régime.** Le nouveau code de l’arbitrage ne mentionne aucunement la sanction de nullité en cas de défaut de la désignation du tribunal arbitral. Effectivement, les articles 21 à 23 de la loi 95-17 détaille les mécanismes d’intervention du juge étatique compétent afin de suppléer à la carence des parties, mais il n’est nullement mentionné l’éventualité d’annuler la clause compromissoire sur ce fondement. Il s’agit d’une position louable de la part du législateur marocain qui témoigne d’une flexibilité vis-à-vis de la validité de la convention d’arbitrage et limite les causes de nullité pouvant l’affecter, ce qui en accroît l’efficacité. La sévérité est toutefois maintenue vis-à-vis du compromis, dans la mesure où l’article 5 de la loi précitée, retient en son alinéa 3 que : « *Le compromis d’arbitrage est caduc s’il comporte la nomination du tribunal arbitral et que l’un des deux arbitres a refusé d’accomplir la tâche qui lui était assignée ou n’a pas pu le faire, à moins que les parties ne conviennent de le remplacer.* ». Toutefois, le compromis étant conclu après la naissance du litige, il est plus aisé d’en conclure un nouveau si les parties le souhaitent.

**325. Mécanismes d’efficacité en cas d’empêchement de l’arbitre.** Le Code de procédure civile retrouve son efficacité dans son approche pour surmonter l’empêchement ou l’interdiction d’arbitre. Effectivement, il prévoit un certain nombre de mécanismes pour surmonter les blocages, une fois le tribunal arbitral désigné. Ainsi, si pour une raison ou une autre les arbitres désignés ne peuvent poursuivre leur mission, les parties sont autorisées à les remplacer en application de l’article 327-3 du Code de procédure civile<sup>445</sup>, ou à déléguer le remplacement,

---

<sup>445</sup> Article 27 du Code de l’arbitrage ratifié le 13 juin 2022 issu de Loi n° 95-17 relative à l’arbitrage et à la médiation conventionnelle, ratifiée le 13 juin 2022, BO 7099

ou la désignation d'un arbitre manquant, au président du tribunal compétent. L'article 1473 du Code de procédure civile français est encore plus simplifié puisqu'au lieu de déléguer directement le remplacement aux juridictions des parties, il indique qu'à défaut de prévisions par les parties, le nouvel arbitre est désigné dans les mêmes conditions que celui qui le précède. Une telle approche est efficace puisqu'il s'agit simplement de reproduire des modalités qui se sont révélées effectives dans la mesure où un tribunal arbitral a déjà été formé au regard de ces dernières. Cela permet également d'éviter de se tourner automatiquement vers les juridictions étatiques au moindre obstacle lors de la procédure d'arbitrage. L'article 27 de la loi 95-17 aurait pu s'en inspirer, mais il s'est contenté de reprendre, quasi-textuellement, l'article 327-3 du Code de procédure civile.

**326. Absence de recours.** L'ordonnance désignant les arbitres est non susceptible de recours pour des fins d'allégement de la procédure. Une partie de la doctrine n'est pas d'accord soutenant que « *le principe de double degré de juridiction constitue un droit pour les justiciables (...). Tout justiciable doit pouvoir former un recours contre une décision de justice qui lui est défavorable devant une juridiction supérieure (...). Nous nous demandons dans quelle mesure la légalité des textes qui ferment la voie de l'appel ne peut pas être contestée* »<sup>446</sup>. Bien qu'une telle position implique potentiellement d'imposer un arbitre non désiré à l'une des parties, elle se justifie dans la mesure où il s'agit du dernier recours de formation du tribunal arbitral et de sauvegarde de la procédure arbitrale, après avoir laissé toute la liberté aux parties de choisir les arbitres qui leurs correspondent sans résultat.

**327. Démission de l'arbitre.** Outre la récusation, l'arbitre peut se désister pour diverses raisons, mais il ne peut pas facilement se délier de la mission à laquelle il s'est engagé, et peut potentiellement être poursuivi par les parties et engager sa responsabilité civile, s'il ne justifie pas cette démission par des motifs légitimes. Réciproquement, les parties peuvent également démettre l'arbitre de ses fonctions. Effectivement, l'article 327-20 du CPC<sup>447</sup> ouvre cette option lorsque l'arbitre n'a pas rendu sa sentence dans la limite du temps conventionnel ou le cas échéant 6 mois après que le dernier arbitre ait accepté sa mission. Les parties peuvent même demander à la juridiction étatique de mettre fin à la procédure d'arbitrage. Le Tribunal de commerce de Tanger a par exemple déjà mis fin à une procédure, l'arbitre s'étant abstenu

---

<sup>446</sup> C. Asfar, L'intervention du juge étatique dans l'arbitrage interne et international, Thèse, Paris XI, 1999, p. 92

<sup>447</sup> Article 48 du Code de l'arbitrage ratifié le 13 juin 2022 issu de Loi n° 95-17 relative à l'arbitrage et à la médiation conventionnelle, ratifiée le 13 juin 2022, BO 7099

de rendre toute sentence pendant plus d'un an et demi<sup>448</sup>. La loi 95-17 aggrave la responsabilité des arbitres, en assortissant la responsabilité civile, à une responsabilité pénale, en cas de divulgation du secret professionnel<sup>449</sup>.

**Conclusion** : La désignation du tribunal arbitral est essentielle à l'efficacité de la procédure dans la mesure où les arbitres représentent les principaux protagonistes au cœur de la bonne tenue de la procédure arbitrale. Sans tribunal arbitral désigné, la procédure est tout simplement réduite à néant. Il convient donc d'imposer des critères stricts entourant le choix des arbitres. Pour autant, afin d'assurer une efficacité de la procédure arbitrale, il convient d'assouplir le processus de désignation et de remplacement des arbitres. A ce sujet, le droit marocain, malgré l'entrée en vigueur de la loi 08-05, est loin d'être efficace, du fait d'une position jurisprudentielle sévère maintenue à l'égard retenant la nullité de la convention d'arbitrage en cas de défaut de désignation des arbitres. Cette position est non seulement source d'inefficacité, mais elle est en tout état de cause bien trop sévère dans un contexte où le droit français offre une myriade de possibilités pour compenser ce défaut de désignation, et aboutir à la formation d'un tribunal arbitral. La réforme ayant donné lieu à la ratification de la loi 95-17 est également très décevante dans la mesure où elle maintient une grande partie de l'état actuel du droit.

**Conclusion du Chapitre 1** : Le cœur du contenu essentiel de la convention d'arbitrage se traduit par le choix du siège et la désignation du tribunal arbitral, qui posent les piliers procéduraux et juridictionnels pour assurer une procédure d'arbitrage encadrée et efficace. Pour pouvoir atteindre une efficacité optimale, la clarté rédactionnelle est essentielle dans l'optique d'indiquer clairement le siège de l'arbitrage, et le tribunal désigné, ou du moins les modalités le désignant, afin d'éviter les contestations pouvant bloquer la bonne tenue de la procédure alors même qu'elle n'a pas commencé. L'essentiel est que la volonté des parties soit claire et extériorisée au sein de la convention d'arbitrage. Cette clarté doit reposer sur une législation limpide et concise, permettant de guider les praticiens, objectif qui, malgré les efforts et les réformes, n'a pas encore été atteint en droit marocain, puisque les articles longs et détaillés sont sources de confusion du fait des interprétations qu'ils suscitent, et également de lourdeur. L'essentiel est de garantir une marge de liberté suffisante aux parties pour pouvoir choisir le tribunal qui leur correspond, liberté qui est bridée du fait de l'introduction en droit marocain des listes d'arbitre. En pratique, ceci peut se justifier du fait des dévoiements qui ont pu être mis en œuvre par des arbitres

---

<sup>448</sup> 4 TC Tanger, ordonnance n°301, du 03/03/2021, dossier n°852/8101/2021

<sup>449</sup> Le projet assujetti l'arbitre au régime de l'article 446 du Code pénal en vertu duquel certains corps de métiers risquent 6 mois d'emprisonnement et une amende de 1200 à 20 000 dhs en cas de violation du secret professionnel.

malhonnêtes au Maroc. De telles listes permettent d'assurer un contrôle supplémentaire pour éviter ces dérives de la pratique, et permettre de renforcer la sécurité juridique, ce qui in fine encourager davantage de parties de choisir le Maroc comme siège de l'arbitrage.



## Chapitre 2 : Le contenu optionnel

Certaines clauses ne sont pas obligatoires pour former la convention d'arbitrage de façon valide, mais elles sont recommandées pour renforcer l'efficacité de ces dernières. A notre sens, la combinaison de la convention d'arbitrage avec d'autres modes amiables de règlement des conflits est recommandable (**Section 1**), ainsi que l'introduction de la possibilité de demander des mesures provisoires (**Section 2**).

### *Section 1 : La combinaison de la convention d'arbitrage avec d'autres modes amiables de règlement des conflits*

Une telle combinaison est adoptée de manière similaire en droit français (**A**) et en droit marocain (**B**), est bien que louable, doit être prise avec précaution afin d'éviter les risques de confusion contre-productifs.

#### **A. La combinaison de la convention d'arbitrage avec d'autres modes amiables de règlement des conflits en droit français**

Le cumul des MARC peut être gage d'efficacité non pas de l'arbitrage, mais du moins, de la résolution du conflit. Effectivement cette alternative permet de résoudre les conflits sans se lancer dans de longues procédures coûteuses. Elle permet également de confirmer la certitude des parties de vouloir aller à l'arbitrage en leur accordant un temps de latence et de réflexion, ainsi que des options alternatives. Toutefois, ce cumul n'est pas sans risque, tel que très clairement exposé par le professeur Jarrosson<sup>450</sup> selon qui : « *les parties ont tendance à vouloir cumuler les avantages offerts par plusieurs modes alternatifs de résolution des litiges, sans pour autant se rendre compte qu'à mélanger les qualifications, on accumule les inconvénients* ». Il faut donc étudier avec rigueur les différents modes et l'effet de leur cumul avant de faire un choix. Il s'agit également d'être rigoureux au niveau de la rédaction car des confusions entre les MARC risquent justement d'entraîner l'inefficacité, faisant par exemple planer l'ombre d'un doute sur la volonté des parties d'aller à l'arbitrage. Nous listerons les différentes combinaisons (**Paragraphe 1**), pour ensuite exposer les risques de confusion (**Paragraphe 2**).

---

<sup>450</sup> C. Jarrosson, op. cit.

Paragraphe 1: Exposé des différentes combinaisons possibles

- 328. Distinctions entre arbitrage et MARC.** Les MARC désignent plutôt « *des mécanismes qui sont alternatifs à la justice étatique en ce qu'ils tentent d'éviter les affres des procédures judiciaires en privilégiant un règlement plus pacifique des litiges* »<sup>451</sup>. L'arbitrage représente certes une alternative aux procédures judiciaires étatiques, mais il s'agit également d'un mode contentieux, alors que les MARC reposent sur une procédure amiable. L'arbitre a un véritable pouvoir juridictionnel qui se manifeste par l'autorité de la chose jugée qui est assortie à sa sentence arbitrale.
- 329. Points communs entre arbitrage et MARC.** Toutefois, les MARC ont certains points communs avec l'arbitrage. Outre le fait que l'arbitre, au même titre que le juge, doit concilier les parties, les parties peuvent réciproquement en cours de procédure régler leur différends à l'amiable et requérir de l'arbitre qu'il rende une « sentence d'accord-parties » retranscrivant les détails de leur accord. Chercher à concilier à l'amiable des parties qui ne s'entendent plus et souhaitent rompre leurs relations contractuelles peut sembler idyllique, voire impossible.
- 330. Pratique des combinaisons entre arbitrage et MARC.** Pourtant, de nombreux contrats prévoient en leur sein, parallèlement à la clause compromissoire, la possibilité de régler les futurs litiges par le biais d'une médiation ou autre mode amiable de règlement des conflits, tel que le dispute board, la conciliation, ou encore le mini-trial. Dans la pratique contractuelle, les clauses de règlement amiables viennent généralement précéder les clauses compromissoires. Il faut faire attention à ce type de nuances dans la mesure où les maladresses rédactionnelles se glissent facilement, et ce d'autant plus que les clauses de résolution de litiges sont démocratiquement considérées comme des clauses à visée contentieuse dans l'esprit des non-juristes. Ces clauses combinées, aussi dénommées « clause à étage » sont très courantes en droit du commerce international. L'expression clause à étage vient du fait que ces clauses prévoient plusieurs étapes de résolution des litiges, généralement vers des « étages » de plus en plus contentieux. L'arbitre constitue donc généralement le dernier étage.

---

<sup>451</sup> C. Jarrosson, note sous CA Paris, 28 mars 1991, Caisse régionale de garantie de la responsabilité professionnelle des notaires de Paris c/ Epoux Bruère et autre ; Rev. arb. 1991, p. 470, spéc. p. 475

Il faut également distinguer les clauses qui prévoient un MARC préalable à l'arbitrage, à des procédures totalement parallèles à l'arbitrage. Effectivement, des procédures de conciliation concomitante à l'arbitrage se développent de plus en plus, et se dénomment les « arb-med ».

- 331. Objectifs de l'introduction de ces combinaisons.** En tout état de cause, il s'agit de clauses prévoyant une médiation préalable, une conciliation ou encore un mini-trial. Il s'agit de repousser le plus longtemps possible le moment d'enclencher la procédure d'arbitrage, et de résoudre le conflit par le biais d'une méthode amiable, avant d'user de la méthode contentieuse qu'est l'arbitrage en dernier ressort. Toutefois, il convient de distinguer les clauses qui prévoient des méthodes de résolution de conflit préalables à l'arbitrage, des clauses prévoyant des procédures parallèles à la procédure arbitrale. Il convient de rédiger avec attention et minutie ce type de clause, afin qu'il soit clairement établi qu'elles sont préalables à l'arbitrage, et que ce dernier devient obligatoire en cas d'échec. Il convient également de séparer précisément les deux procédures. Le règlement du « CEDR Settlement Rules » de 2009 traduit un bon modèle pour la rédaction de ce type de clause.
- 332. Caractère amiable de ces procédures.** Il s'agit de prendre garde à ces procédures, car n'étant pas contentieuses par définition, elles ne sont pas obligées au respect des droits fondamentaux du procès<sup>452</sup>. Cela est d'autant plus dangereux qu'il arrive des situations où le médiateur se transforme en arbitre si la médiation a échoué et que cela questionne sur son impartialité puisqu'il peut avoir eu une communication plus régulière avec l'une des parties. Également, il peut instinctivement fonder sa sentence sur des éléments débattus pendant la médiation, mais non versés à l'arbitrage ce qui entrave également le principe du contradictoire. Cela interroge également sur le principe de l'égalité des armes des parties. C'est pour cela qu'il convient impérativement que les arbitres fondent leur décision uniquement sur les faits versés au débat dans le respect du principe de contradiction. Il n'est pas recommandé qu'un tiers cumule la fonction de médiateur, puis d'arbitre.
- 333. Succès.** Ces combinaisons peuvent ainsi présenter de nombreux défauts, mais elles n'en sont pas moins généralisées, que ce soit en droit français ou en droit marocain. Elles sont mêmes encouragées en droit international depuis l'adoption de la Loi-type CNUDCI sur la

---

<sup>452</sup> Sebastian Partida, op. cit., p. 408

conciliation commerciale internationale en 2002<sup>453</sup>. Cette loi a inspiré le droit français, qui a rendu obligatoire la résolution amiable pour les litiges civils et commerciaux, depuis le décret n°2015-282, qui modifie les articles 56 et 58 du CPC. Toutefois, leur admissibilité est strictement encadrée, les parties doivent être claires dans leur intention d'inclure une clause combinée avec la clause d'arbitrage.

**334. Modèles de clause.** Les grandes institutions d'arbitrage proposent des modèles de combinaison entre MARC et Arbitrage. C'est ainsi le cas de la CCI qui propose la clause suivante :

*“En cas de différend résultant du présent contrat ou s’y rapportant, les parties soumettent en premier lieu le différend à la procédure prévue par le Règlement de médiation de la CCI. Si le différend n’a pas été réglé dans le cadre dudit Règlement dans un délai de 45 jours suivant le dépôt de la demande de médiation ou dans tout autre délai dont les parties peuvent convenir par écrit, le différend sera tranché définitivement suivant le Règlement d’Arbitrage de la Chambre de Commerce Internationale par un ou plusieurs arbitres nommés conformément à celui-ci”*<sup>454</sup>.

Ou du CMAP qui propose la clause suivante :

*“Les différends qui viendraient à se produire à propos de la validité, de l’interprétation, de l’exécution ou de l’inexécution, de l’interruption ou de la résiliation du présent contrat, seront soumis au règlement de médiation et, en cas d’échec de celle-ci, au règlement d’arbitrage du CMAP, auxquels les parties déclarent adhérer”*<sup>455</sup>.

La clause proposée par la CCI est plus recommandable dans la mesure où elle encadre clairement les délais entourant la procédure de médiation, et distingue chronologiquement la procédure de médiation, de la procédure d'arbitrage. L'expression « en cas d'échec » usitée par la clause-type du CMAP est bien trop vague et peut créer des confusions. Également, l'expression « en cas de différend résultant du présent contrat » est louable puisqu'elle englobe de façon large l'ensemble des litiges pouvant naître du contrat, tandis que l'énumération à laquelle la clause du CMAP procède permet facilement d'exclure certains types de différends.

---

<sup>453</sup> Loi type de la CNUDCI sur la conciliation commerciale internationale et Guide pour son incorporation dans le droit interne et son utilisation 2002

<sup>454</sup> Latham & Watkins – Guide de L'arbitrage international, 2013

<sup>455</sup> Ibid

Paragraphe 2: Les risques de confusion

335. **Gravité des conséquences.** Le risque de confusion entre modes amiables de règlement des conflits et arbitrage est très sérieux du fait des conséquences que cela entraîne. Effectivement, l'arbitre a un véritable pouvoir juridictionnel tandis que le médiateur et le conciliateur n'en ont pas. Leur seule et unique mission se traduit par l'assistance aux parties afin de trouver un accord amiable pour mettre fin à leur différend sans intervention judiciaire, alors que le juge rend un acte juridictionnel, la sentence.
336. **Confusion relative à la chronologie des diverses procédures.** La principale confusion se traduit par celle à travers laquelle les parties ne savent pas si le mode amiable est parallèle à l'arbitrage ou si les parties doivent obligatoirement passer par ce mode amiable avant d'accéder à l'arbitrage. Dans ce dernier cas, il s'agit d'une obligation contractuelle à laquelle les parties ne peuvent pas se soustraire. Pour définir le caractère obligatoire de ces obligations, les arbitres procèdent à une analyse factuelle<sup>456</sup>.
337. **Illustration jurisprudentielle.** Dans une affaire 8462, la clause énonce que « *Pour tous différends découlant du présent contrat ou s'y rapportant, les parties chercheront une solution à l'amiable. Si une solution ne peut être obtenue dans les 30 jours après la date qu'une des parties aura notifiée par écrit à l'autre partie, le(s) différend(s) sera(ont) soumis à l'arbitrage [...]* »<sup>457</sup>. En l'espèce, une des parties revendiquait sa véhémence dans la mise en œuvre de la procédure amiable malgré l'inertie de l'autre partie. Il convient que le tribunal arbitral opère une analyse factuelle de la concrète mise en œuvre des moyens que la partie active prétend avoir effectué. Si cela est prouvé, le tribunal arbitral doit se déclarer incompétent le temps que les parties observent la procédure amiable obligatoire. C'est le cas au cours d'une affaire CCI 6276, qui contenait une clause de règlement amiable préalable obligatoire qui n'avait pas été respecté<sup>458</sup>. Les arbitres ont également l'option d'engager la responsabilité contractuelle de la partie ayant violé son obligation. Il s'agit de prendre à la légère cette responsabilité en la circonscrivant à une simple rupture contractuelle tout en

---

<sup>456</sup> Etudes – Utilisation des clauses combinées en arbitrage commercial international : l'exemple du traitement des clauses combinées dans les arbitrages CCI – Etude par Mathilde Vidal Durand

<sup>457</sup> *Ibid*, note 6. Sentence Arbitrale finale CCI, Affaire 8462, 27 janv. 1997

<sup>458</sup> Sentence partielle CCI, 29 janv. 1990, Affaire 6276

poursuivant la procédure arbitrale. Il s'agit d'une grave entrave au principe de compétence-compétence que les arbitres étendent au-delà du champ temporel qui leur ai dévolu. Également, la doctrine a critiqué cette position qui « présente un aléa supplémentaire pour les parties dans leur procédure »<sup>459</sup> en ajoutant une dimension substantielle à une clause à visée processuelle. Quid des solutions ?

**338. Nécessité de la clarté rédactionnelle.** La solution la plus efficace se traduit par la clarté rédactionnelle des clauses et l'usage de qualifications appropriées. Il s'agit de faire preuve de précision et de rigueur s'agissant de la sémantique pour exprimer avec clarté le caractère obligatoire de la clause. Il convient également d'être le plus précis possible s'agissant des délais fixés et de l'encadrement temporel chaque étape. Les écueils de la pratique étant inévitables, il s'agit de trouver des solutions de sauvegarde.

**339. Méthode du faisceau d'indices.** En tout état de cause, il s'agit de recourir à un faisceau d'indices. Par exemple, la jurisprudence se fonde régulièrement sur le caractère obligatoire de la décision pour qualifier une clause de clause d'arbitrage<sup>460</sup>. Il s'agit également de se fonder sur les références législatives citées dans la clause. Par exemple, si une clause se réfère à l'article 131-1 du CPC, il est fort probable que les parties aient eu pour intention de soumettre leur différend à la médiation. Ainsi, dans ce genre de situation floue, il n'y a pas de critères qui s'auto-suffit, il faut recourir à un faisceau d'indices. C'est ainsi que la jurisprudence a écarté l'arbitrage dans un arrêt du 7 février 2002, retenant que : « *la qualification d'arbitrage ne résulte pas des termes retenus par les parties dans leur convention mais dépend étroitement de la mission confiée par celle-ci à un tiers. [...] Le désaccord des parties a uniquement porté sur une question de fait, une telle question est insuffisante pour caractériser un litige sans lequel il n'existe pas d'arbitrage* »<sup>461</sup>. Cet arrêt est intéressant car il procède à une analyse factuelle, alors même que les termes de la clause visaient explicitement l'arbitrage. Nous condamnons une telle position, et rejoignons M. Jarrosson qui considère qu'en cas de doute, il faudrait « « *préférer la qualification d'arbitrage aussi souvent que possible [...] notion résiduelle, accueillant en son sein les situations marginales* »<sup>462</sup>. Effectivement, pour des considérations de sécurité juridique, il est plus prudent de se tourner vers un mode

<sup>459</sup> Etudes – Utilisation des clauses combinées en arbitrage commercial international : l'exemple du traitement des clauses combinées dans les arbitrages CCI – Etude par Mathilde Vidal Durand

<sup>460</sup> Cass. 1<sup>er</sup> civ., 26 octobre 1976, Bull. civ. I n°305

<sup>461</sup> CA Paris, 7 février 2002, Rev. Arb 2005 p.1056

<sup>462</sup> C. Jarrosson, Les frontières de l'arbitrage, Rev. Arb. 2001 p.5, n°34

juridictionnel tel que l'arbitrage afin d'assurer une résolution du conflit assurant une réparation légale du préjudice de la partie lésée.

- 340. Succès des clauses combinées.** Les risques de ces clauses combinant arbitrage et mode amiable de règlement des conflits n'ont pas empêché ces dernières d'avoir un succès phénoménal. Effectivement, ces dernières sont admises par la plupart des juges nationaux, dans la mesure où elles sont rédigées dans des termes clairs, précisant la procédure à suivre ce qui permet d'assurer leur caractère obligatoire et la volonté certaine des parties d'y recourir. Toutefois, cette distinction peut s'avérer difficile à cerner. Un juge suisse ayant ainsi dû rendre une décision dans le cadre d'un recours en annulation fondé sur la violation d'une clause de conciliation préalable a admis que : « *on peut raisonnablement douter que la question controversée puisse recevoir une réponse adaptée à tous les cas de figure envisageables* »<sup>463</sup>. Il s'agit ainsi d'une question qui doit être traitée au cas par cas selon les circonstances de l'espèce et ce qu'elles révèlent de la volonté des parties de recourir à ces clauses préalables. Toutefois, le législateur essaye également de les systématiser dans une volonté d'alléger le volume des contentieux. En France, nous pouvons par exemple citer « La loi justice du XXIème siècle »<sup>464</sup> qui vise à renforcer le cadre législatif des modes alternatifs de règlement des conflits.

### **B. La combinaison de la convention d'arbitrage avec d'autres modes amiables de règlement des conflits en droit marocain**

Il s'agira d'exposer l'admission progressive des modes alternatifs de règlement des conflits en droit marocain (**Paragraphe 1**), pour ensuite exposer les risques de confusion (**Paragraphe 2**).

#### Paragraphe 1 : L'admission des MARC en droit marocain

- 341. Admission historique des MARC.** Historiquement, le Maroc est familier et habitué des modes alternatifs de règlement des conflits, les litiges étant usuellement réglés par les chefs de tribus ou par les chefs religieux. Effectivement, en matière commerciale, les marchands se tournent régulièrement vers des « amines », chef d'une corporation artisanal généralement expérimenté dans son domaine, qui réglaient les différends par voie de médiation. Également,

<sup>463</sup> TFS, 16 mars 2016, X.Ltd. c/ Y. S.p.A; RBA 2017, p. 198, note B. Berger

<sup>464</sup> Loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXIe siècle

pendant le protectorat, le peuple marocain se méfiaient des juges nationaux et tendaient à solliciter les juristes musulmans<sup>465</sup> pour résoudre leurs litiges. Ces derniers avaient non seulement une légitimité religieuse et morale, mais étaient également accrédités du fait de leur culture et leurs connaissances des usages professionnels. Hors milieu professionnel, les chefs de chaque tribu réglés les différends entre les membres de la communauté par la voie de la médiation au sein d'assemblées dénommées les « jmaâ », au cours desquels ils proposaient la voie de la conciliation ou de l'arbitrage.

**342. Recul de leur application.** L'apparition des tribunaux modernes post-protectorat a très rapidement écarté ces pratiques, et la médiation a dans un premier temps été maintenue, par le biais du Code des Obligations et des Contrats<sup>466</sup>, qui lui imposait les mêmes conditions de validité que les contrats, c'est-à-dire la capacité, le consentement, l'objet et la cause. Cette procédure était peu populaire, les centres de médiation de Casablanca et Rabat n'ayant pas eu plus de 20 affaires chacun jusqu'à la loi de 2007<sup>467</sup>.

**343. Mise en lumière sur la médiation.** Cette médiation a été encadrée par la loi 08-05 de 2007 et a insufflé une vigueur nouvelle à cette procédure alternative de règlement des conflits. Cette loi définit la médiation comme un mode de règlement des différends par le biais duquel « les parties peuvent convenir de la désignation d'un médiateur chargé de faciliter la conclusion d'une transaction mettant fin au différend ». L'encadrement de la médiation par le droit marocain est intéressant car il reprend une structure équivalente à l'organisation du régime de l'arbitrage, qui peut également être source de confusion. L'article 327-57 du CPC<sup>468</sup> ouvre l'option à un compromis de médiation, qui permet la conclusion d'une convention de médiation ultérieurement à la naissance d'un litige.

**344. Critères pour devenir médiateur.** Parallèlement à cela, la clause de médiation classique est également toujours possible et permet de prévoir par avance la mise en place d'un processus de médiation en cas de naissance d'un litige. Ceci mis à part, la loi est assez souple et efficace. Effectivement, elle n'exige aucune qualification particulière du médiateur. Seul le Centre International de Médiation de Rabat nomme des experts, exigeant que le médiateur ait exercé

---

<sup>465</sup> Oulemas et Fkihs

<sup>466</sup> Equivalent du Code civil français

<sup>467</sup> N. Najjar, 'Chapter 24: The Arab World', in Arnold Ingen-Housz (ed), ADR in Business: Practice and Issues across Countries and Cultures II, (© Kluwer Law International; Kluwer Law International 2010) pp. 559 - 582

<sup>468</sup> Article 88 du Code de l'arbitrage ratifié le 13 juin 2022 issu de Loi n° 95-17 relative à l'arbitrage et à la médiation conventionnelle, ratifiée le 13 juin 2022, BO 7099



en tant que commerçant, personne morale, administrateur ou commerçant pendant au moins sept ans et qu'il soit titulaire du baccalauréat ou de tout autre diplôme universitaire. La loi impose un délai pour la procédure qui ne doit pas excéder trois mois, prolongeables par accord des parties. Ce court délai est louable dans la mesure où il oblige les parties à trouver une solution rapide, ou à se tourner vers un moyen contentieux, évitant ainsi de s'engager dans des procédures prétendument amiables qui peuvent se révéler interminables.

**345. Médiation conventionnelle.** La grande nouveauté de la réforme de 2007 ayant donné naissance à la loi 05.08 se traduit par un encadrement inédit de la médiation conventionnelle. Encadrée par les articles 327-55 à 327-69 du Code de procédure civile<sup>469</sup>, cette réforme ne comporte pourtant aucune définition claire de la médiation, l'article 327-55 du Code de procédure civile énonçant uniquement que « *Afin de prévenir ou régler un différend, les parties peuvent convenir de la désignation d'un médiateur chargé de faciliter la conclusion d'une transaction mettant fin au différend* »<sup>470</sup>. Le principal critère qui permet clairement de la distinguer de l'arbitrage se traduit par le fait qu'elle peut donner lieu à « la conclusion d'une transaction mettant fin au différend ». Ainsi, il s'agit d'emblée d'un mode de résolution non juridictionnel des conflits puisqu'il ne s'achève pas par le rendu d'une sentence ou d'un jugement. Le régime encadrant la médiation a également été réformé par la loi 95-17 qui apporte un souffle de nouveauté en mettant en place une procédure plus flexible et plus efficace. Elle encadre davantage les critères pour devenir médiateur, ces derniers devant répondre à des exigences d'indépendance et d'impartialité.

#### Paragraphe 2 : Les risques de confusion

**346. Confusions linguistiques.** L'arbitrage peut présenter de nombreux points communs trompeurs avec les modes amiables de règlement des conflits tel que l'expertise, le recours au tiers, la médiation et la transaction. Ces confusions s'expliquent par les confusions sémantiques, par les profanes du droit, qui assimilent « concilier » et « arbitrer »<sup>471</sup>. Également, les régimes peuvent se révéler assez proches dans leur structure, le tiers expert ayant par exemple un pouvoir décisionnel que les profanes confondent avec le pouvoir juridictionnel de l'arbitre.

---

<sup>469</sup> Article 86 et suivants du Code de l'arbitrage ratifié le 13 juin 2022 issu de Loi n° 95-17 relative à l'arbitrage et à la médiation conventionnelle, ratifiée le 13 juin 2022, BO 7099

<sup>470</sup> Repris textuellement par l'article 86 du Code de l'arbitrage ratifié le 13 juin 2022 issu de Loi n° 95-17 relative à l'arbitrage et à la médiation conventionnelle, ratifiée le 13 juin 2022, BO 7099

<sup>471</sup> C. Jarrosson, Les frontières de l'arbitrage, Rev. Arb. 2001 p.5

**347. Efficacité des modes amiables de règlement des conflits illustré par la médiation.** En droit marocain, la médiation peut être conclue avant ou après la naissance d'un litige. L'article 327-56<sup>472</sup> exige que la médiation soit entérinée par voie contractuelle, dans la mesure où elle doit faire l'objet d'un accord. A la lecture des articles entourant la clause de médiation, il est surprenant de constater que le régime qui encadre la médiation est pratiquement équivalent à celui qui encadre l'arbitrage, et que les mêmes garanties lui sont offertes. Ainsi, l'article 327-64 de la loi 08-05<sup>473</sup> énonce que : « *la juridiction saisie d'un litige sur une question au sujet de laquelle les parties ont conclu une convention de médiation conformément aux dispositions de la présente section doit déclarer l'irrecevabilité jusqu'à épuisement de la procédure de médiation ou annulation de la convention de médiation.* ». Également, il est exigé, à peine de nullité, que la clause ou le compromis de médiation détermine l'objet du litige, et désigne le médiateur à peine de nullité<sup>474</sup>. Il s'agit ainsi d'un régime assez strict.

**348. Encadrement par le nouveau code de l'arbitrage.** A l'image de la loi 08-05, la nouvelle loi 95-17 réserve tout un volet à la médiation. Cette dernière a également vu son régime devenir plus efficace et flexible, les conditions de déroulement de la procédure de médiation ayant été encadrées avec plus de précisions. Également, à l'instar de l'arbitre, le médiateur doit dorénavant faire preuve d'indépendance et d'impartialité, tandis que l'ordonnance de médiation peut faire l'objet d'une demande en exequatur au sujet de laquelle le juge a 7 jours pour statuer. Nous constatons qu'un tel rapprochement avec le régime dédié à l'arbitrage peut également être à la source de nouvelles confusions. Les parties doivent prendre garde à bien préciser les termes de leur engagement et nous ne pouvons encourager suffisamment à la clarté rédactionnelle.

**Conclusion** : La médiation est aujourd'hui très populaire et efficace au Maroc. Le président de la Chambre de Commerce et d'Industrie a rapporté que 75% des affaires étaient résolus par voie de règlements à l'amiable.<sup>475</sup> D'autres études ont démontré que 1200 affaires relatives à

---

<sup>472</sup> Article 86 du Code de l'arbitrage ratifié le 13 juin 2022 issu de Loi n° 95-17 relative à l'arbitrage et à la médiation conventionnelle, ratifiée le 13 juin 2022, BO 7099

<sup>473</sup> Article 93 du Code de l'arbitrage ratifié le 13 juin 2022 issu de Loi n° 95-17 relative à l'arbitrage et à la médiation conventionnelle, ratifiée le 13 juin 2022, BO 7099

<sup>474</sup> Article 327-60 de la loi 08-05 repris à l'article 90 du Code de l'arbitrage ratifié le 13 juin 2022

<sup>475</sup> "Médiation: Le Maroc a réalisé des avancées probantes" ("Mediation: Morocco has made significant progress"), Finances News, 20 April 2018, available at <https://fnh.ma/article/alaune/mediation-le-maroc-a-realise-des-avancees-probantes>.

des conflits banque/client ont été gérés par le Centre de médiation bancaire marocain en 2010, soit une hausse de 50% par rapport à 2017. Également, 82% de ces affaires se sont soldées par un règlement à l’amiable<sup>476</sup>. Toutefois, il s’agit du seul mode amiable de règlement des conflits popularisé au Maroc. Un tel succès nous amène à nous demander s’il ne faudrait pas introduire d’autres types de MARC au Maroc dans une optique d’allègement du contentieux.

### *Section 2 : Les mesures provisoires*

Du fait de l’harmonisation des lois en droit comparé, le pouvoir des arbitres d’accorder des mesures provisoires s’est étendu et est admis de façon équivalente en droit français (A), et en droit marocain (B). Il s’agit d’un élément essentiel au déroulement efficace de la procédure arbitrale dans la mesure où il permet à l’arbitre de faire face et de résoudre des situations d’urgence de façon effective sans alourdir la procédure en se tournant vers les tribunaux étatiques.

#### **A. Le pouvoir extensif de l’arbitre en droit français**

- 349. Importance des mesures provisoires.** Les mesures provisoires sont nécessaires en matière d’arbitrage dans la mesure où la menace des dommages et intérêts peut pousser la partie en erreur à liquider ses biens et ses actifs avant que la sentence ne soit rendue. Il est logique que l’arbitre détienne le pouvoir de prononcer des mesures provisoires dans la mesure où il est compétent pour juger du litige, il est donc à même de traiter les problématiques qui lui sont accessoires. En tout état de cause, cela n’entrave pas le pouvoir juridictionnel du juge dans la mesure où il demeure maître du domaine de l’exécution des mesures provisoires, tandis que l’arbitre traite de l’aspect décisionnel. Toutefois, du fait de la disparité des mesures qui peuvent être prises par le juge, l’arbitrage et son efficacité peuvent ainsi être indirectement affectés.
- 350. Critères d’efficacité des mesures provisoires.** L’efficacité des mesures provisoires se mesure à leur rapidité et à l’efficacité de leur exécution, avant que la partie de mauvaise foi ne procède à sa « liquidité ». La question de l’exécution est intéressante car elle nécessite l’intervention du juge étatique, et n’est donc possible uniquement si la loi nationale est efficace

---

<sup>476</sup> S. El Hanafi, “Médiation bancaire: 1.200 dossiers traités en 2018” (“Banking mediation: 1,200 cases handled in 2018”), *Le Boursier*, 23 May 2019, available at : <https://www.leboursier.ma/Actus/4724/2019/05/23/Mediation-bancaire-1.200-dossiers-traites-en-2018.ht...>

à ce sujet. L'arbitre d'urgence est une alternative qui peut aider à l'efficacité. Derrière l'efficacité des mesures provisoires, l'efficacité de l'arbitrage est tangente puisqu'il n'y a pas d'intérêts à poursuivre l'arbitrage si la partie défaillante n'est pas à même de compenser l'autre partie.

**351. Mesures provisoires et efficacité de la procédure arbitrale.** L'efficacité des mesures provisoires est partie intrinsèque à l'efficacité de la procédure arbitrale dans la mesure où il en relève « la préservation de l'utilité de la sentence arbitrale future »<sup>477</sup>. Effectivement, dans le cadre de l'arbitrage, la visée principale de ces mesures se traduit par la protection des droits des parties de telle manière que la procédure d'arbitrage ne devienne pas inutile du fait des carences financières de l'une ou l'autre des parties. De ce fait, les mesures provisoires permettent la conservation d'une situation où l'anticipation d'un dommage. Elles sont également utiles pour « faciliter l'administration de la preuve »<sup>478</sup>. Ainsi, les mesures provisoires doivent être suffisamment efficaces pour assurer l'efficacité de la procédure arbitrale et qu'elle ait un intérêt. Pour cela, le préalable nécessaire se traduit par le fait que l'arbitre doit avoir suffisamment de pouvoir pour les accorder et que leur panel soit suffisamment large pour assurer la protection des droits des parties.

**352. L'octroi de mesures provisoires ex parte.** C'est par exemple le cas au sein de la loi type CNUDCI de 2006 qui retient dans l'article 17.B que « *le tribunal arbitral peut prononcer une ordonnance préliminaire à condition qu'il considère que la communication préalable de la demande de mesure provisoire à la partie contre laquelle elle est dirigée risque de compromettre cette mesure* ». Il y a ici une entorse au principe du contradictoire, afin d'atteindre cet objectif d'efficacité, dans la mesure où l'arbitre peut procéder à une rétention d'information à l'égard d'une partie afin d'assurer l'efficacité de la mesure.

Il conviendra donc d'analyser le pouvoir des arbitres d'octroyer une mesure provisoire (**Paragraphe 1**), pour ensuite étudier les caractéristiques de ces dernières (**Paragraphe 2**).

#### Paragraphe 1: Le pouvoir des arbitres d'ordonner les mesures provisoires

**353. Admission du principe.** Un tribunal arbitral a énoncé au sujet des mesures provisoires que : « *La pratique de l'arbitrage commercial international démontre que le tribunal arbitral a un*

---

<sup>477</sup> L. Chedly, op. cit., p. 517

<sup>478</sup> N. Najjar, op. cit., p. 300

*pouvoir inhérent pour ordonner de telles mesures afin de préserver, si nécessaire, les droits respectifs des parties et d'assurer l'effectivité de la compétence et de l'autorité du tribunal.* »<sup>479</sup>. Ainsi, la mise en œuvre de ces mesures se justifie par un objectif d'efficacité, afin d'accorder, dans la mesure du possible puisque cela n'implique pas la force exécutoire, des pouvoirs à l'arbitre équivalents à ceux du juge étatique afin qu'il puisse mener à bien sa mission.

**354. Fondement du principe.** Il est fréquent que les parties souhaitent demander des mesures provisoires avant la sentence finale dans l'optique de protéger un droit ou des preuves. Le pouvoir des arbitres, après avoir été reconnu par la jurisprudence jusqu'à la réforme de 2011<sup>480</sup>, d'ordonner des mesures provisoires est consacré à l'article 1468 du CPC qui s'étend à l'arbitrage international, sauf volonté contraire des parties, tel qu'encadré par l'article 1506 du CPC qui énonce que le tribunal peut ordonner toute mesure conservatoire ou provisoire qu'il juge adapté, à l'exception des saisies conservatoires et sûretés judiciaires, qui demeurent exclusives aux juridictions étatiques. Ainsi, les arbitres ont ce pouvoir du fait de la loi et il ne doit donc pas être nécessairement précisé au sein de la convention d'arbitrage. Il est, bien que rare, a contrario, possible d'exclure ce pouvoir par le biais de la convention d'arbitrage. Également, la plupart des règlements d'arbitrage international le prévoit également. Ainsi, les règlements de la CCI<sup>481</sup>, la LCIA<sup>482</sup> ou encore le CIETAC<sup>483</sup> encadre le pouvoir des arbitres d'octroyer des mesures provisoires.

**355. Exclusion de l'imperium réservé au juge.** De ce fait, l'arbitre est doté d'un pouvoir conséquent en matière de mesures provisoires, même si cela exclu le pouvoir de contrainte sur un territoire ou sur les tiers à la convention d'arbitrage. Effectivement, les mesures qui impliquent un pouvoir de contrainte sont exclusives aux juges étatiques dotés d'un impérium. De même, sans être obligatoire, l'intervention du juge étatique se révèle souvent opportune pour des raisons d'efficacité. Effectivement en cas de non-exécution des mesures provisoires ordonnées par l'arbitre, le juge peut toujours assortir cette mesure d'une exécution forcée.

---

<sup>479</sup> Sentence partielle dans l'affaire CCI No.10681.

<sup>480</sup> Paris, 7 oct. 2004, JDI 2005, p. 341, note A. Mourre et P. Pedone ; JCP 2005, II, 10071, note J.-M. Jacquet ; Rev. Arb. 2005, p. 737, note E. Jeuland

<sup>481</sup> Article 28 du Règlement CCI

<sup>482</sup> Article 25 du Règlement LCIA

<sup>483</sup> Article 17 du Règlement CIETAC

**356. Forme du rendu des mesures provisoires.** La décision relative aux mesures provisoire prend généralement la forme d'une ordonnance, mais le tribunal arbitral peut également rendre une sentence. Certains tribunaux, comme dans l'affaire CCI No. 14287, recommandent que : « *les décisions relatives à une demande de mesure provisoire (en général) devraient essentiellement prendre la forme d'une ordonnance pour éviter la possible anticipation de la décision finale et les conséquences y afférentes. Certaines exceptions peuvent être faites lorsque l'octroi d'une mesure provisoire est accordée, et lorsqu'une ordonnance serait probablement une forme inadéquate dans le lieu anticipé d'exécution de la mesure.* »<sup>484</sup>. Ainsi, il est recommandé d'éviter la forme de la sentence au profit de l'ordonnance afin d'éviter de préjuger le fond.

#### Paragraphe 2: Les caractéristiques des mesures provisoires

**357. Absence d'exigence d'un accord préalable.** Les parties peuvent demander l'octroi de mesures provisoires aux juges sans que cela soit consenti par un accord préalable. Toutefois, l'inverse est également possible, les parties pouvant limiter le pouvoir des parties d'octroyer des mesures provisoires, si elles sont d'accord à ce sujet. *Quid si le tribunal n'est pas constitué et que les parties souhaitent prendre des mesures provisoires ?* Il est toujours possible de nommer un arbitre d'urgence dans cette seule et unique optique<sup>485</sup>. Ce dernier est généralement soumis à des délais très stricts.

**358. Conditions entourant l'octroi des mesures provisoires.** Une seconde condition se traduirait par le fait que la mesure ne doit concerner que les parties et ne doit pas affecter les tiers<sup>486</sup>. Également, le tribunal arbitral doit limiter son pouvoir au champ du litige, et ne peut pas ordonner des mesures provisoires qui n'entrent pas dans l'objet du litige. Également, la procédure doit être contradictoire, et l'arbitre, une fois la demande reçue, doit écouter les arguments de la partie adverse avant de statuer. Enfin, l'arbitre ne peut prononcer des mesures

---

<sup>484</sup> A. V. Lowe, "The Problems of Extraterritorial Jurisdiction: Economic Sovereignty and the Search for a Solution" (1985) 34 International and Comparative Law Quarterly 743

<sup>485</sup> E. Loquin, « L'arbitre d'urgence, un objet juridique non identifié », Rev. Int. Dr. Proc. 2012, n°2, p. 261.

<sup>486</sup> Sentence finale dans l'affaire CCI No.10062, para.13.3 : « Any award made by an arbitral tribunal, be it final or interim, may only address the parties of the arbitration agreement and any award involving third persons is a domain strictly reserved to state courts and may, consequently, not be awarded by this arbitral tribunal. This seems to be all the more essential for provisional measures which are ordered upon prima facie evidence ». Voir également Sentence finale dans l'affaire CCI No.14287 ; Born, International commercial arbitration, Chapter 17 : Provisional Relief in International Arbitration, p.2444.

provisaires qu'en cas de requête des parties, il ne peut pas le faire d'office. Toutefois, certains règlements ouvrent cette option à l'arbitre tel que le règlement CIRDI en son article 39.3.

**359. Souplesse de la législation française.** La loi française est très souple. L'article 1468 du CPC laisse une grande marge d'appréciation à l'arbitre puisqu'il suffit qu'il juge la mesure opportune pour pouvoir l'ordonner, qu'il peut également compléter ou modifier selon son bon loisir, surtout en cas de nouvelles circonstances. En pratique, le tribunal arbitral se fonde sur la nécessité d'ordonner la mesure pour « éviter un dommage sérieux »<sup>487</sup>. L'article 17 de la loi type CNUDCI sur l'arbitrage commercial international détaille les exigences du tribunal arbitral pour accorder une mesure conservatoire. Ainsi, les conditions suivantes doivent être réunies : préjudice irréparable, l'emportant sur les dommages possibles à d'autres parties, et une perspective raisonnable de succès sur le fond<sup>488</sup>. Il est notable que cet article constitue une référence en matière de mesures provisoires en l'absence d'une définition précise de ces dernières à la lumière de l'arbitrage, par les législations internes.

**360. Critère de l'urgence.** Bien que non mentionné explicitement, l'urgence est le critère prégnant en matière de mesures provisoires, que ce soit dans le cadre de l'arbitrage, ou en dehors de l'arbitrage. L'urgence doit se traduire de telle manière que la résolution de la question se doit d'être immédiate et ne peut attendre le solutionnement par le biais de la sentence finale<sup>489</sup>. L'urgence est « basée sur l'évaluation pragmatique des probabilités et risques »<sup>490</sup>. L'urgence peut également être mesurée sous le prisme du type de mesure demandé. Cette caractéristique d'urgence justifie ainsi la nécessité que des mesures provisoires soient autorisés en matière d'arbitrage dans la mesure où dans le cas contraire, cela handicaperait fortement la procédure, et découragerait les parties à se tourner vers un mode de règlement des litiges qui ne garantit pas de solutions efficaces en cas d'urgence.

**361. Critère de la gravité des préjudices.** Également, le corollaire de l'urgence se traduit par le degré de gravité du préjudice. Ce degré de gravité est étudié sous un prisme économique. Pour certains, il suffit que le préjudice soit « sérieux » ou substantiel » pour ouvrir la voie à des mesures provisoires, sans pour autant qu'il soit nécessairement « irréparable »<sup>491</sup>. Le groupe

---

<sup>487</sup> J.-B. Racine, Droit de l'arbitrage, Thémis droit PUF, 2016 p. 468

<sup>488</sup> Aceris Law, Mesures conservatoires en arbitrage international, 11 Juillet 2021

<sup>489</sup> G. Born, Arbitrage commercial international (Deuxième édition, 2014), p. 2466

<sup>490</sup> G. Born, International commercial arbitration, Chapter 17 : Provisional Relief in International Arbitration, p.2485.

<sup>491</sup> G. Born, op. cit., p. 2470

de travail sur la loi type CNUDCI lui-même a eu tendance à considérer que le caractère irréparable était trop étroit comme qualificatif. Nous les rejoignons allégrement dans cette position dans la mesure où il est difficile de prouver qu'un préjudice est véritablement irréparable. En tout état de cause, cela réduit considérablement le champ d'application des mesures provisoires et leur efficacité. Il s'agirait plutôt d'évaluer les conséquences sur le demandeur des mesures provisoires si ces dernières n'étaient pas accordées<sup>492</sup>. Ainsi, dans une sentence rendue dans le cadre de l'affaire CCI N° 12361, le tribunal arbitral a notamment énoncé que : « *les arbitres doivent établir un équilibre entre le préjudice que subirait chaque partie si les mesures provisoires étaient ou non accordées* »<sup>493</sup>. Le fait d'accorder des mesures provisoires se définit selon le préjudice que cela pourrait entraîner pour chacune des parties.

**362. Interdiction de juger le fond du litige.** Surtout, les mesures provisoires ne doivent pas préjuger le fond du litige. Il s'agit de mesures temporaires visant uniquement à éviter des conséquences drastiques sur l'une des parties sans pour autant porter sur le fond. Il arrive même que le tribunal arbitral refuse d'accorder une mesure provisoire sur ce fondement. Ainsi, dans une affaire CCI n°14287, le tribunal arbitral a considéré qu'accorder une mesure provisoire auraient influencé « *manifestement la décision finale sur le montant des dommages et intérêts, le montant de la compensation du préjudice cause étant l'une des questions clés que doit adresser le tribunal arbitral au cours de cette procédure* »<sup>494</sup>. Ce positionnement est assez fréquent. Dans une seconde affaire CCI n°10648, le tribunal a considéré qu'une décision de rendre des mesures provisoires serait équivalente à une décision sur le fond entraînant « *une analyse complète de la relation contractuelle des parties (...) ne pouvait que faire partie de la décision finale sur cet aspect du litige* »<sup>495</sup>. La protection accordée par la mesure provisoire ne doit pas excéder la protection demandée à l'arbitrage, sinon il n'y aurait aucun intérêt à poursuivre le procès.

**363. Nature des mesures.** Il n'y a pas de définition précise, l'arbitre est compétent pour donner n'importe quelles mesures, ce qui est gage de souplesse et d'efficacité. La seule limite se traduit par les saisies conservatoires, les suretés judiciaires ou de façon général tout pouvoir de

---

<sup>492</sup> Howard M. Holtzmann, Joseph E. Neuhaus et al., Un guide du 2006 Amendements à la loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international: Historique législatif et commentaire (Kluwer Law International 2015), pp. 238, 273, 283, 312

<sup>493</sup> Sentence provisoire dans l'affaire CCI No.12361.

<sup>494</sup> Sentence finale dans l'affaire CCI No.14287

<sup>495</sup> . Sentence provisoire dans l'affaire CCI No.10648



contrainte exigeant l'imperium que l'arbitre n'a pas. La liberté des termes de l'article 1468 du CPC accroît l'efficacité de ces mesures puisque les arbitres peuvent librement les moduler, y ajoutant même potentiellement une astreinte.

- 364. Forme de l'octroi des mesures.** Les ordonnances octroyant une mesure traduisent-elles formellement une sentence arbitrale ? Si la réponse est positive, des recours sont possibles. En France, il s'agit d'une simple ordonnance de procédure. Certains auteurs considèrent qu'il faudrait qu'elles soient considérées comme des « *sentences provisoires* »<sup>496</sup>. En tout état de cause, la nature d'ordonnance de procédure n'en amoindrit pas moins l'efficacité qui sont généralement exécutées sans qu'une intervention du juge étatique ne soit nécessaire. Elles pourraient même perdre en efficacité du fait des voies de recours qui seraient ouvertes s'il s'agissait d'une sentence.
- 365. Mesures provisoires et efficacité de l'arbitrage.** Certaines mesures visent à directement garantir la bonne exécution de la sentence arbitrale. Cela est généralement relatif à des garanties constituées par l'une des parties afin que la demande ne soit pas « *rendue inutile à cause de la détérioration des finances de la partie opposée ou la dispersion délibérée de ses biens* »<sup>497</sup>. Pour autant, cette position n'est pas unanime et certains tribunaux arbitraux refusent l'octroi de ces garanties. Ainsi, dans une affaire CCI n°8307, le tribunal arbitral a considéré que pour que ces mesures soient accordés il faut que : « *la situation financière de la partie à laquelle il est réclamé de consentir une garantie doit être si précaire qu'elle engendre un risque qu'elle ne puisse pas assumer ses obligations résultant de la sentence et ne puisse pas rembourser les frais encourus par l'autre partie au cours de la procédure si un tel remboursement est ordonné par le tribunal arbitral.* »<sup>498</sup>. En ce sens, certains tribunaux commerciaux considèrent que l'endettement potentiel n'est pas un argument suffisant dans la mesure où il s'agit d'un risque dans toutes les procédures et qu'il ne s'agit pas d'un argument suffisant pour « *octroyer à l'une des parties plus de protection qu'elle n'en avait en vertu du contrat, en l'absence de preuve que l'autre partie s'engage dans la dispersion de son patrimoine pour éviter le paiement de ses obligations* »<sup>499</sup>. La jurisprudence arbitrale est donc divisée. Nous nous positionnons plus en faveur d'un octroi des mesures provisoires, puisque si l'insolvabilité est effectivement un risque dans toutes les procédures judiciaires, il n'en est

---

<sup>496</sup> J.-B. Racine, op. cit., p. 470

<sup>497</sup> G. Born, op. cit., p.2491

<sup>498</sup> Sentence provisoire dans l'affaire CCI No.8307

<sup>499</sup> Sentence provisoire dans l'affaire CCI No.12361

pas moins essentiel d'empêcher par tous les moyens légaux possibles la concrétisation de ce risque.

## **B. L'admission des mesures provisoires en droit marocain similaire à la position du droit français**

La doctrine marocaine compare souvent l'arbitrage au référé dans la mesure où les deux procédures cherchent à résoudre des litiges dans un délai restreint<sup>500</sup>. Cette comparaison n'a pas lieu d'être dans la mesure où le référé règle le litige dans un laps de temps extrêmement restreint, excédant au plus quelques jours, alors que l'arbitrage a une plus longue durée, à minima quelques mois. Le référé par ailleurs règle généralement uniquement un aspect urgent d'un litige, alors que l'arbitrage traite du différend entre les parties dans son intégralité et dans tous ses aspects. Les mesures conservatoires et provisoires en matière d'arbitrage sont consacrées par l'article 327-15<sup>501</sup> qui dispose que : « *Sauf convention contraire des parties, le tribunal arbitral peut prendre, sur demande de l'une des parties, toute mesure provisoire ou conservatoire qu'il juge nécessaire dans la limite de sa mission* ». Il s'agira de déterminer le pouvoir des arbitres d'accorder des mesures provisoires (**Paragraphe 1**), pour ensuite déterminer les caractéristiques entourant ces mesures (**Paragraphe 2**).

### Paragraphe 1: Le pouvoir des arbitres d'octroyer des mesures provisoires

- 366. Réticence doctrinale.** Une partie de la doctrine s'oppose à ce pouvoir des arbitres considérant que « *les arbitres ne disposent d'aucun pouvoir d'exécution sur les mesures qu'ils ordonnent. Ils ne peuvent donc en aucun cas autoriser des mesures coercitives et ne peuvent davantage procéder à l'exécution forcée des mesures qu'ils prononcent si les parties refusent de s'y soumettre de leur plein gré* »<sup>502</sup>. Il s'agit d'une position sévère qui considère que pour la simple raison que l'arbitre n'est pas doté de l'impérium, il ne peut avoir le pouvoir d'accorder des mesures provisoires, dont il ne pourra pas forcer l'exécution ultérieurement.
- 367. Conséquences négatives d'une telle position.** Une telle position est lourde de conséquences dans la mesure où si elle est appliquée, elle entraînerait une suspension de la procédure d'arbitrage dans le cas où une partie souhaiterait demander une mesure provisoire au juge

---

<sup>500</sup> M. Terrab, Observations concernant le référé, rev. Al Moulhak Al Kadai, n°36, mars 2003, p. 3

<sup>501</sup> Article 42 du Code de l'arbitrage ratifié le 13 juin 2022

<sup>502</sup> C. ASFAR in M. D. Toumilt & A. A. Toumilt, op. cit. . 325

étatique. Nous nous positionnons en faveur d'un octroi du pouvoir d'accorder des mesures provisoires à l'arbitre, les parties devant uniquement se tourner vers les juridictions étatiques pour en assurer l'exécution, ce qui conduit à une procédure efficace et allégée. Effectivement, sans cela, les effets pervers seraient conséquents dans la mesure où cet alourdissement de la procédure affecte l'une des principales visées des mesures provisoires, qui se traduit par le fait de prendre des mesures rapides du fait de l'urgence. Sans le pouvoir des arbitres de prendre ces mesures, une suspension de la procédure est nécessaire pour saisir le juge étatique, ce qui risque de l'allonger.

- 368. Argument doctrinal fondé sur l'économie de moyens.** Une autre partie de la doctrine rattache l'absence d'impérium à l'absence de l'autorité de chose jugée d'une sentence ou d'une ordonnance accordant des mesures provisoires dans la mesure où leur application ne peut être forcée. Cette doctrine semble hésitante vis-à-vis du pouvoir des arbitres en matière de mesures provisoires<sup>503</sup>. Il serait donc plus judicieux de formuler exclusivement auprès des tribunaux nationaux toute requête afin d'obtenir des mesures provisoires, puisque grâce à l'impérium des juges étatiques, la mesure sera dotée d'un caractère exécutoire.
- 369. Inefficacité de l'argumentaire.** Cet argument est peu probant dans la mesure où le tribunal arbitral peut en tout état de cause se tourner vers la justice étatique afin d'obtenir son soutien en matière d'exécution forcée. L'économie de temps et de moyen dicte de formuler la demande de mesures provisoires directement à l'autorité compétente pour connaître du litige, c'est-à-dire le tribunal arbitral, et de se tourner vers le juge étatique en cas d'urgence, si les parties ne s'exécutent pas volontairement.
- 370. Faveur doctrinale.** In fine, la majeure partie de la doctrine semble favorable à l'octroi du pouvoir d'accorder des mesures provisoires à l'arbitrage. Effectivement, certains auteurs considèrent que le juge des référés et le tribunal arbitral « *se situent sur un pied d'égalité puisqu'elles aspirent toutes les deux à un traitement rapide des affaires qui leur sont soumises* »<sup>504</sup>. Si, en leur essence, le rôle du juge des référés et le rôle de l'arbitre sont incomparables, ce rapprochement est intéressant dans la mesure où l'un des avantages de l'arbitrage est sa célérité, l'arbitre est donc préparé à traiter des affaires de façon plus rapide qu'un juge national. Cela le positionne donc favorablement pour pouvoir donner des mesures

---

<sup>503</sup> Le rôle du juge dans l'arbitrage commercial électronique, W. Charqi et N. Sabri, Revue Internationale du Chercheur, ISSN : 2726-5889, Volume 2, Numéro 1, p. 377-294, 2021

<sup>504</sup> M. Terrab, Observations concernant le référé, rev. Al Mouhlak Al Kadai, n°36, mars 2003, p. 3

provisoires ou conservatoires dans un temps restreint du fait de l’urgence induit par ces situations.

**371. Faveur légale.** Heureusement, le législateur n’a pas adopté cette position, accordant pleinement le droit aux arbitres d’ordonner des mesures provisoires et conservatoires. Toutefois, comme en droit français, l’arbitre ne peut pas le faire d’office, et l’octroi d’une demande provisoire doit être sujet à une demande préalable d’une des parties et ne pas empiéter les demandes au fond. Bien que ce ne soit pas précisé par la loi, nous pouvons imaginer que ces mesures doivent être urgentes et nécessaires pour préserver un bien ou une situation dans la mesure où il s’agit du fondement et de l’essence de ces mesures.

#### Paragraphe 2 : Les caractéristiques entourant ce pouvoir

**372. Absence d’impérium de l’arbitre.** De manière similaire au droit français, l’arbitre n’a pas d’imperium, tel qu’énoncé par l’article 327-15 du CPC<sup>505</sup>, la personne compétente pour accorder l’exécution forcée est le président de la juridiction compétente. La loi 08-05 est incomplète dans la mesure où elle ne précise pas les modalités encadrant les mesures provisoires en matière de saisie conservatoire.

**373. Dispositions non impératives.** L’article 327-15 du CPC indique que des mesures provisoires peuvent être prises par le tribunal, « sauf conventions contraires des parties ». Ainsi, les parties peuvent toujours déroger à cette disposition en prévoyant au sein de la convention d’arbitrage que l’octroi de mesures provisoires est interdit. Toutefois, nous ne recommandons pas d’écarter cette possibilité dans la mesure où certaines situations peuvent être urgentes, de telle sorte que seule la prise de mesures provisoires peut les solutionner efficacement. C’est par exemple le cas si une des parties entreprend des opérations économiques pour liquider ses actifs au détriment de la potentielle issue de la procédure arbitrale.

**374. Interdiction des mesures provisoires proprio motu.** L’article 327-15 du CPC précise également que les mesures provisoires ne peuvent être délibérément et spontanément octroyées par le tribunal arbitral. Effectivement, de telles mesures sont sujettes à une demande

---

<sup>505</sup> Article 42 du Code de l’arbitrage ratifié le 13 juin 2022 issu de Loi n° 95-17 relative à l’arbitrage et à la médiation conventionnelle, ratifiée le 13 juin 2022, BO 7099

formulée par une des parties. Une telle position se justifie dans la mesure où ces mesures ont pour objectif de résoudre une situation urgente découlant d'un risque imminent de dommages graves. Elles peuvent porter sur la conservation des biens et des actifs des parties, ce qui justifie qu'elles soient limitées à la demande de ces dernières du fait de leur caractère potentiellement invasif. Il faut que ces mesures soient strictement nécessaires à la protection d'un droit, et que l'urgence soit minutieusement analysée et retenue par le tribunal arbitral.

**375. Autonomie de la volonté des parties.** Par le biais de ce conditionnement des mesures provisoires à une demande des parties, l'importance de leur volonté est à nouveau soulignée. Le comportement des parties est au cœur de la procédure arbitrale et permet de la rythmer et de la faire avancer selon les demandes de ces dernières. C'est pour cela que leur bonne foi et leur loyauté tout au long de la procédure est essentiel pour sa bonne conduite.

**376. Application du régime général.** Nous pouvons légitimement en déduire que le régime général s'applique. Également, il n'y a pas de précision relative au type de mesures conservatoires ou provisoires accordées qui laisse à penser qu'aucune restriction n'est imposée aux arbitres, et qu'ils peuvent légitimement prendre tout type de mesures. Une fois de plus, le législateur a manqué l'occasion de préciser le régime dans la mesure où l'article 41 de la loi 95-17 reprend textuellement l'article 327-15 du CPC.

**377. Limitation temporelle du pouvoir de l'arbitre.** Une fois le tribunal arbitral dessaisi, il est logique qu'il n'est plus aucun pouvoir, en matière de mesures provisoires également. Effectivement, « *le dessaisissement de l'arbitre du contentieux arbitral, lui interdit toute intervention ultérieure. Plus particulièrement, il ne pourra pas intervenir au stade de l'exécution de la sentence* »<sup>506</sup>. Une telle position est évidente dans la mesure où le rendu de la sentence arbitrale découle sur le dessaisissement du tribunal arbitral qui ne peut plus exercer aucun pouvoir. En cas de situation d'urgence, il faudra se tourner vers le juge étatique pour formuler une demande de mesures provisoires.

**378. Concurrence des compétences.** Le juge marocain a une compétence concurrente à celle de l'arbitre. Effectivement, l'article 237-1 du CPC<sup>507</sup> retient qu'il est possible de saisir le juge

---

<sup>506</sup> F. Nammour, op. cit., p. 418

<sup>507</sup> Article 19 du Code de l'arbitrage ratifié le 13 juin 2022 issu de Loi n° 95-17 relative à l'arbitrage et à la médiation conventionnelle, ratifiée le 13 juin 2022, BO 7099

des référés avant ou pendant la tenue de la procédure arbitrale. La jurisprudence est également constante sur le principe en vertu duquel l'existence d'une convention d'arbitrage ne constitue pas un obstacle à l'intervention du juge des référés pour ordonner des mesures provisoires<sup>508</sup>. Cela ne préjudicie toutefois en rien au pouvoir concurrent de l'arbitre de rendre ses mesures<sup>509</sup>. Toutefois, cette compétence concurrente peut être gage d'insécurité, le juge des référés pouvant intervenir et contredire la position de l'arbitre. Nous prônons une exclusivité et une priorité au pouvoir de l'arbitre, assortie exclusivement d'un soutien du juge en cas d'urgence.

**Conclusion de la Section 2 :** Bien que non obligatoires, ces stipulations optionnelles sont en réalité nécessaires à l'efficacité de la procédure arbitrale dans la mesure où elles apportent des garanties supplémentaires à la résolution du litige, et à l'efficacité de l'application de la sentence dans le cas des mesures provisoires qui préservent le patrimoine des parties des potentielles dilapidations. Également, la combinaison de la clause d'arbitrage avec des clauses amiables de règlement des conflits permet potentiellement de limiter le coût et la durée de la procédure, en assouplissant la procédure. D'autre part, les clauses prévoyant l'octroi de mesures provisoires plaident en faveur de l'efficacité pratique de la procédure arbitrage, tout en limitant le potentiel développement de contentieux parallèles si les parties décident de demander l'octroi de mesures provisoires au juge.

**Conclusion du Chapitre 2 :** Le contenu de la convention d'arbitrage est essentiel à l'efficacité de cette dernière, dans la mesure où il permet d'en tracer les contours et la portée, ainsi que les limites. Les techniques rédactionnelles se multiplient et nous ne pouvons que recommander, pour assurer un objectif d'efficacité, que la convention d'arbitrage soit exprimée dans des termes larges lui assurant un champ d'application étendu, mais également précis, ne laissant aucune marge aux parties de mauvaise foi de s'engouffrer dans la brèche d'une maladresse rédactionnelle pour anéantir l'efficacité de la convention d'arbitrage. En droit marocain, comme en droit français, les considérations législatives semblent souples et efficaces, favorable à une large application de la convention d'arbitrage. Toutefois, les dérives

---

<sup>508</sup> Cour d'appel de commerce de Casablanca n°102/2007 du 20 février 2007, dossier n°5738/4/2006 ; l'ordonnance en référé du président du tribunal de commerce de rabat n°3/6 DU 01 mars 2007, dossier n°606/1/2007

<sup>509</sup> Arrêt de la cour d'appel de commerce de Casablanca n°1588/2002 du 11 juin 2002, dossier n° 374/4/2001 ; Arrêt n°852/2005, dossier n°657/2004, publié dans la revue Marocaine de la Médiation et d'arbitrage n°4, 2e édition, p.110

d'une jurisprudence toujours méfiante de l'arbitrage au Maroc amenuise le potentiel de l'efficacité de la convention d'arbitrage qu'octroie les considérations législatives.

**Conclusion de la Partie 1** : Les conditions de formation de la convention d'arbitrage sont gouvernées par des règles favorables à l'efficacité de la convention d'arbitrage. Effectivement, le formalisme est allégé, les causes de nullité appréciées de façon restrictives et le régime général est innervé par la souplesse. Le droit marocain peut être salué pour s'être considérablement inspiré du droit français, les deux régimes présentant de fortes similitudes. Ce rapprochement a eu lieu pour donner suite à l'adoption de la loi 08-05 en droit marocain qui a marqué un tournant du fait de son inspiration du droit français et des conventions internationales. Toutefois, certaines ombres subsistent du fait des maladresses rédactionnelles de certains articles, dont la lourdeur prête à confusion et donne lieu à une jurisprudence chaotique. Malheureusement, la nouvelle loi 95-17 ne semble pas avoir résolu ces zones d'ombres, et a maintenu la globalité du système tel qu'il était auparavant. Également, les juges marocains semblent parfois interprétés les dispositions législatives dans un sens de sévérité affectant l'efficacité de la convention d'arbitrage. Les recommandations que nous pouvons exprimer sont d'ordre théorique et pratique. Le législateur gagnerait à unifier le régime de droit interne et de droit international, pour éviter une lourdeur législative, et surtout à épurer certains textes excessivement longs qui prêtent à confusion. Sur le plan pratique, un changement des mentalités est nécessaire, sans lequel l'efficacité de l'arbitrage ne sera jamais optimale. Les juges marocains doivent en urgence cesser de considérer l'arbitrage comme un mode exceptionnel de règlement des litiges dont il faut se méfier, mais plutôt comme un mode juridictionnel parallèle. Ceci est d'autant plus important que le tribunal arbitral, n'ayant pas l'impérium, repose sur le juge d'appui étatique, sur plusieurs procédures, telle que les mesures provisoires, ou encore la désignation du tribunal arbitral que nous étudierons ci-dessous. Juge et arbitres ne doivent pas se considérer comme des ennemis, mais comme des modes juridictionnels complémentaires partageant le même objectif de résoudre des litiges et d'assurer la justice.

## **Partie II : L’application de la convention d’arbitrage**

Nous avons étudié la validité et l’efficacité de la convention d’arbitrage sous le prisme de sa valeur intrinsèque. Il s’agissait effectivement de présenter les mécanismes et les garanties permettant de préserver la convention d’arbitrage et de la consolider dans le cadre de sa nature contractuelle.

Toutefois, la convention d’arbitrage a une double nature, dans la mesure où elle a une visée juridictionnelle. La véritable efficacité pragmatique de la convention d’arbitrage se manifeste dans son application et donc par le biais des effets qu’elle peut produire. La convention d’arbitrage n’accomplit sa destinée qu’en s’appliquant aux parties et aux arbitres, pour aboutir à une procédure d’arbitrage, efficace, rapide et bien conduite, de telle manière qu’elle puisse déboucher sur une sentence arbitrale valide et effective. Une convention d’arbitrage valide mais ne produisant pas d’effets équivaut pragmatiquement à une convention d’arbitrage inefficace, ou pour le moins, inutile. Il s’agira donc dans cette partie d’étudier les effets de la convention d’arbitrage, à l’égard des principaux protagonistes, que sont les parties et les arbitres.

Nous allons également analyser les garanties et les mécanismes qui permettent d’assurer l’efficacité optimale de ces effets, afin d’éviter notamment que des parties ou des arbitres de mauvaise foi se délient de la procédure ou créent volontairement des obstacles à sa tenue. L’étude des effets de la convention d’arbitrage permet également d’analyser sa portée, et les contours de son rayonnement. D’une part, la convention d’arbitrage produit des effets à l’égard des parties (**Titre 1**) et d’autre part, elle est applicable aux arbitres (**Titre 2**). L’alliance de ces deux facettes permet d’atteindre une efficacité optimale.



## **Titre 1 :**

### **L’application de la convention d’arbitrage aux parties**

Il s’agit d’étudier les contours de l’efficacité de l’application de la convention d’arbitrage aux parties. Effectivement, une fois valide, la convention est alors applicable. Pour que son efficacité soit cristallisée, il faut que la convention d’arbitrage puisse avoir un champ d’application étendu pour qu’elle puisse rayonner en couvrant un large panel de litiges.

Une fois le champ d’application des litiges déterminé, et le litige né, il est logique que l’efficacité de la convention d’arbitrage ne puisse être stimulée sans la participation proactive des parties devant soumettre leur litige à l’arbitrage. Cette obligation de soumettre le litige à l’arbitrage présente deux facettes, une obligation positive de soumission à l’arbitrage, et une obligation négative d’interdiction de saisir les juridictions étatiques. Par ailleurs, peu d’obligations sont réellement efficaces sans la crainte dissuasive d’être sanctionnées en cas de manquement aux dites obligations. Il s’agira donc également d’étudier l’efficacité des sanctions en cas de violation de ces obligations. Tout au long de cet étude, le principe est le même, celui de l’application de la convention d’arbitrage aux parties. Néanmoins, l’une des majeures illustrations de l’efficacité de la convention d’arbitrage se traduit par l’admission de sa capacité d’extension et de transmission à des parties non-signataires (**Chapitre 1**).

Un dernier obstacle peut s’élever pour empêcher l’efficacité de la convention d’arbitrage. Il s’agit du cas particulier des immunités de juridiction et des privilèges d’exécution. Lorsqu’elles sont maintenues, ces privilèges peuvent réduire à néant la procédure arbitrage en amont, empêchant la compétence des juges, et en aval, en prévenant l’exequatur lorsque la partie condamnée est protégée par une immunité d’exécution. Il s’agit d’étudier la teneur de l’application de ses privilèges en arbitrage, ainsi que l’efficacité des mécanismes qui permettent de les contourner au bénéfice de la tenue de la procédure d’arbitrage (**Chapitre 2**).

## **Chapitre 1 : L'efficacité de l'effet obligationnel de la convention d'arbitrage**

Avant de déterminer les contours des obligations imposées par la convention d'arbitrage, il s'agit de déterminer les parties liées par cette dernière en analysant les contours de l'effet relatif qui permet de déterminer l'efficacité de son rayonnement. Nous pouvons parler d'efficacité *ratione personae*. Son corollaire est l'efficacité *ratione materiae*, visant à déterminer les dispositions entourant l'effet obligationnel de la convention d'arbitrage. Nous allons successivement étudier les contours de cet effet au regard du droit français (**Section 1**) et du droit marocain (**Section 2**).

### *Section 1 : L'efficacité de l'effet obligationnel en droit français*

Le principe de l'effet relatif est un principe communément admis dans les pays de droit civil qui ne fait pas l'objet de doute ou de controverse. Le droit français (**A**), et le droit marocain (**B**), l'ont ainsi bien ancré dans leurs systèmes. Il est intéressant à étudier en matière d'arbitrage, dans la mesure où l'efficacité de la convention d'arbitrage est telle qu'elle amène à ébranler la force de ce principe en multipliant les situations d'exceptions qui mènent à le remettre en cause.

#### **A. L'efficacité de la convention d'arbitrage à la lumière de son champ d'application *ratione personae* : étude de l'effet relatif**

De prime abord, la convention d'arbitrage s'applique aux parties du fait de l'effet relatif, principe bien établi en droit français (**Paragraphe 1**). En matière d'arbitrage plus particulièrement, la recherche de l'efficacité est telle que les exceptions à l'effet relatif sont florissantes, participant ainsi à l'extension du rayonnement de la convention d'arbitrage (**Paragraphe 2**).

##### Paragraphe 1 : Le principe de l'effet relatif

**379. Autosuffisance de la convention d'arbitrage.** La convention d'arbitrage est auto-suffisante en ce que sa simple conclusion entraîne cet effet obligationnel. Il n'est pas nécessaire de conclure une seconde convention pour consolider son efficacité. Ceci se justifie logiquement par la nature contractuelle de la convention d'arbitrage, et par le principe français de droit des contrats qu'est la force obligatoire du contrat, souvent présentée sous la locution latine « *pacta sunt servanda* ». Ce principe s'applique en droit international des contrats, il n'y a donc aucune difficulté à ce

qu'il soit applicable à la convention d'arbitrage<sup>510</sup>. Il n'y a pas besoin de rechercher la loi applicable à la convention d'arbitrage, la règle matérielle de droit international ayant effet en tout état de cause<sup>511</sup>. Une fois valablement conclue, la convention d'arbitrage constitue « *une norme obligatoire, elle s'impose aux parties, son non-respect est inconcevable, ses effets sont automatiques* »<sup>512</sup>. Ainsi, il n'y a pas besoin de conclure une seconde convention, la convention d'arbitrage est auto-suffisante et produit ses effets par sa propre conclusion. Cette obligation des parties de déférer à l'arbitrage les litiges auxquels la convention d'arbitrage est applicable constitue en droit français une règle matérielle de l'arbitrage international issue d'une règle transnationale de l'arbitrage international. Il s'agit donc un principe profondément ancré présentant une solide garantie à l'arbitrage.

**380. Effet relatif de la convention d'arbitrage.** La convention est donc obligatoire d'office, mais uniquement à l'égard des parties. Le principe de l'effet relatif veut que l'arbitrage soit uniquement applicable aux parties signataires de la convention d'arbitrage. Dans certains régimes, comme le droit suisse, la question des parties est traitée sous le prisme de la portée subjective de l'arbitrage ou du champ d'application *ratione personae*<sup>513</sup>. Dans d'autres systèmes comme le droit américain, il s'agit d'une question de formation et de validité de la convention d'arbitrage<sup>514</sup>. Quelle que soit la terminologie employée, le principe est le même : en matière d'arbitrage, similairement à tous les contrats, les droits et les devoirs prévus par la convention sont uniquement applicables aux parties signataires. Ce principe est admis par les conventions internationales, les législations, ainsi que les règlements institutionnels. En somme, il fait l'unanimité.

**381. Admission conventionnelle de l'effet relatif.** Effectivement, l'article (II) 1 de la Convention de New York admet de façon implicite que les conventions d'arbitrage sont effectives uniquement vis-à-vis des parties en désignant la convention d'arbitrage comme la convention « *par laquelle les parties s'engagent à soumettre leurs différends à l'arbitrage* ». La loi-type, en son article 25 retient que « *la compétence du Centre s'étend à tout différend d'ordre juridique découlant directement d'un investissement, entre un Etat contractant (ou toute subdivision ou*

---

<sup>510</sup> B. Goldman, La *lex mercatoria* dans les contrats et l'arbitrage internationaux : réalité et perspectives : JDI 1979, p. 475

<sup>511</sup> CA Paris, 20 avr. 1988 : Rev. arb. 1988, p. 570 et comm. J.-L. Goutal, p. 439

<sup>512</sup> Répertoire de droit civil Convention d'arbitrage – Effets de la convention d'arbitrage – Louis-Frédéric PIGNARRE – Décembre 2013 (actualisation : Juillet 2019)

<sup>513</sup> *Judgment of 19 August 2008*, DFT 4A\_128/2008, ¶4.1.1 (Swiss Fed. Trib.)

<sup>514</sup> *Arthur Andersen LLP v. Carlisle*, 556 U.S. 624, 630 (U.S. S.Ct. 2009)

*agence constitutive d'un Etat contractant désignée au Centre par cet Etat) et un ressortissant d'un autre Etat contractant, que les parties au différend consentent par écrit à soumettre au Centre ».* Ainsi, l'effet relatif est également consacré par la loi-type dans la mesure où cet article exige que les parties aient exprimé leur consentement à l'écrit.

**382. Admission de l'effet relatif en droit français.** Le droit français l'admet de façon plus indirecte en définissant l'arbitrage à l'article 1442 du CPC qui retient que « *la convention par laquelle les parties à un ou plusieurs contrats s'engagent à soumettre à l'arbitrage les litiges qui pourraient naître relativement à ce ou à ces contrats.* ». Le mot clé est le mot « parties », et en tout état de cause, le droit des contrats est d'une limpide clarté à ce sujet en France, il n'y a aucun doute sur l'admission de l'effet relatif en droit des contrats. Ainsi, pour qu'une convention d'arbitrage soit applicable et que la procédure arbitrale s'impose aux parties, il faut que ces dernières s'y soient engagées explicitement. Le principe est commun et trouve son fondement dans un principe basique de droit des contrats : l'arbitrage est un instrument contractuel liant les parties qui s'y sont engagées exclusivement. En tout état de cause, la convention d'arbitrage est un contrat qui est soumis aux grands principes régissant les contrats. Elle est donc soumise à l'article 1999 du Code civil qui retient que : « *Le contrat ne crée d'obligations qu'entre les parties. Les tiers ne peuvent ni demander l'exécution du contrat ni se voir contraints de l'exécuter.* ». De ce fait, la convention d'arbitrage ne peut se voir imposée aux parties, mais réciproquement, les parties ne peuvent en requérir les bénéfices.

**383. Soumission exclusive aux décisions du tribunal arbitral.** Ce principe a deux facettes. D'une part, seules les parties à la convention d'arbitrage sont liées par des obligations tirées de la convention d'arbitrage. D'autres part, cela signifie également que seules les parties doivent se soumettre aux décisions rendues par le tribunal arbitral ou par une juridiction étatique en application d'une convention d'arbitrage. Ainsi, un tribunal arbitral a analysé la question comme suit :

*"Contrairement aux litiges devant les tribunaux d'État où toute partie intéressée peut se joindre ou être adjointe pour protéger ses intérêts, dans l'arbitrage, seuls ceux qui sont parties à la convention d'arbitrage exprimée par écrit peuvent apparaître dans la procédure arbitrale, soit comme demandeurs, soit comme défendeurs. Cette règle fondamentale, inhérente à la nature*

*essentiellement volontaire de l'arbitrage, est reconnue internationalement en vertu de l'article II de la Convention de New York.*"<sup>515</sup>.

Cette décision est très intéressante puisqu'elle apporte une seconde justification au principe de l'effet relatif appliqué à l'arbitrage. Outre le fondement consensuel et contractuel, la seconde justification se traduit par le caractère volontaire de l'arbitrage. Contrairement aux juridictions étatiques qui s'imposent d'office, l'arbitrage ne peut exister sans la volonté des parties. En contrepartie, il est logique qu'il ne puisse pas non plus être imposé à des tiers qui n'ont pas expressément manifesté leur volonté d'y prendre part et consenti à la procédure encadrant ce mode de règlement des litiges qui est par définition exceptionnel, en ce qu'il ne constitue pas la norme légale est donc être consenti par voie contractuelle pour être valide.

**384. Exclusion des tiers.** Il ressort de ce principe de l'effet relatif que le tribunal arbitral ne peut, en principe, attirer un tiers à la procédure d'arbitrage. La compétence de l'arbitre est fondée sur la convention d'arbitrage, par le biais de laquelle des parties déterminées lui donnent le pouvoir de trancher leur litige. Si cette logique est suivie de façon sévère, aucun mécanisme ne devrait imposer aux tiers d'être partie à une procédure à laquelle elles ne se sont pas engagées. Toutefois, une position aussi sévère peut créer une situation de confusion, par exemple dans le cas où deux parties ont en parallèle des litiges face au tribunal arbitral, et d'autres litiges hors du champ de la convention d'arbitrage, soumis aux juridictions étatiques. Une telle approche serait inefficace dans la mesure où l'économie de moyens dicterait de consolider les litiges pour qu'un seul juge en connaisse. Nous verrons que plusieurs exceptions se sont développées, écartant la sévérité de l'effet relatif, au profit d'un rayonnement exponentielle de la convention d'arbitrage.

Paragraphe 2 : L'efficacité de la convention de l'arbitrage à l'aune des exceptions à l'effet relatif : le cas de l'extension et le cas de la transmission

**385. Exceptions à l'effet relatif : le cas des extensions dans des groupes de contrat.** Toutefois, ce principe de l'effet relatif a des limites qui transparaissent dans les possibilités d'extension de la convention d'arbitrage. Il s'agit ici de mesurer l'efficacité de l'arbitrage à la lumière de son champ d'application *ratione materiae* à travers un autre prisme : les groupes de contrat liant plusieurs parties. Effectivement, il arrive souvent, particulièrement dans le cadre d'arbitrages

---

<sup>515</sup> *Banque Arabe et Internationale d'Investissement v. Inter-Arab Inv. Guar. Corp., Ad Hoc Award of 17 November 1994, XXI Y.B. Comm. Arb. 13, 18 (1996)*

commerciaux internationaux liant des entreprises internationales, que des montages contractuels complexes soient mis en œuvre. Les parties peuvent conclure des contrats successifs ou des contrats cadre en raison des coutumes de leurs relations commerciales. La jurisprudence était assez contradictoire. En matière internationale, elle a d'abord été très libérale, considérant que :

« *La clause compromissoire insérée dans un contrat international a une validité et une efficacité propres qui commandent d'en étendre l'application aux parties directement impliquées dans l'exécution du contrat et dans les litiges qui peuvent en résulter, dès lors qu'il est établi que leur situation et leurs activités font présumer qu'elles ont eu connaissance de l'existence et de la portée de la clause d'arbitrage, bien qu'elles n'aient pas été signataires du contrat la stipulant* »<sup>516</sup>. Ainsi, cette position sous-tend une admission très large de l'extension de la convention d'arbitrage dans la mesure où il suffit de réunir les conditions de connaissance de la clause d'arbitrage et d'implication dans l'exécution du contrat sont vérifiées. Il s'agit d'une position très libérale puisqu'un large panel de partenaires économiques des parties peuvent facilement réunir ces conditions.

**386. Tempéraments jurisprudentiels.** Dans un second temps, la jurisprudence adoptait une position plutôt restrictive. La Cour de cassation retenait que « *l'application d'une clause compromissoire ne peut être étendue à des rapports d'obligation qui ne résultent pas de la convention où elle a été stipulée* »<sup>517</sup>. Il s'agit d'un revirement sévère qui écarte toute possibilité d'extension de la convention d'arbitrage.

**387. Recherche de la commune volonté des parties.** Par la suite, la Cour de cassation a privilégié le principe de droit de l'arbitrage qu'est la recherche de la commune volonté des parties, au détriment du principe de droit des contrats de l'effet relatif des conventions. Ainsi, si deux parties ont pour habitude de renouveler régulièrement un contrat contenant une clause compromissoire, alors il est tacitement admis que leur relation commerciale est gouvernée par l'arbitrage, bien que la stipulation de la clause compromissoire finisse par être omise à un moment<sup>518</sup>. L'approche jurisprudentielle est donc tout à fait favorable à l'efficacité de l'arbitrage.

---

<sup>516</sup> Société Korsnas Marma v. Société Durand-Auzias, CA Paris, Ch 1, 30 novembre 1988, (1989) 4 Revue de l'arbitrage, pp. 691 et ss ; voir également Société Ofer Brothers v. The Tokyo Marine and Fire Insurance Co ltd et autres, CA Paris, Ch 1, 14 février 1989, (1989) 4 Revue de l'arbitrage, pp. 691 et ss.

<sup>517</sup> Civ. 1<sup>ère</sup>, 16 juill. 1992, n°89-14.254, Bull civ. I, n°232; JCP 1992. IV. 2678

<sup>518</sup> CA Paris, 18 mars 1983, Rev. Arb. 1983, p. 491, note J. Robert

- 388. Exceptions à l'effet relatif : le cas des montages contractuels complexes.** L'effet relatif est écarté en matière d'arbitrage dans d'autres cas de figures. Il est alors clair que « dès qu'il concerne l'arbitrage, l'effet relatif est ... très relatif »<sup>519</sup>. Tout d'abord, c'est le cas s'agissant de montages contractuels complexes, lorsqu'une multitude de contrats conclus convergent vers une même opération ou transaction économique, il arrive que certains contiennent une clause compromissoire et d'autres non. La clause compromissoire s'étend-elle à l'ensemble du groupe de contrats ? Il s'agit d'une question touchant directement au champ d'application de la convention d'arbitrage.
- 389. Cas des contrats-cadres.** Pour les contrats-cadre, la jurisprudence arbitrale adopte une approche souple, libérale extensive, tout à fait favorable à l'efficacité de la convention d'arbitrage dans sa dimension *ratione materiae*<sup>520</sup>, alors même que cela va à l'encontre du principe de relativité des contrats. La doctrine conforte cette position, considérant que l'objectif du contrat-cadre est de « définir les conditions dans lesquelles de futurs contrats d'application seront conclus et exécutés »<sup>521</sup>. Ainsi, si une clause compromissoire est stipulée dans le contrat cadre, elle vise a fortiori à réguler les relations commerciales. Cette position est à relativiser dans la mesure où dès lors que différents contrats comportent des clauses d'arbitrage concurrentes, la position jurisprudentielle est plus prudente et exclusive<sup>522</sup>. Elle a tout de même déjà admis l'extension de la convention d'arbitrage à des contrats qui n'en contenaient<sup>523</sup> pas mais liés les mêmes parties en retenant le « caractère complémentaire » de ces conventions qui réalisent « une même opération globalement envisagée »<sup>524</sup>. Le critère est donc économique, les acteurs devant faire partie d'une même opération économique liée au litige pour que la convention d'arbitrage leur soit applicable.
- 390. L'admission de l'extension de la convention d'arbitrage par les juges étatiques.** La jurisprudence étatique renforce la position de la jurisprudence arbitrale, admettant l'extension de

---

<sup>519</sup> J.B. Racine, op. cit.

<sup>520</sup> T. com. Bobigny, 29 mars 1990, Rev. arb. 1992. 66, note Aynès. – Paris, 30 oct. 1989, Rev. arb. 1992. 90, note Aynès

<sup>521</sup> Répertoire de droit civil Convention d'arbitrage – Effets de la convention d'arbitrage – Louis-Frédéric PIGNARRE – Décembre 2013 (actualisation : Juillet 2019)

<sup>522</sup> C. Seraglini & J. Ortscheidt, Droit de l'arbitrage interne et international, Précis Domat Droit Privé, 2ème édition, para 715

<sup>523</sup> Sent. CIRDI des 4 et 9 févr. 1988, Soabi c/ Rép. du Sénégal : JDI 1990, p. 193, obs. E. Gaillard

<sup>524</sup> Synthèse - Arbitrage international : convention arbitrale Essentiel JurisClasseur Droit international Date de fraîcheur : 25 Janvier 2022 Essentiel Christophe Seraglini Professeur agrégé des facultés de droit - université Paris Sud 11- Paris Saclay

la convention d’arbitrage lorsque les contrats sont liés par une même opération économique<sup>525</sup> permettant d’en déduire une « indivisibilité conventionnelle »<sup>526</sup>. L’un des arguments de la jurisprudence française pour adopter cette approche se traduit par « le caractère accessoire »<sup>527</sup> du contrat sans convention d’arbitrage, par rapport au contrat qui en contient une<sup>528</sup>. Les juges ont ainsi pu considérer que :

*« A les supposer juridiquement indépendants, deux accords successivement conclus à quelques semaines d'intervalle et qui concernaient la vente et la reprise entre les mêmes parties d'une même marchandise ont constitué à l'évidence des conventions complémentaires ou à tout le moins connexes ; [...] il se déduit des liens économiques étroits existant entre les deux phases de l'opération dont la seconde n'était que la suite et la conséquence de la première, »<sup>529</sup>*

Ainsi, la jurisprudence se fonde ici sur des critères économiques et juridiques. D’une part, elle avance comme argument que les deux entités entretiennent une relation économique très étroite. D’autre part, les contrats en question sont connexes du fait de la complémentarité qu’ils exercent l’un envers l’autre. L’approche de la jurisprudence se fonde donc sur un faisceau d’indices qui permet in fine de conclure que la connexité entre les entités est telle qu’il est impossible en pratique de distinguer les questions litigieuses entre elles de celles qui lient les parties à la convention d’arbitrage.

**391. Approche doctrinale.** Pour MM. Seraglini, et Ortscheidt la jurisprudence « combine une analyse objective de l’objet des différents contrats et une analyse subjective de la volonté des parties pour vérifier, d’une part que les contrats sont intellectuellement liés, concourent à une même opération économique, se complètent ou se réalisent l’un par l’autre, et d’autre part que les parties ont entendu regrouper les contentieux éventuels pouvant naître de ces différents contrats »<sup>530</sup>. Il s’agit d’une position en faveur de l’efficacité portée par un raisonnement économique pragmatique et alimenté par le respect de la volonté des parties. L’essentiel est que les parties n’expriment pas explicitement leur volonté de limiter l’application de la convention

---

<sup>525</sup> Paris, 21 févr. 2002, Rev. Arb. 2002, p. 955, note F.-X. Train,

<sup>526</sup> C. Seraglini & J. Ortscheidt, op. cit. p. 242

<sup>527</sup> Synthèse - Arbitrage international : convention arbitrale Essentiel JurisClasseur Droit international Date de fraîcheur : 25 Janvier 2022 Essentiel Christophe Seraglini Professeur agrégé des facultés de droit - université Paris Sud 11- Paris Saclay

<sup>528</sup> Cass. 1re civ., 14 mai 1996, n° 93-15.138 : JurisData n° 1996-001836 ; Rev. arb. 1997, p. 535 . - CA Paris, 1re ch., sect. C, 29 nov. 1991 : JurisData n° 1991-024496 ; Rev. arb. 1993, p. 617, note L. Aynès

<sup>529</sup> Paris, 23 nov. 1999, Rev. arb. 2000. 501, note LI ; RTD com. 2001. 59, obs. Loquin

<sup>530</sup> C. Seraglini & J. Ortscheidt, op. cit. p. 243



d'arbitrage qui la contient, par exemple en introduisant des clauses de règlement des litiges incompatibles<sup>531</sup>.

**392. L'acceptation tacite de la convention d'arbitrage.** Un autre argument a été soulevé s'agissant de la validation d'une convention d'arbitrage à l'intérieur d'un groupe de sociétés, se justifiant par une présomption d'acceptation de la convention d'arbitrage. Une sentence CCI a ainsi retenu que :

*« Il y a lieu de s'en tenir à l'idée, conforme à l'esprit des contrats comme à la réalité économique, que ni le groupe A, ni son président, ni telle ou telle des sociétés membres de ce groupe, ne peuvent s'abriter derrière la rédaction de telles clauses particulières, interprétées littéralement et isolées du contexte de l'ensemble des accords, pour demander à être mises hors de cause dans un litige qui concerne directement le groupe ou l'organisation A. Ceci à moins qu'il ne soit établi, dans un cas donné, par celui qui s'en prévaut, qu'une interprétation formaliste s'impose et correspond à la volonté réelle des parties, interprétée de bonne foi, et à l'esprit de l'opération. ».*

Ainsi, à moins que la volonté réelle des parties interprétée à la lumière de l'opération manifeste du contraire, les clauses d'un contrat ne peuvent être appliquées de façon littérale et restrictive, et il s'agit d'aller au-delà de la lettre des contrats pour en saisir l'esprit afin de déterminer si telle ou telle entité peuvent être attirées à un litige. Il s'agit donc d'adopter une approche pragmatique et casuistique.

**393. Consécration de l'acceptation tacite de la convention d'arbitrage.** L'engagement au sein d'un groupe de sociétés sous-entend l'acceptation tacite du mode d'organisation, incluant l'approche adoptée pour la résolution des litiges, et donc par extension l'admission de la convention d'arbitrage. Toutefois une telle présomption est strictement conditionnée. La première condition est économique et se traduit par la réalité de « l'unité économique du groupe ». La preuve est difficile à rapporter, comme l'exprime M. Fadlallah : *« le groupe n'est pas seulement principe d'unité, il est aussi principe de diversité et de division du travail et organisation du cloisonnement de la responsabilité... »*<sup>532</sup>. Il faut que le groupe forme réellement un ensemble autour d'une

---

<sup>531</sup> Cass. 1re civ., 14 mai 1996, n° 93-15.138 : JurisData n° 1996-001836 ; Rev. arb. 1997, p. 535 . - CA Paris, 1re ch., sect. C, 29 nov. 1991 : JurisData n° 1991-024496 ; Rev. arb. 1993, p. 617, note L. Aynès

<sup>532</sup> I. Fadlallah, « Clauses d'arbitrage et groupes de sociétés », Travaux du Comité français de droit international privé, CNRS, 1984-85, p. 118

opération économique pour laquelle les intérêts de chaque société sont communs et alignés. Le second critère, d’ordre juridique, serait la volonté des parties qui se manifeste par le degré d’implication de chaque société vis-à-vis de l’opération litigieuse.

**394. Une jurisprudence foisonnante en matière d’extension de la convention d’arbitrage.** La jurisprudence Holiday Inn constitue un tournant en matière de reconnaissance de l’extension de la convention d’arbitrage, et il s’avère que l’une des parties est l’État marocain. Le contexte se traduit par une interruption de la construction d’hôtels de la chaîne Holiday Inn à Rabat et à Tanger, du fait de changements politiques ayant surgi au Maroc. Par suite de ces changements, des négociations ont été ouvertes avec le gouvernement marocain sans succès, difficulté à laquelle s’est ajoutée des cessations de paiement et un refus des autorités administratives d’accorder des autorisations. Holiday Inns S.A. et OPC ont déposé une requête d’arbitrage auprès du CIRDI, décidant d’agir en leur nom, mais également au nom de Holiday Inns Inc., qui constituait les quatre filiales marocaines, et au nom d’Occidental Hotels of Morocco, la filiale américaine d’OPC. Bien que le gouvernement marocain clame le contraire, le tribunal arbitral a considéré que les sociétés mères étaient légitimes à invoquer la clause compromissoire dans la mesure où elles avaient exécuté les obligations prévues par l’accord de base. Le tribunal, au-delà de l’argument économique avait recherché « la commune intention des parties »<sup>533</sup>, en se fondant sur des indices factuels, tel que la participation des sociétés à l’opération litigieuse. La Cour d’appel de Paris a adopté une position similaire lors de la célèbre affaire Dow Chemical, retenant que : « *la clause compromissoire expressément acceptée par certaines des sociétés du groupe, doit lier les autres sociétés qui, par le rôle qu’elles ont joué dans la conclusion, l’exécution ou la résiliation des contrats contenant lesdites clauses, apparaissent, selon la commune volonté de toutes les parties à la procédure.* »<sup>534</sup>. Une fois de plus, la volonté des parties traduit l’argument phare pour justifier de l’efficacité de la convention d’arbitrage. Certains éléments objectifs sont également à prendre en considération, tel que l’implication des sociétés dans les différentes phases de conclusion et d’exécution du contrat.

**395. Principe général d’extension de la convention d’arbitrage.** Au-delà du cas particulier des groupes de contrat, a émergé en arbitrage international un principe général d’extension de la clause compromissoire, la Cour d’appel de Paris ayant retenu que :

---

<sup>533</sup> Effets d’une convention d’arbitrage à l’intérieur d’un groupe de société, Matthieu de Boissésou, Bulletin Joly sociétés – n°12 – p. 999

<sup>534</sup> Cour d’appel de Paris, 21 Octobre 1983

*« La clause compromissoire insérée dans un contrat international a une validité et une efficacité propres qui commandent d’en étendre l’application aux parties directement impliquées dans l’exécution du contrat et dans les litiges qui peuvent en résulter, dès lors qu’il est établi que leur situation contractuelle et leurs activités font présumer qu’elles ont accepté la clause d’arbitrage, dont elles connaissaient l’existence et la portée, bien qu’elles n’aient pas été signataires du contrat qui la stipulait. »<sup>535</sup>.*

Ainsi, une formulation similaire a celle utilisée pour l’extension dans le cadre des groupes de contrat été transposée pour retenir la même solution s’agissant des parties qui ont concrètement œuvré à la conclusion ou à l’exécution du contrat, ce qui justifie une acceptation tacite de la clause.

**396. Ancrage de la solution.** Cette solution ancienne s’est maintenue, et a notamment été confirmée par le célèbre arrêt ABS<sup>536</sup>, inscrivant dans une jurisprudence constante la possibilité d’étendre la convention d’arbitrage aux tiers. Cette extension est fondée sur l’implication du tiers, qui doit être fondée sur des éléments de faits objectifs, et sur la recherche subjective de sa volonté. Du fait de ce critère d’intention véritable du tiers, le nécessaire consentement à la convention d’arbitrage n’est pas édulcoré. Ainsi, *« le tiers n’est tenu par la convention d’arbitrage que parce qu’il a adopté un comportement volontaire qui l’a fait nécessairement adhérer à ladite convention »<sup>537</sup>*. Cette solution a été maintenue jusqu’à aujourd’hui, notamment par un récent arrêt rendu le 23 juin 2020 par la Cour d’appel de Paris. Cet arrêt a repris une tournure similaire à celle de l’arrêt ABS, retenant que :

*« la clause compromissoire insérée dans un contrat international a une validité et une efficacité propres qui commandent d’en étendre l’application aux parties directement impliquées dans l’exécution du contrat et dans les litiges qui peuvent en résulter, dès lors qu’il est établi que leur situation contractuelle et leurs activités font présumer qu’elles ont accepté la clause d’arbitrage dont elles connaissaient l’existence et la portée, bien qu’elles n’aient pas été signataires du contrat qui la stipulait »<sup>538</sup>.*

---

<sup>535</sup> Paris, 28 nov. 1989, rev. Arb. 1990, p. 675, 1<sup>ère</sup> esp. Note P. Mayer

<sup>536</sup> Civ. 1, 27 mars 2007, Rev. Arb. 2007, p. 785 ; note J. El Adhab

<sup>537</sup> J.B. Racine, op. cit., p. 250

<sup>538</sup> CA. – Paris. – pôle 1, ch. 1. – 23 juin 2020. – n° 17/22943. – Sté Kout Food Group.

Ainsi, il s'agit d'un principe constant en droit français, qui illustre l'efficacité de la convention d'arbitrage du fait de la largesse et de la souplesse que peut englober l'expression « parties directement impliquées dans l'exécution du contrat », ce qui laisse une marge de manoeuvre d'interprétation importante à la jurisprudence.

**397. Limites.** Pour M. Racine, le seul bémol serait : « *la faiblesse de la règle de l'extension est de reposer sur une analyse fortement casuistique. Tout dépend en effet des circonstances de fait pour savoir si un tiers s'est ou non impliqué dans l'exécution du contrat.* »<sup>539</sup>. Nous le rejoignons sur ce point, dans la mesure où l'extension demeure malgré sa popularité une exception qui doit être approchée avec délicatesse et minutie à la lumière des éléments factuels d'une situation à l'autre. Toutefois, nous considérons que l'analyse casuistique se justifie dans la mesure où il s'agit d'une question délicate visant à imposer un mode de règlement des conflits à une partie non-signataire. Avant d'étendre une clause comportant d'aussi lourdes conséquences, le juge doit impérativement procéder à une minutieuse analyse des faits.

**398. La seconde exception au principe d'effet relatif : la transmission de la convention d'arbitrage.** La seconde hypothèse écartant l'effet relatif au profit de l'efficacité de la convention d'arbitrage est l'hypothèse de la transmission. Il s'agit d'une illustration importante de l'efficacité de la convention d'arbitrage, car il n'est même pas requis du tiers de manifester par son comportement de sa volonté de faire partie de la procédure d'arbitrage. La transmission s'effectue automatiquement, par le biais d'un contrat. Nous ne pouvons traiter exhaustivement de tous les cas de transmission, ce sujet pouvant à lui seul faire l'objet d'une thèse de doctorat, mais il s'agira de présenter le principe général à l'aune d'une illustration additionnelle de l'efficacité de la convention d'arbitrage.

**399. La transmission admise par la jurisprudence française.** Il s'agit d'un principe général admis par la Cour de cassation qui a reconnu que : « *la clause d'arbitrage international s'impose à toute partie venant aux droits de l'un des contractants* »<sup>540</sup>. Elle admet ici le principe de transmission aux ayants causes. La Cour de cassation va encore plus loin retenant la transmission de la clause compromissoire alors même que l'acte la transmettant n'est pas valide retenant que « *en matière internationale, la clause d'arbitrage, juridiquement indépendante du contrat*

---

<sup>539</sup> Journal du droit international (Clunet) n° 1, Janvier 2021, comm. 4  
Arbitrage international. – Convention d'arbitrage. – Conflit de lois (non). – Règles matérielles. – Contrat principal. – Exécution du contrat. – Extension de la clause compromissoire.  
Commentaire par Jean-Baptiste Racine

<sup>540</sup> Civ. 1, 8 févr. 2000, Rév. Arb. 2000, p. 281, note P.-Y. Gautier

*principal, est transmise avec lui, quelle que soit la validité de la transmission des droits substantiels* »<sup>541</sup>. Une telle position se justifie par le principe d'autonomie de la convention d'arbitrage qui survit à la nullité ou à l'inexistence de l'acte dans lequel elle est contenue. Il s'agit d'une illustration majeure du principe d'autonomie dans la mesure où il est applicable au cas particulier de la transmission de la convention d'arbitrage. Il ne s'agit pas d'une simple survivance à un contrat nul ou inexistant, mais à un acte translatif de droits dont les effets sont conséquents puisqu'il transmet un ensemble de droits à un individu. Nous saluons cette position louable qui illustre l'étendue que peut connaître la convention d'arbitrage.

**400. Cas des ayants causes universels.** Le cas le plus commun se traduit par la transmission de la convention d'arbitrage aux ayants causes universels. De façon générale, dès lors qu'une transmission de patrimoine contenant des droits est mise en œuvre, comme en cas de cession de contrat, de créance ou de subrogation, la potentielle clause compromissoire contenue dans le patrimoine est également transmise. La transmission a même été validé par la jurisprudence dans le cadre des chaînes de contrat, par un arrêt Peavey qui retenait que : « *dans une chaîne homogène de contrats translatifs de marchandises, la clause d'arbitrage international se transmet avec l'action contractuelle, sauf preuve de l'ignorance raisonnable de l'existence de cette clause* »<sup>542</sup>. Le principe est donc la transmission de la convention d'arbitrage pour les chaînes homogène de contrats translatifs, à la seule limite qu'une partie prouve sa méconnaissance de la clause, dont la preuve est difficile si elle est clairement stipulée dans des contrats échangés entre les différentes parties.

### **B. L'efficacité de la convention d'arbitrage à la lumière de son effet obligationnel : la soumission des litiges au tribunal arbitral**

Afin d'assurer l'efficacité de l'obligation pour les parties de soumettre leur litige à l'arbitrage (**Paragraphe 1**), il s'agit d'encadrer cette obligation de sanctions strictes (**Paragraphe 2**).

#### Paragraphe 1: L'obligation de soumettre un litige à l'arbitrage

**401. L'effet obligationnel de la convention d'arbitrage.** Une fois les parties déterminées, ces dernières doivent alors se conformer à leurs obligations, et soumettre le litige au tribunal arbitral. Le cœur de l'efficacité de la convention d'arbitrage se traduit par cette obligation de

<sup>541</sup> Civ. 1, 28 mai 2002, RTD com. 2002, p. 667, obs. E. Loquin

<sup>542</sup> Civ. 1, 6 fév. 2001, Rev. Arb. 2001, p. 765, note D. Cohen

soumettre les litiges au tribunal arbitral. Effectivement, bien que valide, la convention d'arbitrage trouve son expression et son sens dans son application aux parties, qui conduit à l'ouverture de la procédure. Motulsky exprime la nécessité de préserver cette obligation selon les termes suivants : « *La clause compromissoire se caractérise [...] par l'existence d'un engagement de compromettre ; elle est donc obligatoire ou n'est pas* »<sup>543</sup>. Une telle affirmation est à la fois juste, mais s'étend aujourd'hui hors du champ de la clause compromissoire ou du droit français, elle est unanimement reconnue, au niveau international, que ce soit pour la clause compromissoire ou pour le compromis. En somme, une fois la convention valide selon les conditions étudiées dans la première partie, elle débouche sur plusieurs effets, que sont l'effet positif du fait de la compétence des arbitres et de l'obligation des parties de soumettre leur litige à l'arbitrage, et l'effet négatif dans la mesure où elle dessaisit les tribunaux étatiques.

**402. Champ d'application ratione materiae de la convention d'arbitrage.** Une fois le champ d'application ratione personae établi, il s'agit de déterminer le champ d'application ratione materiae. En d'autres termes, les parties sont obligées de soumettre les litiges au tribunal arbitral, mais quels sont les litiges en question ? L'un des contentieux les plus importants en matière d'arbitrage se traduit par la question de savoir si la convention d'arbitrage s'applique à un contrat particulier ou à tous les types de réclamations contractuelles. Pour cela, il s'agit d'interpréter la convention d'arbitrage en application des articles V (1) C de la Convention de New York.

**403. Détermination de ce champ d'application dans les conventions internationales.** Cette obligation est définie dans la convention de New York dans l'un des premiers articles, l'article II (1) qui retient que les contractants s'obligent à soumettre leurs différends à l'arbitrage. ou encore par la Loi-Type CNUDCI en son article 7.1 qui énonce que : « *Une "convention d'arbitrage" est une convention par laquelle les parties décident de soumettre à l'arbitrage tous les différends ou certains des différends qui se sont élevés ou pourraient s'élever entre elles au sujet d'un rapport de droit déterminé, contractuel ou non contractuel.* ». Ainsi, la convention d'arbitrage est définie par le biais de l'obligation qu'elle fait naître chez les parties de soumettre leur litige à l'arbitrage.

---

<sup>543</sup> Sebastian Partida, op. cit., p. 464

- 404. Portée de la convention d'arbitrage.** Toutefois, ces conventions ne traitent pas expressément des questions relatives à l'interprétation de la portée des conventions d'arbitrage. Seulement, la Convention de New York, en son article V (I) sanctionne le dépassement du champ d'application de la sentence par le refus de l'exequatur. Cette position est confortée par l'article 4, paragraphe 1, du Protocole de Genève et par l'article II, paragraphe 3, de la Convention de New York. Le premier prévoit que, lorsqu'il existe une convention d'arbitrage valable, les tribunaux des États contractants "*renvoient les parties, à la demande de l'une d'elles, à la décision des arbitres.*" De même, l'article II, paragraphe 3, de la Convention de New York prévoit que : "*Le tribunal d'un État contractant, lorsqu'il est saisi d'une action dans une matière au sujet de laquelle les parties ont conclu une convention au sens du présent article, doit ... renvoyer les parties à l'arbitrage.*". Cette obligation est donc analysée dans son approche négative, à travers le prisme de l'interdiction des tribunaux étatiques de connaître des litiges entrant dans le champ d'application de la convention d'arbitrage.
- 405. Une portée tribulaire de la qualité rédactionnelle de la convention d'arbitrage.** Lors de la rédaction de la clause d'arbitrage, particulièrement la clause compromissoire qui anticipe les litiges, la qualité rédactionnelle est primordiale pour optimiser l'efficacité. Ainsi, il s'agit d'utiliser les termes les plus larges possibles, tout en étant clair et minutieux, afin de contrer la mauvaise foi des parties qui peuvent risquer de chercher à se soustraire de la convention d'arbitrage en invoquant le fait que leur litige n'entre pas dans le champ d'application prévue par les termes de la convention d'arbitrage. Ceci est d'autant plus important que les parties peuvent remettre en cause le champ d'application *ratione materiae* de la clause d'arbitrage non seulement devant le tribunal arbitral, mais également devant le juge étatique par le biais d'un recours en annulation. Il s'agit donc d'anticiper les nuisances potentielles pouvant réduire l'efficacité de la convention d'arbitrage. Pour asseoir la solidité et l'efficacité de la convention d'arbitrage, il s'agit de dissuader les parties récalcitrantes en instaurant un champ d'application tellement large que leurs contestations ne puissent avoir de fondement légitime.
- 406. Un champ d'application *ratione materiae* tribulaire de la volonté des parties.** En cas de contestation, le raisonnement est, une fois de plus, fondé sur la recherche de la volonté des parties, selon deux axes : dans un premier temps, il s'agit de déterminer la volonté des parties de se soumettre à l'arbitrage, et dans un second temps rechercher la véritable portée du champ d'application des litiges que les parties ont voulu soumettre à l'arbitrage, et en déduire si le litige en question entre dans ce champ d'application. Les parties doivent particulièrement faire

preuve de minutie et de méticulosité dans le cadre d'arbitrages ad hoc, dans la mesure où elles se retrouvent livrées à elles-mêmes, alors même que le règlement des arbitrages institutionnels peut toujours compléter les carences des parties. Généralement, la question se pose peu en pratique s'agissant des contrats « simples ». Les parties choisissent des clauses standards, ayant un champ d'application très large, tel que le modèle proposé par la CCI qui énonce tel que suit : « *Tous différends découlant du présent contrat ou en relation avec celui-ci seront tranchés définitivement suivant le Règlement d'arbitrage de la Chambre de commerce internationale par un ou plusieurs arbitres nommés conformément à ce Règlement.* ». Il est alors difficile pour une partie de prouver ou de justifier qu'un litige ne découle pas du contrat, et n'est pas non plus en relation avec lui. La jurisprudence a une position extensive vis-à-vis du champ d'application *ratione materiae* de la convention d'arbitrage, considérant que « *la convention d'arbitrage soustrait d'une manière générale le litige à la compétence des tribunaux judiciaires pour tout ce qui est en relation causale ou connexe avec son objet* »<sup>544</sup>. Il s'agit d'une position souple et libérale autorisant l'extension de l'application de la convention d'arbitrage. La jurisprudence arbitrale et étatique est favorable à l'arbitrage et redonne l'efficacité à des clauses rédigées de façon maladroites en se fondant sur des principes d'interprétation déjà envisagées préalablement<sup>545</sup>.

**407. La dimension subjective de la réalisation de l'effet obligationnel.** Une fois le champ d'application *ratione materiae* déterminé, la réalisation de l'effet obligationnel de la convention d'arbitrage repose sur la bonne foi et la proactivité des parties. Effectivement, il faut que les parties prennent l'initiative de saisir les juridictions arbitrales pour que l'efficacité se matérialise et qu'elles adoptent un comportement conforme au respect de la bonne conduite du procès arbitral. En somme, il faut qu'elles s'abstiennent de « *toute mesure susceptible d'avoir une répercussion préjudiciable à l'exécution de la décision à intervenir et, en général, ne laisser procéder à aucun acte, de quelque nature qu'il soit, susceptible d'aggraver ou d'étendre le différend* »<sup>546</sup>. Il s'agit non seulement de ne pas créer d'obstacles à la bonne conduite de la procédure arbitrale, mais également de faire preuve d'initiative et de coopération. L'obligation de bonne foi est par exemple légalement encadrée par le droit anglais, à l'article 40 de l'English Arbitration Act qui retient que : « *(1) Les parties font tout ce qui est nécessaire au bon déroulement et à la rapidité de la procédure arbitrale. (2) Il s'agit*

---

<sup>544</sup> Paris, 10 mars 1995, Rev. arb. 1996. 143, obs. Derains ; RTD com. 1996. 653, obs. Loquin

<sup>545</sup> C. Seraglini & J. Ortscheidt, op. cit., p. 236

<sup>546</sup> Sentence CCI n° 3896 ; JDI 1983, p. 914, spéc. p. 917



notamment (a) de se conformer sans délai à toute décision du tribunal concernant des questions de procédure ou de preuve, ou à toute ordonnance ou instruction du tribunal, et (b) le cas échéant, de prendre sans délai toute mesure nécessaire pour obtenir une décision du tribunal sur une question préliminaire de compétence ou de droit. »<sup>547</sup>. Ainsi, les rôles ont à la fois un rôle passif, en ce qu'elles doivent respecter les décisions du tribunal, mais également active, puisqu'elle joue un rôle dans l'avancement de la procédure en soumettant par exemple leur mémoire, de telle manière que les outils nécessaires à une prise de décision soient fournis au tribunal arbitral.

**408. La bonne foi en droit français.** En droit français, la bonne foi des parties est requise à l'article 1464 du CPC, en ses alinéas 3 et 4 : « *Les parties et les arbitres agissent avec célérité et loyauté dans la conduite de la procédure.* ». La bonne foi se manifeste ainsi selon deux axes, la célérité, qui peut se définir négativement par le fait de ne pas user de manœuvres dilatoires pour retarder la procédure, et la loyauté, qui se manifeste par un comportement conforme à la bonne tenue de la procédure. En tout état de cause, et en application du principe pacta sunt servanda, sans que l'obligation ne soit encadrée, légalement, tribunaux et institutions en droit comparé requièrent automatiquement des parties qu'elles soient coopératives et de bonne foi dans la conduite de la procédure arbitrale, et qu'elles se plient aux règles de procédure convenues et en collaborant de manière volontaire à l'organisation d'un processus arbitral efficace et équitable. Une telle position est cohérente avec le principe de célérité, qui est l'une des principales raisons pour lesquelles les parties choisissent l'arbitrage. Les grandes lignes de cette obligation de bonne foi ont pu être décrite comme : la participation à la constitution du tribunal arbitral, le paiement des honoraires des arbitres et de toute avance requise, la coopération avec les arbitres en ce qui concerne les questions de procédure ne pas entraver ou retarder le processus arbitral, respecter les obligations de confidentialité relatives à l'arbitrage, se conformer aux demandes de divulgation, aux ordonnances et aux sentences, nommer les arbitres, et établir les règles de procédure pour l'arbitrage<sup>548</sup>. La bonne foi est essentielle à l'efficacité de la tenue de la procédure dans la mesure où elle entraîne une réduction considérable des obstacles qui peuvent potentiellement émerger.

---

<sup>547</sup> Traduction libre.

<sup>548</sup> G. Born, 'Chapter 8: Effects and Enforcement of International Arbitration Agreements', in *International Commercial Arbitration (Third Edition)*, 3rd edition (© Kluwer Law International; Kluwer Law International 2021) pp. 1349 - 1422

- 409. Définition matérielle de l'obligation de soumettre le litige au tribunal arbitral.** Comme nous l'avons vu précédemment, les conventions internationales d'arbitrage et la plupart des législations nationales définissent l'obligation de soumettre son litige aux juridictions arbitrales dans sa dimension négative, par le biais de l'interdiction de saisir les juridictions étatiques en violation de la convention d'arbitrage. La Convention de New York et la plupart des lois nationales sur l'arbitrage reconnaissent expressément les effets négatifs des conventions d'arbitrage et prévoient l'application de ces obligations négatives.
- 410. Fondement de l'accord des parties.** Plus fondamentalement, les obligations négatives imposées par une convention d'arbitrage trouvent leur source dans l'accord des parties. Tout comme les obligations positives d'une convention d'arbitrage, les tribunaux sont tenus de reconnaître et d'exécuter ces obligations négatives, tant en vertu de la Convention de New York que de la plupart des lois contemporaines sur l'arbitrage. La Convention de New York trace les contours de cette obligation négative en sanctionnant la saisine des tribunaux étatiques en violation d'une convention d'arbitrage. Ainsi, les articles II (1) et II (3) de la Convention de New York enjoignent aux tribunaux étatiques de renvoyer ces litiges devant le tribunal arbitral. Une telle position est reprise par l'article 8 (1) de la loi type CNUDCI. Ainsi, il s'agit d'un engagement « *pas seulement à demander réparation par voie d'arbitrage dans le forum prescrit par la convention, l'aspect négatif (souvent silencieux) de la convention signifie que les parties s'engagent à l'obligation concomitante (négative) de ne pas demander réparation dans tout autre forum* »<sup>549</sup>. Cette obligation est un corollaire de l'obligation de bonne foi dans la mesure où les parties sont censées se comporter de façon honnête et demander exclusivement une réparation de leur préjudice.
- 411. Portée de la convention d'arbitrage.** Les contours de cette obligation négative dépendent de la portée de la convention d'arbitrage qui détermine les litiges susceptibles d'être soumis à l'arbitrage, et ceux qui sont exclus de son champ d'application. En tout état de cause, les effets négatifs d'une convention d'arbitrage viennent compléter les effets positifs de la convention d'arbitrage. Un tribunal judiciaire suisse a retenu que : " *l'effet principal d'une convention d'arbitrage n'est pas d'exclure la compétence des tribunaux étatiques, mais de transférer le droit de décision à un tribunal arbitral. [...] L'effet négatif, c'est-à-dire l'exclusion de la compétence des tribunaux étatiques, ne constitue qu'une conséquence de l'effet positif.* »<sup>550</sup>.

---

<sup>549</sup> *Vedanta Res. Holdings Ltd v. ZCCM Inv. Holdings PLC*, [2019] ZAGPJHC 250 (S. Gauteng High Ct.).

<sup>550</sup> *Judgment of 2 October 1931*, DFT 57 I 295, 305 (Swiss Fed. Trib.).

Ainsi, l'efficacité de la convention d'arbitrage repose principalement sur son effet positif, le reste traduisant les conséquences qui en découlent. Toutefois, cela n'en diminue pas moins la portée de l'effet négatif. Effectivement, ce dernier implique également l'obligation de ne pas entraver ou contourner la procédure d'arbitrage.

**412. Cas particulier des litiges mêlant arbitrage et contentieux national.** Un dernier cas de figure reste à envisager : celui où une procédure mêle des questions relevant de la compétence du tribunal arbitral et des problématiques relevant de la compétence des tribunaux étatiques. Aux Etats-Unis, une doctrine « d'entrelacement » s'est développée qui considère qu'il est plus efficace de consolider les litiges autour d'une seule et même procédure, et qu'il conviendrait donc de soumettre toutes les questions devant les tribunaux étatiques. Fort heureusement, les tribunaux américains ont rejeté cette option au motif qu'elle violait la Convention de New York et l'obligation de soumettre les litiges visés par la convention d'arbitrage aux tribunaux arbitraux<sup>551</sup>. A ce sujet, le droit français est louable en ce qu'il accorde un rayonnement considérable à l'efficacité de la convention d'arbitrage. Effectivement, la jurisprudence a affirmé la primauté de la compétence arbitrale en cas de litiges multipartites au sein desquelles certaines parties sont liées par une convention d'arbitrage et d'autres non. Certaines parties de mauvaise foi pourraient en profiter pour se délier de la convention d'arbitrage. A cela, la Cour de cassation répond que : « *si, en cas de pluralité de défendeurs, le demandeur peut à son choix assigner toutes les parties devant le tribunal de l'une d'elles, cette faculté n'existe qu'à la condition qu'il y ait une indivisibilité de toutes les actions et que les parties n'aient pas, par une clause de leur marché, entendu soustraire aux tribunaux, pour les soumettre à l'arbitrage, les contestations susceptibles de s'élever entre elles* »<sup>552</sup>. Ainsi, la possibilité est ouverte pour le demander d'assigner les différents défendeurs, dans la mesure où l'indivisibilité est prouvée et qu'il n'y ait pas de clause contraire. Une telle position a également pu être mise en application dans les cas d'appel en garantie, l'appelé en garantie lors d'une procédure judiciaire étatique pouvant invoquer l'opposition de la convention d'arbitrage<sup>553</sup>.

---

<sup>551</sup> 'Chapter 8: Effects and Enforcement of International Arbitration Agreements', in Gary B. Born, International Commercial Arbitration (Third Edition), 3rd edition (© Kluwer Law International; Kluwer Law International 2021) pp. 1349 - 1422

<sup>552</sup> Cass. 2<sup>ème</sup> civ. 3 mai 1957, Rev. Arb. 1957, p. 132

<sup>553</sup> Cass. Com., 8 nov. 1982, rev. Arb. 1983, p. 177, note J. Rubellin-Devichi

**413. Les limites de cet effet obligationnel.** L'obligation de se soumettre à l'arbitrage connaît toutefois des limites. La convention d'arbitrage étant fondée sur une volonté commune des parties, elles peuvent également communément s'en défaire. L'exemple le plus commun se traduit par une renonciation tacite, lorsqu'une partie présente le litige aux juridictions étatiques, et que le défendeur n'invoque pas l'incompétence des juridictions étatiques. Il y a ici une renonciation à l'arbitrage. Toutefois, cette renonciation n'est pas aussi aisée, et des garanties demeurent. La Cour de cassation française ajoute une condition de certitude pour confirmer la renonciation à la convention d'arbitrage, retenant qu'elle « *ne peut résulter que d'actes manifestant sans équivoque la volonté de renoncer* »<sup>554</sup>. Une telle position se justifie dans la mesure où il s'agit d'un engagement contractuel qui ne peut aisément se défaire, la renonciation devant être incontestable.

**414. La renonciation commune.** Cela a été entériné par la Cour de cassation qui a retenu que « *même si les règles régissant la compétence d'attribution des tribunaux ont un caractère absolu, les parties peuvent toujours d'un commun accord renoncer à la clause compromissoire* »<sup>555</sup>. Le mutus dissensus a un effet extinctif, dans la mesure où à compter de la date de la renonciation, la convention n'a plus aucun effet, au même titre qu'un terme extinctif. Toutefois, cette renonciation s'effectue elle-même dans des conditions strictes. Ainsi, le consentement des parties doit être certain, libre et éclairé, c'est-à-dire exempt de tous vices en application du droit commun des contrats. Bien que la renonciation tacite soit acceptée, la jurisprudence est particulièrement stricte sur la condition de la certitude, et exige que le consentement soit sans équivoque<sup>556</sup>. Dans cet arrêt, bien que les parties aient maladroitement rédigé la clause d'arbitrage, cette ambiguïté n'était pas suffisante pour « *effacer la volonté de recourir à l'arbitrage* »<sup>557</sup>. Il faut qu'il n'y ait aucun doute sur la volonté de renoncer à la clause d'arbitrage.

Nous avons donc déterminé les contours et les implications de l'effet obligationnel se traduisant par l'obligation pour les parties de soumettre leurs litiges à l'arbitrage. Comme toute obligation, pour que cette dernière atteigne sa pleine efficacité, il faut qu'elle soit

---

<sup>554</sup> Civ. 2, 2 févr. 1999, Rev. Arb. 1999, p. 299, 1<sup>ère</sup> esp. Note Ph. Pinsolle.

<sup>555</sup> Com. 5 janv. 1959, Bull. civ. III, n° 1

<sup>556</sup> Civ. 1re, 4 juin 2009, no 08-13.983, D. 2009. 2959, obs. Clay

<sup>557</sup> Civ. 1re, 4 juin 2009, no 08-13.983, D. 2009. 2959, obs. Clay

encadrée par des sanctions à la fois dissuasives et contraignantes, afin de décourager les parties à violer leur obligation, tout en redonnant l'efficacité à l'obligation le cas échéant.

Paragraphe 2: Les sanctions en cas de violation de l'obligation de soumettre les litiges au tribunal arbitral

**415. La nécessité d'établir des sanctions efficaces.** Toute obligation qui n'est pas assortie d'une sanction est rarement efficace. Effectivement, la crainte d'être sanctionné est le moteur qui motive l'humain à respecter ses obligations, et la dissuasion est l'un des principaux objectifs de la loi, ce qui justifie qu'elle soit assortie de sanctions. La question de l'efficacité est ici cruciale et pourtant elle n'est pas résolue. Effectivement, les conventions internationales semblent sanctionner la violation de l'effet négatif, par le biais du dessaisissement des juridictions étatiques, tel que vu précédemment, mais ne semblent pas réellement se prononcer sur la dimension positive de la convention d'arbitrage. Ainsi, l'article II (3) de la convention de New York énonce que : « *Le tribunal d'un Etat contractant, saisi d'un litige sur une question au sujet de laquelle les parties ont conclu une convention au sens du présent article, renverra les parties à l'arbitrage, à la demande de l'une d'elles, à moins qu'il ne constate que ladite convention est caduque, inopérante ou non susceptible d'être appliquée.* ». De façon équivalente, la loi type CNUDCI énonce en son article 8.1 que : « *Le tribunal saisi d'un différend sur une question faisant l'objet d'une convention d'arbitrage renverra les parties à l'arbitrage si l'une d'entre elles le demande au plus tard lorsqu'elle soumet ses premières conclusions quant au fond du différend, à moins qu'il ne constate que ladite convention est caduque, inopérante ou non susceptible d'être exécutée.* ».

**416. Sanction tribulaire du comportement des parties.** Les parties doivent donc agir de façon proactive en saisissant le tribunal étatique en violation de la convention d'arbitrage pour être sanctionnée. Il s'agit techniquement d'une sanction de l'effet négatif de la convention d'arbitrage. Quid de la sanction des parties qui n'ont pas soumis leur litige à l'arbitrage ? Aucune convention internationale ne se prononce sur ce point, à l'exception du Federal Arbitration Act qui en sa section 303, énonce que : « *Un tribunal compétent en vertu du présent chapitre peut ordonner que l'arbitrage ait lieu, conformément à la convention, en tout lieu prévu par celle-ci, que ce lieu se trouve à l'intérieur ou à l'extérieur des États-Unis. Le tribunal peut également nommer des arbitres conformément aux dispositions de la*

*convention.* »<sup>558</sup>. Ainsi, le tribunal a le pouvoir d'obliger les parties d'organiser un arbitrage en soumettant leur litige au tribunal arbitral. L'efficacité de la convention d'arbitrage gagnerait à la généralisation de ce mécanisme qui permet d'assurer la tenue de l'arbitrage indépendamment du comportement des parties. Sur le plan international, la généralisation d'un tel mécanisme est essentielle dans la mesure où les tribunaux de certains pays font preuve d'inefficacité s'agissant de la mise en œuvre des effets négatifs de la convention d'arbitrage, rendant ainsi les ordonnances d'exécution de l'obligation positive d'une convention d'arbitrage beaucoup plus importantes que dans des contextes purement nationaux.

**417. Le versement de dommages et intérêts.** Une seconde sanction de la violation de l'obligation de soumettre les litiges à l'arbitrage se traduit par le versement de dommages et intérêts, qui pourraient être régulés au sein de la convention d'arbitrage. Pour assurer l'exécution de l'obligation des parties, ces dernières pourraient préciser au sein de la convention une obligation de la soumission du litige au tribunal arbitral jusqu'à un certain délai à compter de la naissance du litige, au-delà duquel la partie défaillante devra verser des dommages et intérêts. Il s'agirait d'une sorte de clause pénale au sein de la clause compromissoire. Toutefois, il faut que le montant soit suffisamment conséquent pour décourager les parties de contourner leur obligation en versant une certaine somme d'argent. La doctrine n'approuve pas que l'inexécution de la convention d'arbitrage se résolve par le versement de dommages et intérêts dans la mesure où cela fragilise la visée juridictionnelle de la convention d'arbitrage. Effectivement, bien que l'exécution de la convention d'arbitrage soit une obligation de faire, qui en droit français se résout en dommages et intérêts, celle-ci est particulière du fait de son objet juridictionnel.

**418. Critiques doctrinales de la sanction du paiement de dommages et intérêts.** M. Racine définit ce dernier phénomène de « tigre de papier »<sup>559</sup>. Son argumentation repose sur la difficulté de mesurer monétairement le dommage, qui se matérialise par la perte de chance de traduire son litige devant le tribunal arbitral<sup>560</sup>. La partie pourrait notamment invoquer la perte de chance de se voir appliquer les bénéfices de la convention de New York, dans la mesure

---

<sup>558</sup> Traduction libre de la section 303 du Federal Arbitration Act, du 12 Février 1925, selon sa dernière version amendée le 15 Novembre 1990 et énoncée de la façon suivante : « [...] A court having jurisdiction under this chapter may direct that arbitration be held in accordance with the agreement at any place therein provided for, whether that place is within or without the United States. The court may also appoint arbitrators in accordance with the provisions of the agreement.[...] »

<sup>559</sup> J.-B. Racine, op. cit., p. 221.

<sup>560</sup> *ibid*

où cette dernière peut présenter des avantages considérables en matière d'exequatur vis-à-vis de ceux qui peuvent être octroyés par les juridictions nationales de certains pays, surtout s'il s'agit d'un pays étranger à la partie qui souhaite se voir appliquer la convention d'arbitrage. Il n'en demeure pas moins que la quantification d'une perte de chance de voir son litige résolu par l'arbitrage, sans déni de justice caractérisé, est une opération délicate et complexe puisqu'on ne peut présumer ni préjuger le résultat de la procédure. La doctrine semble partager la position de M. Racine, dans la mesure où MM. Seraglini et Ortscheidt considèrent que : « *l'allocation de dommages-intérêts en cas de méconnaissance par l'une des parties de son engagement serait en effet une sanction bien inadéquate* »<sup>561</sup>. Ainsi, il serait bien trop aisé pour les parties de se délier de la convention d'arbitrage uniquement en versant un certain montant pécuniaire. Il s'agit de privilégier des sanctions qui préservent l'efficacité de l'application de la convention d'arbitrage.

**419. Question des frais juridiques.** Cependant, les frais juridiques découlant de la nécessité de se constituer une défense face à une procédure devant les juridictions étatiques peuvent potentiellement être mis à la charge de la partie opposée. Le tribunal de la CCI a déjà rendu une sentence ordonnant à la partie ayant engagé des poursuites devant les tribunaux étatiques en violation d'une convention d'arbitrage de rembourser la partie opposée des frais engagés dans le cadre de la procédure juridictionnelle nationale, mais également de l'indemniser de tout montant équivalent à tout paiement auquel la juridiction étatique pourrait le condamner<sup>562</sup>. Il s'agit une fois de plus d'une quantification délicate dans la mesure où la défense en arbitrage engendre également des coûts, souvent considérables.

**420. L'efficacité de l'exécution en nature.** Pour ces raisons, la sanction la plus commune, et la plus efficace se traduit par l'exécution en nature. Pour autant, historiquement, elle n'a pas toujours fait l'unanimité. Ainsi, en droit romain, les dommages et intérêts via le paiement de la « *poena* » suffisaient à réparer la violation d'une convention d'arbitrage, sans pour autant la voir s'appliquer. De nombreux pays d'Amérique latine maintiennent cette position issue d'une méfiance historique vis-à-vis de l'arbitrage. La jurisprudence brésilienne, par exemple, considère qu'on ne peut forcer une partie à se soumettre à l'arbitrage. La responsabilité de la

---

<sup>561</sup>C. Seraglini & J. Ortscheidt, op. cit., p. 207

<sup>562</sup> Damages as a Sanction for Commencing Court Proceedings in Breach of an Arbitration Agreement Matthias Scherer (Editor in Chief, ASA Bulletin; LALIVE)/February 21, 2014 /1 Comment

partie ayant violé la convention d’arbitrage peut être retenue, mais sans pour autant que la réparation s’exécute par nature<sup>563</sup>.

**421. Justification de la position.** Une telle position demeure exceptionnelle, et le droit français retient évidemment la solution contraire. Effectivement, elle permet de garantir l’essence contentieuse de l’obligation en assurant sa matérialisation, et non pas en la compensant par un autre type de sanction. Elle est également pragmatique, puisque ses modalités techniques sont d’ores et déjà organisées par la convention d’arbitrage, s’agissant des modalités procédurales. Enfin, comme le note M. Partida, dans sa thèse de doctorat, une telle option permet de « *prévenir l’accumulation des différends en évitant d’ajouter au litige déjà né un différend relatif au préjudice qui résulte de la non mise en œuvre de la convention d’arbitrage.* »<sup>564</sup>. Il s’agit ainsi de la sanction la plus efficace puisqu’elle dissuade les parties de la contourner, tout en permettant l’application effective de la convention d’arbitrage du fait du déclenchement de la procédure arbitrale. L’exécution en nature est très simple. Il suffit qu’une partie de bonne foi enclenche la procédure d’arbitrage, sans que l’inertie de l’autre partie ne puisse l’en empêcher, en application de la force obligatoire du contrat.

**422. Une sanction efficace vis-à-vis de la mauvaise foi des parties.** Une fois la procédure enclenchée, en droit français, plusieurs mécanismes permettent d’assurer le bon déroulé de la procédure d’arbitrage, et de garantir l’efficacité de l’application de la convention d’arbitrage en cas d’obstruction d’une partie ou de manquement à ses obligations de bonne foi ou de loyauté. Nous l’avons vu précédemment, la mauvaise foi d’une partie ne peut empêcher la mise en œuvre de la procédure arbitrale et la formation du tribunal arbitral, du fait de l’intervention d’un tiers pouvant « forcer » la formation du tribunal arbitral. L’efficacité du régime français va encore plus loin en termes de procédure, puisqu’il est même possible de rendre des sentences « par défaut »<sup>565</sup>, c’est-à-dire en l’absence du défendeur, tant que le respect du contradictoire est respecté<sup>566</sup>. Il est à noter que le droit français n’encadre pas légalement le rendu de la sentence par défaut, alors que même que c’est le cas pour les procédures judiciaires en application de l’article 471 du Code de procédure civile.<sup>567</sup>

---

<sup>563</sup> V. Vicente Marota Rangel, V° “Brazil”, in ICCA International Handbook on Commercial Arbitration, p. 4, 1988 et les exceptions signalées.

<sup>564</sup> Sebastian Partida, op. cit., p. 454

<sup>565</sup> J.B. Racine, op. cit., . 521

<sup>566</sup> Il faut que les deux parties aient une information complète sur le déroulé de la procédure, la communication des écritures et des pièces, la date du procès.

<sup>567</sup> C. Seraglini & J. Ortscheidt, Droit de l’arbitrage interne et international, Précis Domat Droit Privé, 2ème édition, p. 8



- 423. Admission par des règlements institutionnels.** Toutefois, de nombreux règlements institutionnels l'admettent tel que le règlement de la CCI qui retient en son article 26 que : « *Si l'une des parties, bien que régulièrement convoquée, ne se présente pas sans excuse valable, le tribunal arbitral a le pouvoir de tenir néanmoins l'audience.* ». Une telle position est corroborée par la jurisprudence en arbitrage international, qui a pu retenir que : « *La sentence rendue par défaut n'est pas contraire à l'ordre public international si le défendeur a été dûment informé du déroulement de la procédure et n'a pas été dans l'impossibilité matérielle de se faire représenter devant le tribunal arbitral siégeant à l'étranger* »<sup>568</sup>. Ainsi, à partir du moment où l'absence du défendeur est de son fait volontaire, puisqu'il a été notifié et qu'aucun cas de force majeure ne s'est concrétisé, les exigences du procès équitable sont respectées et il n'y a pas d'objection légale à ce que la sentence soit rendue.
- 424. Le refus d'admettre les « anti-suit injunctions » en droit civiliste.** Une dernière sanction est possible, mais ne fait pas l'unanimité en droit comparé. Il s'agit des « anti-suit injunctions » ou injonction anti-poursuite, populaire en Common Law, mais peu répandu en droit civil, et inexistantes en droit français et marocain. Il s'agit d'injonctions ordonnées par les tribunaux étatiques afin de faire respecter une convention d'arbitrage en enjoignant à une partie de ne pas entamer ou de cesser une procédure judiciaire, en violation d'une convention d'arbitrage. Il s'agit d'un mécanisme très efficace pour empêcher la tenue de procédure parallèle, dans la mesure où la partie qui ne respecte pas l'injonction anti-poursuite s'expose à des sanctions. Cette technique est très populaire en Common Law mais demeure considérée par l'approche civiliste comme une atteinte à la souveraineté de l'Etat et comme une entrave au droit des parties d'accéder à la justice.
- 425. Consécration en Common Law.** L'argument contraire en Common Law a été soulevé par la chambre des Lords dans l'affaire *West Tanker*, lors de laquelle cette dernière a considéré qu'il s'agissait d'un « *outil précieux pour le tribunal du siège de l'arbitrage, exerçant une juridiction de contrôle sur l'arbitrage, car il favorise la sécurité juridique et réduit la possibilité de conflit entre la sentence arbitrale et le jugement d'une juridiction nationale* »<sup>569</sup>. L'argument de sécurité juridique peut se justifier dans la mesure où ils manifestent d'une véritable garantie assurant le respect de la convention d'arbitrage. En tout état de cause, ces

---

<sup>568</sup> Paris, 7 févr. 1991, Rev. Arb. 1992, p. 630, obs. J. Pellerin

<sup>569</sup> *West Tankers*, Judgment of 10 February 2009, para. 17.

injonctions semblent difficilement transposables en droit civiliste dans la mesure où la CJUE a pu considérer qu'elles violaient le règlement n°44/2001 du 22 décembre 2000 relatif à la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale. La CJUE a développé cette position dans les affaires Turner<sup>570</sup> et Gasser<sup>571</sup>, pour venir la confirmer dans l'affaire West Tankers<sup>572</sup>. Elle a fondé son raisonnement sur une analyse de l'objet du litige dans West Tankers, qui était en l'espèce une demande de dommages-intérêts relevant du champ d'application du règlement n°44/2001, pour en déduire que les questions annexes, telle que l'applicabilité de la convention d'arbitrage. La Cour a alors considéré que les sanctions anti-injonctions entravaient le droit des juridictions de statuer sur leur propre compétence et « *va à l'encontre de la confiance que les États membres accordent à leurs systèmes juridiques et à leurs institutions judiciaires respectifs et sur laquelle [...] le règlement n° 44/2001 est fondé* ». Ainsi, elle fonde son raisonnement sur l'atteinte exagérée qui est portée à la compétence des juridictions.

**426. Évolution réglementaire.** Par la suite, ce règlement a été remplacé par le Règlement n°1215/2012 du 12 décembre 2012 relatif à la compétence judiciaire, à la reconnaissance et à l'exécution des décisions en matière civile et commerciale. Ce règlement exclut l'arbitrage de son champ d'application, ce qui ne permet plus de s'en prévaloir pour rejeter les anti-suit injonctions, mais l'exclusion de ce mécanisme demeure inchangée. Ceci se justifie principalement par l'atteinte à la souveraineté des États que ces injonctions suggèrent. Également, une partie de la doctrine, considère que ce mécanisme nuit plus à l'arbitrage qu'il ne le sert puisqu'il « *place l'arbitre devant un dilemme : soit le risque d'inefficacité de sa sentence soit [p218] le risque d'une atteinte à l'autonomie de l'arbitrage. Bref, à terme cela conduit à une paralysie de l'arbitrage.* »<sup>573</sup>. Ces injonctions ont donc un effet pervers de paralysie de l'arbitrage alors même que leur objectif théorique est de préserver la procédure d'arbitrage. Ces arguments justifient que cette sanction n'a jamais été adoptée en droit français.

---

<sup>570</sup> Judgment of the Court of 27 April 2004 in the Case C-159/02 – *Gregory Paul Turner v Felix Fareed Ismail Grovit, Harada Ltd and Changeport SA*. (EU:C:2004:228) and Opinion of Advocate General Ruiz-Jarabo Colomer delivered on 20 November 2003 in the *Turner* case. The CJEU in *Turner* banned anti-suit injunctions where the Brussels Convention allocated jurisdiction.

<sup>571</sup> Judgments of the Court of 9 December 2003 in the Case C-11 6/02 – *Erich Gasser GmbH v MISAT Srl*. (EU:C:2003:657) and Opinion of Advocate General Léger delivered on September 2003 in the *Gasser* case.

<sup>572</sup> *West Tankers*, Judgment of 10 February 2009

<sup>573</sup> Lotfi Chedly, *L'efficacité de l'Arbitrage commercial International* (Volume 400), p. 217

**427. Efficacité de la méthode française.** Le point commun de toutes ces sanctions est leur objectif : empêcher que les tribunaux étatiques connaissent du litige arbitral et asseoir la compétence des tribunaux arbitraux. La Convention de New York propose également des sanctions plus « douces » que le droit français et ses mécanismes d'incompétence, se traduisant par la suspension des procédures devant les tribunaux nationaux. Ainsi, l'article II (3) exige que les juridictions nationales rejettent ou suspendent les procédures judiciaires ouvertes en violation d'une convention d'arbitrage. D'autres législations nationales préfèrent la suspension tel que l'Angleterre<sup>574</sup> ou le Canada<sup>575</sup>. Nous considérons que l'approche française est bien plus efficace puisqu'elle induit un rejet total de la procédure judiciaire, tandis qu'une simple suspension laisse une ouverture potentielle à la reprise de la procédure ultérieurement. Le principe demeure le même, il s'agit de préserver la compétence des tribunaux arbitraux de connaître des litiges entrant dans le champ d'application de la convention d'arbitrage.

**428. La non-reconnaissance des jugements étatiques.** Un dernier mécanisme efficace à la préservation de l'arbitrage se traduirait par une non-reconnaissance des jugements rendus à l'issue d'un procès tenu en violation d'une convention d'arbitrage international valide. Cette sanction est matérialisée par les articles II (1) et II (3) de la Convention de New York qui obligent les États signataires à renvoyer les parties à l'arbitrage lorsqu'une convention d'arbitrage est valide. La Suisse a illustré ce positionnement dans le cadre d'un litige au cours duquel le tribunal fédéral suisse a refusé d'annuler une sentence arbitrale dont l'annulation était fondée sur un motif de contradiction avec un jugement étranger qui avait lui-même été rendu en violation de la convention d'arbitrage. Le tribunal a alors retenu que :

*"Un tribunal d'un État étranger qui, nonobstant la présence des conditions de l'art. II de la Convention, ne renvoie pas les parties à l'arbitrage mais prend le litige en main, manque ainsi de compétence indirecte [nécessaire à la reconnaissance d'un jugement étranger] et sa décision ne peut être reconnue en Suisse, à moins que l'incompétence du tribunal arbitral ne soit déterminée par le tribunal lui-même ou dans le cadre d'une révision par une juridiction étatique."<sup>576</sup>*

---

<sup>574</sup> English Arbitration Act, 1996, para 9(4)

<sup>575</sup> Alberta International Commercial Arbitration Act, para 7

<sup>576</sup> Judgment of 19 December 1997, *Compañía Minera Condesa SA v. BRGM-Pérou SAS*, DFT 124 III 83, 86-87

Ainsi, le tribunal Suisse a sanctionné la méconnaissance de la convention d'arbitrage en aval, en refusant de reconnaître le jugement rendu en violation de cette dernière.

**429. Consécration jurisprudentielle française.** Une telle position est partagée par le droit français, qui l'a notamment retenu dans un arrêt rendu par la Cour d'appel de Paris, qui a refusé l'exequatur d'un jugement rendu par une Cour italienne en violation d'une convention d'arbitrage qui n'était pas manifestement nulle ou inapplicable<sup>577</sup>.

**430. Règlement en faveur de l'efficacité de l'arbitrage.** Il avait été préalablement suggéré que le Règlement CE 44/2001 interdisait aux parties signataires de refuser la reconnaissance d'un jugement rendu par un autre Etat membre, alors même que ces jugements auraient été rendus en violation d'une convention d'arbitrage valide et protégée par les dispositions de la Convention de New York. Une telle position aurait été cataclysmique pour l'efficacité de la protection des conventions d'arbitrage. Bien heureusement, ce règlement a été remplacé par le Règlement UE 1215/2012, qui précise explicitement qu'il n'entrave pas les obligations des États membres soumis à la convention de New York, et énonce même que la convention de New York prime sur ce règlement<sup>578</sup> ce qui suggère que la position préalable est écartée. Toutefois, il ne traite pas directement et explicitement de la question de la reconnaissance d'une décision d'un Etat membre en violation d'une convention d'arbitrage valide. Pour la doctrine : « *Le meilleur point de vue est que le règlement de refonte permettra au jugement d'une juridiction d'un État membre de l'UE (en violation de la convention de New York) de se voir refuser la reconnaissance par une autre juridiction d'un État membre de l'UE, comme la convention l'obligeait à le faire.* »<sup>579</sup>. Il s'agit donc d'une position équivalente à celle adoptée par la jurisprudence Suisse, qui protège la convention d'arbitrage en refusant de reconnaître les jugements pris en violation de cette dernière.

**Conclusion :** Ainsi, nous avons présenté l'efficacité de l'application de la convention d'arbitrage en droit français. Sans surprise, le droit français présente de nombreuses garanties,

---

<sup>577</sup> *Judgment of 15 June 2006*, 2007 Rev. Arb. 90, 94 (Paris Cour d'Appel), Note, Bollée; Debourg, *Imbroglia d'Outils de Résolution des Inconciliabilités de Décisions: Ordre Public International, Autorité de Chose Transigée et Perte de Fondement Juridique*, 2013 Rev. Arb. 420, 432. *But see Judgment of 28 March 2013, Sté Emirates Telecomm'ns Corp. v. Sté Planor Afrique*, 2013 Rev. Arb. 411, 415 (French Cour de Cassation)

<sup>578</sup> EU Regulation No. 1215/2012, Preamble, ¶12 & Art. 73(2)

<sup>579</sup> 'Chapter 8: Effects and Enforcement of International Arbitration Agreements', in Gary B. Born, *International Commercial Arbitration (Third Edition)*, 3rd edition (© Kluwer Law International; Kluwer Law International 2021) pp. 1349 - 1422

qui en font un modèle d'efficacité. D'une part, l'effet relatif connaît de nombreuses exceptions en matière d'extension et de transmission de la convention qui permettent un rayonnement *materiae personae* exceptionnel de la convention d'arbitrage, et multiplie les hypothèses de son application. D'autre part, l'obligation des parties de se soumettre à l'arbitrage et assortie d'une myriade de sanctions permettant d'assurer l'application de la convention d'arbitrage malgré les potentiels comportements de mauvaise foi des parties. A l'aune de ce modèle, il s'agira d'étudier les contours de la législation marocaine afin de comprendre si elle est conforme aux standards internationaux, et le cas échéant, formuler des suggestions pour pallier les carences.

### *Section 2 : L'efficacité de l'effet obligationnel en droit marocain*

L'effet obligationnel est également admis en droit marocain (A), mais n'est pas exempt de limites (B).

#### **A. Les contours du principe de l'effet relatif**

Le droit marocain est similaire au droit français dans la mesure où il s'agit de deux systèmes faisant partie de la famille du droit civiliste, et que le droit marocain est historiquement inspiré du droit français. De ce fait, les grands principes en matière de droit des contrats sont souvent semblables en droit marocain et en droit français. C'est ainsi le cas de l'effet relatif. Il s'agit donc d'étudier la portée de l'efficacité de l'effet relatif en droit marocain (**Paragraphe 1**) et ses exceptions (**Paragraphe 2**).

##### Paragraphe 1 : Le principe de l'effet relatif

- 431. Un principe bien assis en droit marocain.** L'article 228 du DOC énonce que « *les obligations n'engagent que ceux qui ont été parties à l'acte : elles ne nuisent point aux tiers et elles ne leur profitent que dans les cas exprimés par la loi* ». Le principe est très clair en droit marocain, à l'instar de l'article 1199 du Code civil : le contrat s'applique exclusivement aux parties, et ne créent des obligations uniquement entre elles. Au niveau international, le Maroc est également signataire de la convention de New York dont l'article II retient que les conventions d'arbitrage internationales sont contraignantes uniquement pour les parties qui s'y engagent, ce qui renforce le poids de l'obligation sur le territoire marocain. L'importance de l'effet relatif s'est également illustrée en matière d'arbitrage maritime, par un arrêt qui a rappelé que la convention d'arbitrage insérée dans un « contrat maritime » était uniquement

applicable au fréteur et à l’affréteur, mettant ainsi de côté le destinataire de la marchandise<sup>580</sup>. Ainsi, alors même que ce dernier est un protagoniste central de l’opération économique, la jurisprudence marocaine a effectué une application stricte et littérale de l’effet relatif de la convention d’arbitrage en l’imposant exclusivement aux signataires de cette dernière.

- 432. Illustrations jurisprudentielles.** Enfin, ce principe a été admis de façon constante par la jurisprudence qui retient régulièrement que : « *l’autorité dont bénéficient les contrats est relative. Elle ne saurait, par conséquent, être invoquée qu’à l’égard des contractants* »<sup>581</sup>. Il s’agit d’une énonciation claire et classique du principe de l’effet relatif. Un tel positionnement est de toute évidence applicable à la convention d’arbitrage du fait de sa nature contractuelle. Il n’y a aucune discussion à ce sujet, ce principe est admis de façon constante et reflétant le droit français à tout point de vue.

Paragraphe 2 : Les exceptions à l’effet relatif au bénéfice d’efficacité de la convention d’arbitrage

- 433. L’admission de la transmission de la convention d’arbitrage.** La jurisprudence marocaine s’aligne sur la jurisprudence française dans la mesure où elle admet qu’une transmission de droits ou de patrimoine contenant en son sein la convention d’arbitrage inclut la transmission de cette dernière. Ainsi, la Cour d’appel de commerce de Casablanca a déjà eu l’occasion de s’exprimer dans le cas particulier de la subrogation, admettant qu’une compagnie d’assurance pouvait être atraite à une procédure d’arbitrage, alors que la clause compromissoire a uniquement été signée par l’assurée. Effectivement, la Cour a retenu que :

*« Attendu qu’en ce qui a trait au moyen soulevé par l’appelante consistant à affirmer que la clause d’arbitrage ne peut avoir d’effet qu’à l’égard des contractants, il est avéré que les appelantes ont formé l’action en justice dans le cadre de la subrogation et que parmi les demanderesses se trouve la compagnie Sonasid, signataire au contrat contenant la clause compromissoire invoquée. Il en résulte alors que cette exception est également écartée. »*<sup>582</sup>.

---

<sup>580</sup> CS civ., 2 nov. 1965, RACS, matière civile, t. II, p. 286

<sup>581</sup> CS civ., 4 oct. 1994, RJCS, n° 47, juillet 1995, p. 166

<sup>582</sup> CAC Casablanca, arrêt n° 3723/2010, 16 juill. 2010, doss. n°4637/2009/14, rapp. par O. AZZOUGAR et A. EL ALAMI, Guide pratique de l’arbitrage au Maroc, Annajah Al Jadida, 1ère éd., 2012, p. 39-40

Il s'agit en l'espèce d'une subrogation conventionnelle. Or, l'article 12 du DOC retient à ce sujet que « *La subrogation conventionnelle a lieu lorsque le créancier, recevant le paiement d'un tiers, le subroge aux droits, actions, privilèges ou hypothèques qu'il a contre le débiteur ; cette subrogation doit être expresse et faite en même temps que le paiement.* ». Ainsi, il est indiqué par cette disposition que la subrogation implique une subrogation aux droits de la personne, ce qui implique également le droit d'action induit par la convention d'arbitrage. La question de la subrogation fait écho en droit français à la question de « *la circulation juridique de la convention d'arbitrage* »<sup>583</sup>. Le raisonnement est le même qu'en droit français, qui considère que lorsqu'une victime agit contre un assureur elle est exercée le droit de l'assuré, dont il bénéficie du fait de la conclusion du contrat d'assurance. Si ce contrat est transmis, cette transmission s'effectue avec l'ensemble des droits, dont la convention d'arbitrage. La Cour de cassation française a par ailleurs retenue une position similaire dans le cadre d'un arrêt récent<sup>584</sup>.

**434. L'admission de l'extension de la convention d'arbitrage.** La majeure partie des exemples sont toutefois relatifs à l'extension de la convention d'arbitrage en matière de groupes de sociétés. Ainsi, la même cour<sup>585</sup> a retenu dans une autre affaire que :

*« Attendu que tant que la société SBS dispose de la faculté de transmettre les effets de cette convention à toute filiale lui appartenant, ladite convention produit tous ses effets à l'égard de l'appelante et de ce fait, la résolution de tout litige découlant ou en rapport avec ladite convention demeure obligatoirement soumise à l'arbitrage eu égard aux stipulations de l'article 12 de ladite convention ».*

Il s'agit d'un cas particulier, dans la mesure où il y avait une convention signée par les parties qui octroyait la possibilité de transmettre l'arbitrage à toute filiale ou société soumise à son contrôle ce qui justifiait la transmission. Il ne s'agit donc pas exclusivement d'une analyse factuelle et casuistique classique applicable aux cas d'extension de la convention d'arbitrage, dans la mesure où un élément contractuel apporte un indice probant, indiquant que les parties principales à l'affaire se sont concertées pour transmettre la convention d'arbitrage aux filiales de la société SBS, dont celle qui conteste la convention d'arbitrage. Toutefois, la question du

---

<sup>583</sup> C. Seraglini & J. Ortscheidt, op. cit., p. 710

<sup>584</sup> Cass. Civ. 1, 19 décembre 2018, n° 17-28951

<sup>585</sup> CAC Casablanca, arrêt n° 3361/2009, 04/06/2009, doss. n° 2820/08/10, non publié. Rapporté par, O. AZZOUGAR et A. EL ALAMI, op. cit., p. 40-41

consentement demeure intacte, dans la mesure où si les parties se sont mises d'accord sur cette extension, la filiale en question ne l'a pas approuvé, et rien ne nous permet de déterminer à partir des faits d'espèce, que le comportement de la filiale a été tel qu'il a manifesté d'un consentement tacite à la convention d'arbitrage, en ayant participé à la négociation ou à l'exécution du contrat contenu la convention d'arbitrage comme cela est retenu par la jurisprudence Dow Chemical.

**435. Souplesse de la jurisprudence marocaine.** La jurisprudence marocaine est plus libérale, puisque le comportement de la société tierce n'est même pas pris en considération, tant que la société mère a décidé d'étendre un certain contrat à cette dernière. Il serait intéressant d'analyser cette affaire sur le terrain de la clause de référence, la société filiale ayant potentiellement signé un contrat se référant, au contrat litigieux qui contient la convention d'arbitrage. Les faits d'espèce ne nous permettent pas d'établir une telle déduction. Bien que louable du fait de l'efficacité du rayonnement de la convention d'arbitrage qu'elle effectue, il s'agit d'une position dangereuse du fait de la « légèreté » de l'argumentation de la jurisprudence pour procéder à des opérations lourdes de conséquences juridiques, comme l'extension d'une convention d'arbitrage.

**436. Consécration de l'extension de la convention d'arbitrage.** Les juges marocains se sont prononcés à ce sujet pour la première fois par le biais d'un arrêt rendu par la Cour d'appel marocaine, au sujet de la célèbre affaire Fives FCB v. Ynna Holding. Par suite d'une rupture de leurs relations commerciales, Fives FCB a porté le litige devant un tribunal arbitral en application de la clause compromissoire, signée par Fives FCB et Ynna Asment, en attirant également la société mère Ynna Holding, alors même qu'elle n'était pas signataire de la clause compromissoire. Le tribunal a rendu une sentence le 21 septembre 2011, en consacrant l'extension de la clause compromissoire à la société mère. Cette dernière n'ayant pas voulu exécuter la sentence, le tribunal de commerce de Casablanca a été saisi aux fins d'exequatur, à laquelle il a répondu favorablement exclusivement à l'égard d'Ynna Asment, refusant ainsi l'extension. La Cour d'appel<sup>586</sup> a alors cassé cet arrêt et admis l'extension au motif que :

*« dès lors qu'il apparaît à partir des faits du litige que des personnes, n'ayant pas préalablement signé la convention d'arbitrage, ont eu un rôle effectif dans la conclusion,*

---

<sup>586</sup> C.A.C, arrêt n° 220, en date du 15 Janvier 2015, doss. n° 2669/8224/2013



*l'exécution, ou la résiliation du contrat contenant ladite convention, ces dernières deviennent parties et se trouvent concernées par celui-ci ainsi que les différends susceptibles d'en découler et se voient étendre la convention d'arbitrage sans que cela ne contrevient pour autant à l'ordre public interne ou international ou ne porte préjudice à l'effet relatif des contrats ou l'exigence de l'écrit de la convention d'arbitrage ».*

Ainsi, l'argument principal de la Cour d'appel se traduit par le « *rôle effectif dans la conclusion, l'exécution ou la résiliation du contrat* ». Il ne s'agit donc pas d'une position de portée générale pour toutes les sociétés mères. Implicitement, la Cour a également consacré le principe de l'extension de la convention d'arbitrage à une partie non-signataire sur le fondement du consentement implicite dégagé par la théorie des groupes de sociétés. Elle s'est fondée sur divers arguments de fait et de droit, tel que la détermination de l'unité de production de l'usine, qui constitue l'objet du litige, et qui a été décidée par la société mère, le fait que l'exécution du contrat est à l'origine de la société mère, de même qu'elle a considérablement financé le projet. Enfin, l'argument clé se traduit par le fait que la rupture du contrat, qui est à l'origine du litige, a également été une décision de la société mère. Ce faisceau d'indices prouve bien que la société mère a été au cœur de l'origine du litige, et que par son comportement, il a pu être considéré qu'elle accepte tacitement la convention d'arbitrage.

**437. Extension de la jurisprudence en droit interne.** La question a pu se poser d'étendre cette position à l'arbitrage interne en droit marocain. Ni la loi, ni la jurisprudence ne se sont prononcées à ce sujet. Si l'on s'en tient à une interprétation stricte de l'article 228 du DOC, l'extension n'est pas possible puisque ce dernier retient que : « *les obligations n'engagent que ceux qui ont été parties à l'acte : elles ne nuisent point aux tiers et elles ne leur profitent que dans les cas exprimés par la loi* ». L'effet relatif est également indirectement consacré dans la loi d'arbitrage, qui retient que « *les sentences arbitrales, mêmes assorties de la décision d'exequatur, ne sont pas opposable aux tiers* ». Également, en droit de l'arbitrage interne, un engagement écrit est requis, il semble donc difficile d'envisager une extension de la clause d'arbitrage.

**438. Justification de l'extension.** Ainsi, le Maroc semble s'inscrire dans la lignée internationale favorable à l'extension de la convention d'arbitrage aux parties non-signataires. Cette position est louable conformant la jurisprudence marocaine aux standards internationaux s'agissant de l'efficacité et de la sécurité entourant la convention d'arbitrage international. Les parties n'ont

pas à s'inquiéter en matière d'exequatur sur le territoire marocain si une partie soulève le refus de s'exécuter en ce qu'elle n'est pas partie à la convention d'arbitrage.

**439. Fondements de l'extension.** Que ce soit en droit français, en droit marocain ou plus généralement en droit comparé, plusieurs fondements ont cherché à justifier l'extension et la transmission de la convention d'arbitrage, tel que le caractère accessoire de la convention d'arbitrage, mais à notre sens, ce fondement n'est pas crédible dans la mesure où l'autonomie de la convention d'arbitrage est au cœur de son essence, elle ne peut donc pas être considérée comme accessoire quand « cela nous arrange ». A cela, la doctrine a répondu qu'il s'agissait d'un accessoire non pas du contrat, mais du droit d'action<sup>587</sup> En réalité, le fondement le plus probant est celui de « l'objectif de politique juridique »<sup>588</sup> qui se traduit par « la recherche d'une efficacité maximale de la convention d'arbitrage international. »<sup>589</sup>. Il s'agit d'une approche pragmatique, en vertu de laquelle les solutions s'adaptent en convergeant vers un même objectif, celui de la recherche d'une efficacité maximale. Tel que très bien résumé par un auteur : « *la recherche de l'efficacité de la convention d'arbitrage a (...) été le moteur de l'évolution de son régime juridique, au prix, parfois, de certaines contorsions théoriques. Le pragmatisme l'a donc emporté* »<sup>590</sup>. Ainsi, en matière d'arbitrage, la priorité est accordée à l'esprit de la convention et à la recherche de son efficacité au détriment de la stricte lettre.

## **B. Les contours de l'effet obligationnel**

Il s'agira de déterminer la portée de cet effet qui est en réalité assez traditionnel reprenant les modalités énoncées en droit français (**Paragraphe 1**), pour ensuite en dessiner les limites (**Paragraphe 2**).

### Paragraphe 1: La portée de l'effet obligationnel

**440. La double facette de l'effet relatif.** De façon équivalente au droit français, en matière d'arbitrage, l'effet relatif induit une facette positive qui se traduit par la compétence des arbitres pour connaître des litiges entrant dans le champ d'application de la convention d'arbitrage et l'obligation de soumettre ses litiges au tribunal arbitral, et un effet négatif qui se traduit par l'interdiction aux juridictions étatiques de connaître des litiges entrant dans le

---

<sup>587</sup> L. Chedly, op. cit., p. 413

<sup>588</sup> J.-B. Racine, op. cit., p.259

<sup>589</sup> Lotfi Chedly, op. cit., p. 413

<sup>590</sup> Lotfi Chedly, op. cit., p. 415

champ d'application de la convention d'arbitrage. Cette position est entérinée par l'article 327 du CPC<sup>591</sup> qui énonce qu'une demande présentée en justice malgré l'existence d'une convention d'arbitrage est irrecevable.

**441. L'efficacité de l'effet positif.** L'effet positif obligationnel de la convention d'arbitrage est bien assis en droit marocain. La Cour de cassation a eu l'occasion de se prononcer à ce sujet, retenant que : « *si l'arbitrage est un système juridique et judiciaire, il se distingue du système judiciaire officiel ou obligatoire par le fait qu'il est facultatif (...). Toutefois, malgré le caractère consensuel de l'arbitrage, l'accord des parties quant au recours à l'institution arbitrale pour le règlement des litiges qui les opposent revêt un caractère juridique obligatoire* »<sup>592</sup>. Le terme facultatif est assez mal choisi, et le réel message de la Cour de cassation semblerait uniquement suggérer qu'il ne s'impose pas de la même manière que les procédures juridictionnelles étatiques, mais relève plutôt d'un choix manifestant de la volonté des parties. Elle précise bien lors de la deuxième partie de l'extrait, qu'une fois ce choix matérialisé par le biais de la signature d'une convention d'arbitrage, il « *revêt un caractère juridique obligatoire* ». Ici, la Cour de cassation souligne bien l'efficacité de l'effet obligationnel de la convention d'arbitrage à l'égard des parties qui doivent soumettre leurs litiges aux tribunaux arbitraux, au même titre qu'elles les auraient soumis à un tribunal étatique.

#### Paragraphe 2: Les limites de l'effet obligationnel

**442. Les limites de l'effet obligationnel.** Toutefois, comme en droit français, cet effet a des limites, et comme tout contrat, la convention d'arbitrage se fait et se défait au gré de la volonté des parties. Ainsi, la convention d'arbitrage est obligatoire, mais les parties peuvent toujours y renoncer. La liberté contractuelle est protégée par la Cour de cassation, et cette liberté vaut autant pour le droit de s'engager à un contrat, que de s'en défaire<sup>593</sup>. Le critère en droit marocain peut à nouveau être assimilé au critère en droit français, puisqu'il s'agit du caractère commun de la renonciation. Effectivement, la convention d'arbitrage serait excessivement fragilisée et n'aurait même plus aucun intérêt si elle devait dépendre de la renonciation unilatérale d'une partie qui ne voit plus le bénéfice de l'arbitrage tourner en sa faveur. Il

---

<sup>591</sup> Article 18 du Code de l'arbitrage ratifié le 13 juin 2022 issu de Loi n° 95-17 relative à l'arbitrage et à la médiation conventionnelle, ratifiée le 13 juin 2022, BO 7099

<sup>592</sup> CS ch. Mixte, 27 mai 1998, in Cahiers de la Cour Suprême, n°2 2005, p. 175

<sup>593</sup> CS civ. 12 déc. 2002, BICS, n°14, 2004, p. 9

s’agirait même d’une totale remise en cause de l’effet contraignant du droit des contrats. Il s’agit donc ici d’une protection efficace du droit marocain, inspirée du droit français. Cette renonciation peut être tacite, par le biais d’une assignation non contestée auprès des juridictions étatiques. Ainsi, la Cour d’appel de Rabat a pu retenir que :

« (...) *Il appartient à cette dernière [la partie], si elle entend contester les articles du compte, de prendre l’initiative de l’arbitrage convenu.*

*Lorsqu’elle n’en fait rien et qu’assignée devant le tribunal elle ne s’en prévaut pas dans ses premières conclusions de la clause d’arbitrage et aborde la discussion du compte, elle est censée avoir renoncé à l’arbitrage et n’est plus recevable à demander à être renvoyée devant les arbitres. »<sup>594</sup>.*

Ainsi, après avoir dans un premier temps expliqué l’engagement formel des parties à l’arbitrage, ainsi que l’effet obligationnel qui en découle, allant jusqu’à être tenu légalement de respecter la sentence qui sera rendue par le tribunal arbitral, le juge envisage dans un second temps l’hypothèse de la renonciation tacite. La Cour d’appel précise bien que le défendeur n’a pas soulevé l’exception d’incompétence « *dans ses premières conclusions* », ce qui suggère le caractère *in limine litis* que doit recevoir toute contestation à l’égard de la compétence d’une juridiction étatique au profit de l’application d’une convention d’arbitrage. Dès lors que le défendeur ne s’est pas prévalu de la convention d’arbitrage il est réputé y avoir renoncé de façon définitive, ne pouvant plus s’en prévaloir. Une telle position est parfaitement fondée pour des raisons de sécurité juridique, dans la mesure où un défendeur ne peut remettre en cause toute une procédure juridictionnelle au profit d’une convention d’arbitrage conclue antérieurement et qu’il aurait pu soulever bien avant que les parties et le juge se soient autant investis dans la procédure juridictionnelle. La jurisprudence marocaine rejoint ici la position française, qui considère qu’une renonciation tacite est possible tant qu’elle est clairement exprimée. L’absence de contestation lorsqu’un défendeur est attiré à une procédure juridictionnelle, est considérée comme étant une expression claire et expresse de la renonciation, en droit français, comme en droit marocain, comme l’illustre cet arrêt.

---

<sup>594</sup> CA Rabat, 3ème chambre, 25 févr. 1932, R.A.C.A.R., t VI, 1931-1932, p. 453

**443. Caractère in limine litis de la renonciation.** A l'instar du droit français, le droit marocain reconnaît la renonciation tacite à la convention d'arbitrage, tant que cette dernière est sans équivoque. Ainsi, une partie qui ne soulève pas l'exception d'incompétence lorsqu'elle est assignée en justice en violation d'une convention d'arbitrage valide est réputée avoir tacitement renoncé au bénéfice de la convention d'arbitrage. Cet arrêt est d'une grande importance dans la mesure où il introduit une facette essentielle : le caractère in limine litis de la potentielle contestation du défendeur. Effectivement, dans l'hypothèse d'une assignation d'une partie à une convention d'arbitrage devant une juridiction étatique, ce dernier peut toujours contester son assignation sur le fondement de l'existence d'une convention d'arbitrage valide, à condition de le faire avant toute défense au fond.

Cette position est logique, bien que limitative pour la convention d'arbitrage, dans la mesure où une insécurité naîtrait sans conteste si la procédure étatique était interrompue à n'importe quel moment au profit de la convention d'arbitrage. Par ailleurs, cela représenterait une considérable perte de temps et d'argent, pour les parties et pour les juridictions. En tout état de cause, une partie sincère et de bonne foi, qui souhaite voir l'application de la convention d'arbitrage, soulèvera certainement l'exception en début de procédure. Il serait de mauvaise foi de laisser la procédure étatique se dérouler, et de soulever le bénéfice de la convention d'arbitrage uniquement lorsque ladite procédure semble évoluer dans le mauvais sens pour le défendeur.

Dans une seconde affaire, la même Cour d'appel de Rabat a également pu retenir que :

*« Mais attendu que les parties peuvent abandonner le bénéfice d'une clause compromissoire et faire juger leurs différends par les tribunaux ;*

*Qu'en l'espèce la S.M.D. y a renoncé expressément en assignant Parrain devant le tribunal de Casablanca ; que le défendeur y a renoncé tacitement en ne soulevant pas « in limine litis » l'exception d'irrecevabilité ;*

*Qu'en effet, il l'a invoqué pour la première fois dans son mémoire du 8 mars 1939 alors que ses conclusions du 28 novembre 1938 comportaient sans réserve une discussion au fond ;*

*Qu'il est donc malvenu à décliner naturellement la compétence des tribunaux »<sup>595</sup>.*

Ainsi, dès lors qu'une partie qui est assignée devant un tribunal étatique ne proteste pas, et au contraire, soumet des conclusions au dit tribunal ce qui déclenche la procédure, elle est réputée avoir renoncé définitivement au bénéfice de la convention d'arbitrage. Une autre jurisprudence illustre la même position en matière de compromis, retenant que :

*« Attendu que la fin de non-recevoir fondée sur l'existence d'une convention d'arbitrage est une exception de nature particulière (...) et que le fait, pour le demandeur, de saisir le tribunal étatique, et pour le défendeur, d'aborder le fond de l'affaire, constitue une renonciation tacite de leur part à la procédure d'arbitrage puisque le principe réside dans le recours aux juridictions étatiques, l'exception étant donc de comparaître devant les arbitres. Il s'ensuit qu'est parfaitement fondé l'arrêt de la cour d'appel qui a estimé que la fin de non-recevoir tirée de l'existence d'un compromis d'arbitrage devait être soulevée avant d'entamer le fond (...) »<sup>596</sup>.*

Cet arrêt vient confirmer la position en vertu de laquelle l'exception d'incompétence doit être soulevée in limine litis. Ainsi, l'inertie du défendeur est assimilée à une renonciation tacite à l'arbitrage. La Cour de cassation marocaine s'est montrée plus souple que son homologue français, en ayant déjà pu faire l'objet d'exceptions en acceptant que l'arbitrage soit soulevé pour la première fois en appel, au motif que l'objet du litige relevait de l'ordre public<sup>597</sup>. Cette exception d'ordre public semble être de jurisprudence constante, dans la mesure où la jurisprudence a retenu dans une autre affaire qui est intéressante en ce qu'elle met en cause l'application de la loi française retenant que :

*« Attendu que les parties ont manifesté leur intention de recourir à l'arbitrage de la Chambre de Paris et ont clairement accepté que la loi française reçoive application ;*

*(...)*

*Qu'il s'ensuit que le recours aux juridictions étatiques sans soumettre le litige à l'autorité désignée par les parties constitue une violation de la loi ;*

---

<sup>595</sup> CA Rabat, 2<sup>ème</sup> ch. 27 avr. 1940, GTM, n°860 du 21 septembre 1940, p. 115

<sup>596</sup> CS com., 9 juil. 2008, GTM n.s., n°117, novembre-décembre 2008, p. 170

<sup>597</sup> CS. 2 oct. 2002, in la jurisprudence et l'arbitrage commercial, 2005, n°7 p. 128

*Que le moyen d'appel est donc infondé ;*

*Qu'il convient par conséquent de rejeter l'appel et de confirmer le jugement ayant déclaré l'action irrecevable »<sup>598</sup>.*

Cet arrêt est important car il renforce l'efficacité de la convention d'arbitrage, en s'abstenant même de mentionner dans sa motivation le caractère exceptionnel de l'admission de l'arbitrage bien qu'il n'ait pas été soulevé avant toute défense au fond. Ainsi, le droit marocain s'avère encore plus souple que le droit français dans la mesure où ce dernier est strict s'agissant de l'exigence d'une exception soulevée in limine liti, et n'admet pas le caractère « d'ordre public » de l'objet pour pouvoir contourner la règle. De prime abord, cette position jurisprudentielle marocaine peut sembler bénéfique pour l'efficacité de la convention d'arbitrage, mais elle peut également être source d'insécurité en étant source de confusion entre la procédure étatique et la procédure arbitrale, et créer un contentieux inutile s'agissant de la détermination du caractère « d'ordre public » en matière d'objet d'une convention d'arbitrage. Si nous nous positionnons évidemment en faveur d'une efficacité optimale de la convention d'arbitrage et de ses effets, cette dernière doit s'effectuer dans le respect de la loi et des grands principes de droit. Une telle position affecte la prévisibilité juridique et la sécurité juridique, dans la mesure où alors même qu'une partie s'est investie dans une procédure étatique, potentiellement sur le long terme, puisqu'elle a ici atteint le stade l'appel, peut voir cette dernière réduite à néant, au profit de l'ouverture d'une procédure arbitrale. Dans ces cas-là, nous pouvons même dire qu'une recherche excessive de l'efficacité débouche sur des effets contraires. Effectivement, un tel positionnement peut aboutir au découragement des parties de conclure une clause d'arbitrage du fait des effets pervers qu'elle peut entraîner alors même qu'ils y ont potentiellement communément renoncé. Nous recommandons donc qu'une telle position soit tempérée.

- 444. Les limites relatives à la nullité ou l'inapplicabilité manifeste de la convention d'arbitrage.** Le droit marocain s'aligne à nouveau sur le droit français dans la mesure où l'une des limites à l'effet obligationnel se traduit par la nullité ou l'inapplicabilité manifeste de la convention d'arbitrage. Ici encore, si le principe est similaire, des divergences subsistent.

---

<sup>598</sup> CAC Casablanca, 8 juin 2009, doss n°919/09/10, rapp. par O. Azougar et A. El Alami, op. cit. p. 37

Dans un premier temps, cette limite est approuvée par la doctrine qui considère que cela permet « *d’une part aux tribunaux étatiques de recouvrer leur compétence (...) et, d’autre part aux parties d’éviter une longue et coûteuse procédure d’arbitrage qui serait irrémédiablement vouée à l’échec si le compromis ou la clause compromissoire étaient entachés de nullité* »<sup>599</sup>. Cette position n’est toutefois pas unanime et une autre partie de la doctrine est plus réservée à « *admettre le caractère absolu des prérogatives dévolues à la juridiction étatique lorsqu’il apparaît à celle-ci que la convention d’arbitrage est manifestement nulle* »<sup>600</sup>. La doctrine est ici puriste et considère que le tribunal arbitral doit connaître de toutes les facettes de la validité de la convention d’arbitrage, quand bien même celle-ci serait manifestement nulle et applicable.

**445. Des contradictions sources d’inefficacité.** En droit marocain, le principal problème n’est pas doctrinal, mais sémantique, dans la mesure où l’article 327 du CPC<sup>601</sup> est rédigé de façon contradictoire, et les pouvoirs dévolus aux juges nationaux ne sont pas clairement définis de façon cohérente. Il y a deux situations à distinguer. Il n’y a aucune difficulté si le tribunal arbitral n’a pas été saisi, le juge étatique a le pouvoir de statuer sur la nullité ou l’inapplicabilité manifeste de la convention d’arbitrage. L’article 327 du CPC<sup>602</sup> l’exprime très clairement, dans ces cas, le défendeur peut formuler une requête à la juridiction pour qu’elle déclare l’irrecevabilité.

Quid si le tribunal a déjà été formé et qu’une partie saisit le juge étatique en violation d’une convention d’arbitrage ? La dérogation en matière de convention d’arbitrage manifestement nulle ou inapplicable est-elle maintenue ? La loi ne l’exprime pas clairement, sauf à le lire dans le fait que l’irrecevabilité est la sanction applicable jusqu’à « *annulation de la convention d’arbitrage* ». Toutefois, la doctrine, à juste titre, a tendance à penser que « *si le législateur avait souhaité accorder cette prérogative à la juridiction étatique, il l’aurait fait de manière expresse, comme cela a été le cas dans le cadre du second alinéa* »<sup>603</sup>.

---

<sup>599</sup> K. Zaher dans M. D. Toumilt & A. A. Toumilt, op. cit., p. 216

<sup>600</sup> M. D. Toumilt & A. A. Toumilt, op. cit., p. 216

<sup>601</sup> Article 18 du code de l’arbitrage ratifié le 13 juin 2022 issu de Loi n° 95-17 relative à l’arbitrage et à la médiation conventionnelle, ratifiée le 13 juin 2022, BO 7099

<sup>602</sup> *ibid*

<sup>603</sup> M. D. Toumilt & A. A. Toumilt, op. cit., p. 217



Cette différenciation de régime est contestable puisqu'elle ne présente pas vraiment de fondement légitime ou d'objectif clair. Créer une distinction inutile au cœur d'un régime qui pourrait être consolidée ne peut qu'influencer le volume du contentieux. Nous pouvons tenter d'y voir derrière une volonté de préserver la compétence des tribunaux arbitraux, qui dès lors qu'ils sont formés, ils sont compétents pour connaître de tout ce qui peut toucher à la convention d'arbitrage, quand bien même elle serait manifestement nulle ou inapplicable.

**446. Une jurisprudence nettement favorable à l'efficacité de l'arbitrage.** En somme, la jurisprudence marocaine est assez flexible vis-à-vis de l'arbitrage, faisant preuve de largesse lorsqu'il s'agit de favoriser l'application de la convention d'arbitrage. Si nous soutenons tout positionnement en faveur de l'efficacité de la convention d'arbitrage, cela demeure sous réserve de la préservation de la sécurité juridique et du respect des lois. Par exemple, la Cour d'appel a essayé d'aller encore plus loin dans une espèce où elle a déclaré une action irrecevable pour cause d'existence d'une convention d'arbitrage valide, alors même que le défendeur ne l'avait pas contesté. Effectivement, cette dernière avait retenu que :

*« La clause compromissoire stipule expressément que les litiges découlant du contrat doivent être soumis à la procédure d'arbitrage. (...). Le recours aux juridictions étatiques de façon directe ne saurait en aucun cas être considéré comme une preuve de l'existence d'un accord tacite entre les parties, ayant pour effet de modifier les clauses du contrat ».*

La Cour de cassation<sup>604</sup> a cassé cet arrêt qui s'est fondé sur le principe de la force obligatoire des contrats pour retenir l'application de la convention d'arbitrage. La Cour de cassation a considéré que cette exception d'incompétence doit être obligatoirement soulevée par les parties et non pas ex officio, et qu'un tel comportement valait renonciation à la convention d'arbitrage.

**447. La renonciation expresse à la convention d'arbitrage.** Outre la renonciation tacite, bien que plus rare, la renonciation peut également être expresse. Ainsi, un arrêt de la Cour d'appel de commerce a pu souligner que *« la partie appelante a produit un désistement de l'appel, et ceci en raison de l'accord des parties de renoncer à la procédure d'arbitrage et de soumettre*

---

<sup>604</sup> CS. Com., 5 mars 2008, GTM, n.s., n°117, novembre-décembre 2008, p. 167

*le litige aux tribunaux étatiques* »<sup>605</sup>. Les parties ont donc expressément fait part aux juridictions étatiques de leur volonté de renoncer à l’arbitrage.

De la même façon que la jurisprudence marocaine semble se montrer libérale s’agissant de la réception de la convention d’arbitrage en cours de procédure étatique, elle se montre également libérale pour la renonciation à l’arbitrage, après le rendu de la sentence arbitrale. Ainsi, la Cour d’appel de Casablanca a déjà pu *retenir* que : « *les parties sont en droit de renoncer à l’arbitrage après que la sentence arbitrale ait été revêtue de l’exequatur, et même après qu’un appel ait été formé à l’encontre de l’ordonnance et décider de soumettre le litige aux juridictions étatiques* »<sup>606</sup>. En somme, il semblerait que le moteur du positionnement de la jurisprudence arbitrale soit le respect de la volonté des parties, ce qui est louable, mais regrettable dans ce cas précis où des moyens financiers importants ont été mis en œuvre pour rien.

**Conclusion de la section 2 :** L’approche du droit marocain de l’effet obligationnel traduit une position classique de droit civiliste, en vertu de laquelle les contrats se font et se défont selon la volonté commune des parties. Les modalités entourant la renonciation tacite sont louables à notre sens, et n’entrave pas l’efficacité en empêchant les parties de soulever l’application de la convention d’arbitrage en cours procédure étatique. Effectivement la justification de la sécurité juridique fait sens dans la mesure où il est inconcevable d’interrompre un procès après l’investissement considérable des parties et du juge, au nom de la convention d’arbitrage qui aurait pu être soulevé *in limine litis*. Cela témoignerait incontestablement de la mauvaise foi d’une partie pressantant que l’issue du procès étatique sera négative et cherchant à le contourner.

**Conclusion du Chapitre 1 :** L’efficacité de la convention d’arbitrage est remarquablement illustrée dans ses effets à l’égard des parties. D’une part, l’effet relatif est contourné au profit d’un rayonnement *ratione personae* du fait de la myriade de possibilités de transmission et d’extension de la convention d’arbitrage. D’autre part, l’effet obligationnel de la convention d’arbitrage est renforcé du fait de la difficulté à se délier de la convention d’arbitrage, qui implique un accord commun des parties, et des multiples sanctions dans l’hypothèse de la

---

<sup>605</sup> CAC Casablanca, 6 oct. 2005, doss. N°4535/04/4

<sup>606</sup> CA Casablanca, 6 oct. 2005, doss. N° 4535/04/4, rapp. Par. O. Azouggar et A. EL Alami, op. cit. p. 205

violation de cet effet. Le droit marocain est bien silencieux s'agissant des sanctions de la violation de l'obligation de se soumettre à l'arbitrage, qui est uniquement traitée dans sa dimension vis-à-vis du tribunal arbitral, dont nous traiterons ultérieurement. A ce sujet, la législation marocaine gagnerait à s'inspirer du droit français et de l'arsenal de sanctions permettant d'assurer l'efficacité de l'application de la convention d'arbitrage.

## Chapitre 2 :

### La renonciation aux privilèges de juridictions et aux immunités d'exécution

« L'État et l'arbitrage entretiennent clairement une liaison dangereuse pour l'efficacité »<sup>607</sup>. Effectivement, outre l'inarbitrabilité, les privilèges et immunités de juridiction et d'exécution constituent le second obstacle à l'efficacité de l'arbitrage lorsque l'une des parties est une émanation de l'État. Pour que l'arbitrage soit considéré comme pleinement et totalement efficace, il faut que la procédure soit efficacement menée jusqu'au bout et ce en débouchant sur une exécution efficiente de la sentence arbitrale. Si une partie invoque une immunité de juridiction pour écarter la compétence du tribunal arbitral, ou une immunité d'exécution pour empêcher l'exécution de la sentence arbitrale, l'efficacité est réduite à néant. Nous allons ainsi étudier dans un premier temps l'efficacité de la renonciation aux privilèges et immunités de juridiction et d'exécution du simple fait de la conclusion d'une convention d'arbitrage, pour ensuite en analyser les limites. Un second argument dont pourraient se prévaloir les parties de mauvaise foi pour nuire à l'efficacité serait le bénéfice de privilèges ou immunités de juridiction.

L'approche française à ce sujet est très efficace puisqu'elle cherche à réduire autant que possible l'effet de ces privilèges sur la procédure arbitrale et la sentence arbitrale (**Section 1**). Il s'agira d'étudier la position du droit marocain, et l'effort effectué par la jurisprudence pour se conformer à ces standards d'efficacité (**Section 2**).

#### *Section 1 : La renonciation aux privilèges de juridictions et d'exécution en droit français*

Le principe de renonciation aux privilèges de juridictions et d'exécution semble efficace (**A**), mais la jurisprudence demeure hésitante quant à ses limites (**B**).

#### **A. Les contours de la renonciation aux privilèges de juridictions et aux immunités**

**448. Principe des privilèges de juridiction et de leur renonciation.** Les privilèges de juridiction en France sont encadrés par les articles 14 et 15 du Code civil et se traduisent par la capacité de tout citoyen français d'assigner quiconque face aux juridictions françaises, et réciproquement, autorise n'importe quel étranger à assigner un Français devant les juridictions françaises. Or, sans que cela soit expressément stipulé par la clause compromissoire, toute

---

<sup>607</sup> L. Chedly, op. cit., p. 601

conclusion d'une convention d'arbitrage entraîne une renonciation à ce privilège de juridiction. Il s'agit ici d'une illustration magistrale de l'efficacité de la convention d'arbitrage, sa simple conclusion permettant d'écarter des droits acquis de principe par le statut de français. Cette renonciation voit son efficacité étendue puisqu'elle s'applique également aux actions accessoires à l'arbitrage, tel que les recours contre la sentence ou les diverses interventions des juridictions étatiques en soutien à l'arbitrage.

Une telle position se justifie par la nature de l'arbitrage qui se traduit par un mode de règlement des conflits parallèles aux juridictions étatiques. Les règles de l'article 14 et suivants du Code civil s'appliquent aux juridictions étrangères nationales qui sont en concurrence directe avec les juridictions françaises tandis qu'en concluant une convention d'arbitrage, les parties se sont soumises à un autre mode de règlement des litiges et ont accepté les règles de compétence relatives à l'arbitrage. En des termes plus justes : « [...] *une convention d'arbitrage retire compétence aux tribunaux étatiques en général et aux tribunaux français en particulier. Il y a donc incompatibilité entre une convention d'arbitrage et les privilèges de juridiction* »<sup>608</sup>. Ainsi, dès lors que les juridictions étatiques n'ont plus compétence, les parties ne peuvent se prévaloir d'un privilège leur assurant cette compétence

Également, cette renonciation se manifeste par le fait que les privilèges de juridictions n'ont dès lors aucune influence sur la détermination des juridictions d'appui compétentes en cours de procédure arbitrale, qui se fonde exclusivement sur des critères déterminés par l'arbitrage.

**449. Problématique spécifique aux arbitrages d'investissement.** La deuxième facette de cette problématique est plus spécifique aux arbitrages d'investissement et se traduit par la question de savoir si les États ayant conclu une convention d'arbitrage peuvent toujours se prévaloir de leur immunité de juridiction. Les arbitrages impliquant des États ne sont ni récents ni rares, comme en témoigne la multiplication des traités bilatéraux d'investissement, qui prévoit quasi-automatiquement le règlement des litiges par le biais d'une procédure arbitrale. Or, un État, du fait de sa souveraineté, ne peut en principe être assujéti à la juridiction d'un État étranger, en application du principe « par in parem non habet imperium ». Ce principe a été historiquement illustré par la Cour de cassation qui a retenu que :

---

<sup>608</sup> J.B. Racine, op. cit., p. 222

« *Attendu que l'indépendance réciproque des États est l'un des principes les plus universellement reconnus du droit des gens ; que, de ce principe, il résulte qu'un Gouvernement ne peut être soumis, pour les engagements qu'il contracte, à la juridiction d'un État étranger ; qu'en effet, le droit de juridiction qui appartient à chaque Gouvernement pour juger les différends nés à l'occasion d'actes émanant de lui est un droit inhérent à son autorité souveraine qu'un État ne saurait s'attribuer, sans s'exposer à altérer leurs rapports respectifs* »<sup>609</sup>.

Cette immunité tend à se ternir avec le développement de l'action privée de l'État, qui se comporte régulièrement comme un acteur de droit privé. De nombreux droits, le droit français inclus, tendent à distinguer selon que l'État exerce une action selon sa position souveraine, ou selon s'il agit sous sa casquette économique soumise au droit privé.

**450. Justification de la renonciation aux immunités de juridictions des États.** Un tel amenuisement a rejailli directement sur l'arbitrage. Les États, en s'engageant à l'arbitrage, sont réputés avoir renoncé à leurs privilèges de juridictions. Dans le cas contraire, l'arbitrage serait fortement fragilisé et n'aurait plus aucun sens si l'État pouvait librement s'en délier selon son bon vouloir en se prévalant de ses immunités de juridictions. Ainsi, tel que très justement résumé par la jurisprudence dans une affaire opposant la Yougoslavie à une entreprise : « *en souscrivant une clause compromissoire, l'État yougoslave a accepté par là-même de renoncer à l'immunité à l'égard des arbitres et de leur sentence, jusque et y compris la procédure d'exequatur nécessaire pour que celle-ci acquière son entière force.* »<sup>610</sup>. Ainsi, cette renonciation à l'immunité de juridiction connaît une efficacité étendue puisqu'elle se maintient jusqu'à l'exequatur de la sentence. Pour les États également, la renonciation s'étend aux accessoires de la procédure arbitrale. Cette position est louable, la simple conclusion d'une convention d'arbitrage suffit à déterminer la volonté d'un État de se soumettre à l'arbitrage, et donc de renoncer à ses privilèges de juridiction et d'exécution. Il n'y a pas besoin de rechercher l'objet du contrat, et le comportement de l'État, c'est-à-dire s'il s'est comporté comme une personne privée soumise au droit privé, et non pas sur sa casquette souveraine. L'efficacité de la convention d'arbitrage est telle, que sa conclusion donne

---

<sup>609</sup> Civ., 22 janv. 1849, 1849.1.81

<sup>610</sup> Fasc. 706 : ARBITRAGE COMMERCIAL INTERNATIONAL . – Convention d'arbitrage . – Effets . – Droit commun et droit conventionnel Date du fascicule : 10 Septembre 1994 Date de la dernière mise à jour : 10 Septembre 1994 Emmanuel GAILLARD - Professeur à l'Université de Paris XII - Associé, Shearman & Sterling, Paris

application à un ordre juridictionnel arbitral, seul compétent pour juger d'une affaire. Effectivement, en admettant l'idée que les États en s'engageant à l'arbitrage renonce à leurs privilèges de juridictions, elles s'émancipent ainsi de l'ordre juridique étatique qui leur a accordé ces privilèges, au profit d'un ordre juridique arbitral au sein duquel l'arbitrage est la loi applicable. Il s'agit de la manifestation d'un véritable passage d'un ordre juridique transnational, plus communément admis en matière d'arbitrage, à un ordre juridique arbitral indépendant de toute contrainte étatique, jusqu'à celles qui touchent profondément la souveraineté de l'État, comme c'est le cas des immunités de juridictions. Il s'agit également d'une question de bon sens puisque : « *La convention d'arbitrage, qui vient contredire directement l'immunité, ne peut s'analyser autrement qu'en une renonciation par l'État ou l'organisme étatique concerné à son immunité de juridiction.* »<sup>611</sup>. Toutefois, cela répond au questionnement s'agissant des immunités de juridiction de l'État et non pas à leur immunité d'exécution, qu'il s'agira également de développer.

**451. Difficultés relatives aux immunités d'exécution.** La question a été plus contrastée en matière d'immunité d'exécution. Ces dernières se définissent comme « un obstacle qui empêche le créancier d'atteindre le patrimoine « saisissable » de son débiteur personne publique »<sup>612</sup>. Il s'agit donc d'un régime visant à mettre en place une procédure qui vise à protéger les Etats des mesures visant à les dessaisir de leurs biens. Le régime des immunités d'exécution a été renforcé avec la loi dite « Sapin 2 » du 9 décembre 2016, qui a introduit les articles L. 111-1-1 du Code de procédure civile d'exécution qui retient que : « *Des mesures conservatoires ou des mesures d'exécution forcée ne peuvent être mises en œuvre sur un bien appartenant à un Etat étranger que sur autorisation préalable du juge par ordonnance rendue sur requête.* ». L'efficacité est clairement limitée du fait de la complication et de l'épaississement de la procédure. Dans cette perspective, en arbitrage, la question qui a pu se poser est relative au maintien des immunités d'exécution dans l'hypothèse où un Etat est partie à l'arbitrage. Dans l'hypothèse où la réponse est positive, le résultat serait tragique pour l'efficacité des sentences arbitrales qui peuvent après une longue procédure se voir refuser l'exéquatur au motif de ces privilèges d'exécution.

---

<sup>611</sup> Fasc. 706 : ARBITRAGE COMMERCIAL INTERNATIONAL. – Convention d'arbitrage . – Effets. – Droit commun et droit conventionnel Date du fascicule : 10 Septembre 1994 Date de la dernière mise à jour : 10 Septembre 1994

<sup>612</sup> L'immunité d'exécution des personnes morales de droit public à l'épreuve de la pratique en droit OHADA par ARMEL IBONO Ulrich, Revue de l'ERSUMA n°3, Septembre 2021

**452. Position doctrinale et jurisprudentielle.** En théorie, une partie de la doctrine semble tout à fait favorable à la renonciation à l'immunité d'exécution, considérant que : « *tout justiciable devrait avoir le droit de soumettre une réclamation ou un litige, même contre un État, à une juridiction neutre et impartiale. Il faut ensuite qu'il soit en mesure d'obtenir l'exécution de la décision prise. Ces principes devraient prévaloir en tout cas lorsqu'il y a une clause arbitrale, et devraient l'emporter sur le concept d'une souveraineté, anachronique dans le monde actuel et dans le domaine du commerce international* »<sup>613</sup>. Ainsi, la doctrine privilégie le respect de la clause d'arbitrage à celle de la souveraineté de l'État, au motif qu'il s'agit d'un domaine spécifique qu'est le commerce international, au sein duquel la souveraineté a moins de valeur. Aujourd'hui, la jurisprudence française admet totalement que l'engagement à une convention d'arbitrage entraîne une renonciation aux immunités d'exécution également<sup>614</sup>. L'arrêt central sur cette question est l'arrêt Creighton rendu par la Cour de cassation le 6 juillet 2000. La Cour de cassation a effectivement explicitement retenu que dès lors qu'une convention d'arbitrage prévoyait l'exécution d'une sentence, cela valait renonciation aux privilèges d'exécution. La cour de renvoi, par un arrêt du 12 décembre 2001<sup>615</sup>, est allée encore plus loin, considérant que :

« *Les biens d'un État étranger ne peuvent, au regard des principes du droit international régissant les immunités des États étrangers, faire l'objet d'une procédure en vue de l'exécution d'un jugement, sauf si cet État y a expressément consenti, en concluant notamment une clause compromissoire (...).* ».

Effectivement, la Cour d'appel de Paris a généralisé ici ce principe en le fondant sur une règle matérielle, qui ne se réfère pas à un règlement d'arbitrage, mais édicte de façon explicite et expresse que la conclusion d'une convention d'arbitrage a pour résultat une renonciation aux immunités d'exécutions de l'État en question. Elle justifie ce principe par des raisons relevant des principes généraux applicables au contrat, en rappelant l'effet contraignant de la clause compromissoire qui entraîne « *l'acceptation du caractère obligatoire de la sentence qui résulte de la convention d'arbitrage* ». Dans le cas contraire, l'État partie à la procédure ferait preuve de mauvaise foi, s'étant engagée à un contrat et à la procédure qui en découle en

---

<sup>613</sup> J.-F. Lalive, Quelques observations sur l'immunité d'exécution des États et l'arbitrage international, in Y. Dinstein (Ed.), *International Law at the Time of Perplexity*, Kluwer Academic Publishers, 1989, p. 369, spéc. p. 380

<sup>614</sup> Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 6 juill. 2000, Creighton Ltd, RTD com. 2001, p. 410, obs. E. Loquin

<sup>615</sup> Paris, 12 déc. 2001, Rev. Arb. 2003, p. 417, note PH. Leboulanger



connaissance de cause, pour chercher à s'en délier du fait de son statut lorsque la sentence ne lui convient pas. Une telle position est parfaitement fondée juridiquement. Dans le cas contraire, une grande insécurité juridique en découlerait, et les parties privées craindraient de s'engager dans contrats d'arbitrage lorsque l'autre partie est une personne publique.

## **B. Les limites de la renonciation aux immunités d'exécution**

**453. Fluctuations jurisprudentielles.** Il semble y avoir un retour en arrière, particulièrement sur la question des immunités d'exécution. La reconnaissance de la renonciation a été atténuée du fait de la potentielle menace qu'elle représentait pour l'État, notamment par un arrêt Noga qui exigeait une renonciation spéciale aux privilèges d'exécution pour pouvoir saisir les comptes bancaires de l'Ambassade de Russie en France. Dans cette lignée, l'arrêt Romak c. République de l'Ouzbékistan du 5 mars 2014 a rappelé cette exigence de renonciation spéciale. Ces arrêts fragilisent énormément l'efficacité de la sentence arbitrale. Bien heureusement, ils se sont vus atténués par un arrêt de la Cour de cassation du 13 mai 2015 qui semble être revenue à l'exigence de renonciation expresse sur le fondement du droit international coutumier. Il s'agissait en l'espèce d'un arbitrage CCI au cours duquel la Cour de cassation a considéré que l'État, en s'engageant à l'arbitrage, avait tacitement accepté de se soumettre à l'article 24-6 du règlement CCI en vertu duquel les parties s'engagent à exécuter la sentence CCI<sup>616</sup>. Elle a retenu dans une autre affaire que « *l'acceptation du caractère obligatoire de la sentence qui résulte de celle de la convention d'arbitrage opère, sauf clause contraire une renonciation à l'immunité d'exécution* »<sup>617</sup>. Ainsi, l'engagement à la procédure d'arbitrage traduit le principe de renonciation, et l'exception serait de maintenir les renoncements à l'immunité d'exécution, maintien devant être obligatoirement exprimé par une clause explicite.

**454. Position favorable à l'efficacité de l'arbitrage.** Sans aucun doute, une telle position participe au rayonnement et à l'efficacité des conventions d'arbitrage. Toutefois, ces dernières sont légalement fondées, se justifiant par les principes de la force obligatoire des contrats et de la bonne foi<sup>618</sup>. Il serait effectivement de mauvaise foi de la part d'un État de s'engager dans une convention d'arbitrage, par le biais de laquelle il sait pertinemment qu'il se soumet à la

---

<sup>616</sup> C. Seraglini & J. Ortscheidt, op. cit., . 647

<sup>617</sup> CA Paris, 31 janv. 2013, Rev. Arb. 2013, p. 460

<sup>618</sup> J.B. Racine, op. cit. p. 223

compétence des tribunaux arbitraux, pour ensuite s'en délier lorsque cela ne lui convient plus, en invoquant son immunité d'exécution. Un État, ayant conclu un contrat, tel que la convention d'arbitrage, est exclusivement considéré sous son prisme contractuel, et sous sa casquette d'acteur du droit privé et non pas en tant que souverain.

**455. Préservation du principe d'égalité.** Dans le cas contraire, il y aurait d'emblée une entorse au principe d'égalité des parties, qui est également un principe cardinal de la procédure d'arbitrage. Par un arrêt récent, la Cour de cassation semble assujettir la renonciation aux immunités d'exécution à la condition que cette renonciation soit spéciale et expresse<sup>619</sup>. Toutefois, il serait possible que la conclusion d'une convention d'arbitrage soit considérée comme une renonciation spéciale et expresse. La doctrine reste sceptique, et considère qu'une telle approche doit être sujette à confirmation par la Cour de cassation<sup>620</sup>.

**456. Souplesse jurisprudentielle.** D'autres adoptent une position plus laxiste, considérant que les deux immunités doivent être indistinctement liées puisqu'elles visent toutes les deux à protéger les biens d'un État vis-à-vis d'une décision exécutoire d'une juridiction étrangère<sup>621</sup>. La jurisprudence est donc hésitante s'agissant des conditions entourant la renonciation des privilèges d'exécution des États. Un arrêt récent semble avoir mis fin à ces controverses. Effectivement par un arrêt du 3 novembre 2021, la Cour de cassation a retenu sur le fondement de l'article 19 de la Convention des Nations Unies du 2 décembre 2004 que la conclusion d'une convention d'arbitrage ne valait pas d'office renonciation aux immunités d'exécution. Elle a ajouté des conditions plus strictes pour pouvoir écarter les immunités d'exécutions, se fondant sur le fait que les biens doivent se situer sur l'État du for, et avoir une visée spécifiquement autre que le service public, tout en ayant un lien avec l'émanation partie à l'arbitrage. Ce raisonnement sévère est bien fâcheux, mettant fin à la jurisprudence Eurodif et revenant à une approche plus stricte au détriment de l'efficacité de l'exequatur d'une sentence arbitrale menée contre un État<sup>622</sup>.

**457. Hypothèse de la convention d'arbitrage invalide.** Deux hypothèses particulières sont à envisager. D'une part, quid si la convention d'arbitrage n'est pas valable ? Les parties

---

<sup>619</sup> Civ. 1, 10 janv. 2018, République du Congo c/ société Commissions Import Export (Commisimpex); Rev. arb. 2018, p. 382, note D. Cohen

<sup>620</sup> J.B. Racine, Droit de l'arbitrage, Editions PUF, 2016, p. 225

<sup>621</sup> D. Cohen, Immunité d'exécution des Etats et arbitrage international, in Mélanges en l'honneur du Professeur Pierre Mayer, préc., p. 159, spéc. p. 165 et s

<sup>622</sup> Civ. 1re, 3 nov. 2021, obs. FS-B, n° 19-25.404

peuvent-elles se prévaloir de leur immunité de juridiction pour soumettre le litige au juge français dans la mesure où l'absence de convention d'arbitrage valide détermine l'absence de renonciation aux privilèges ? La doctrine semble répondre à cette question par la négative considérant que les règles organisant les voies de recours à l'égard des sentences arbitrales sont dérogatoires et impératives ce qui justifie d'écarter les règles de compétence de droit commun<sup>623</sup>.

**458. Quid si le tribunal arbitral n'est même pas formé et que la clause est pathologique, d'une telle manière qu'il apparaît pratiquement impossible de le former sur le fondement de la convention d'arbitrage ?** Les articles 14 et 15 peuvent-ils être soulevés pour justifier la saisine du juge ? Il en relève ici de la détermination de la volonté des parties. Cela a par exemple été retenu dans un cas très précis où les parties ont uniquement choisi de se soumettre à l'arbitrage si un arbitre déterminé réglait leur litige et refusait de renoncer à leurs privilèges de juridiction si ce dernier n'était pas disponible<sup>624</sup>.

**Conclusion de la section 1** : Les immunités de juridiction et d'exécution sont dangereuses pour l'arbitrage puisque lorsqu'elles sont appliquées, elle risque de réduire l'entière de la procédure à néant. La jurisprudence semble favorable à les écarter et à considérer que la conclusion d'une convention d'arbitrage emporte la renonciation aux immunités. Toutefois, les fluctuations jurisprudentielles au sujet de l'immunité d'exécution entravent la prévisibilité juridique et constituent une menace planant sur l'efficacité de la sentence arbitrale.

---

<sup>623</sup> Fasc. 706 : ARBITRAGE COMMERCIAL INTERNATIONAL. – Convention d'arbitrage . – Effets. – Droit commun et droit conventionnel Date du fascicule : 10 Septembre 1994 Date de la dernière mise à jour : 10 Septembre 1994

<sup>624</sup> CA Paris, 22 janv. 1957 : Rev. crit. DIP 1957, p. 486, note E.M

*Section 2 : La renonciation aux privilèges de juridiction et d’exécution en droit marocain*

Il s’agira de présenter les contours de la renonciation aux privilèges de juridiction et d’exécution (A), pour ensuite en étudier les limites (B).

**A. Les contours de la renonciation aux privilèges de juridictions et aux immunités d’exécution**

**459. Principe légal en matière d’immunités d’exécution.** La question de l’immunité d’exécution s’est posée en droit marocain prioritairement à la question des immunités de juridictions, particulièrement s’agissant de problématiques relatives à la saisine des biens de l’État. De prime abord, l’immunité d’exécution ne semble pas être opposable en cas d’arbitrage d’un État en droit marocain. Effectivement, l’article 310 du CPC<sup>625</sup>, qui encadre le droit des personnes morales de droit public de conclure une convention d’arbitrage, énonce en son alinéa 2 que la compétence en matière d’exequatur relève de la juridiction administrative du lieu dans lequel la sentence sera exécuté, ou au tribunal administratif de Rabat, dans le cas où une sentence concerne l’ensemble du territoire national. A priori, l’exequatur d’une sentence rendue contre un État ou une personne morale de droit public est possible, ce qui sous-entend que l’immunité d’exécution est potentiellement écartée dans la mesure où l’exequatur implique la condamnation de l’État à payer des dommages-intérêts. Effectivement, pour que l’exequatur soit possible, il faut au préalable que le principe même d’exécution soit légal et valide. Si les biens d’un État sont considérés insaisissables, la question de l’exequatur ne se pose même pas puisque ces biens ne peuvent être saisis que ce soit par le biais d’une exequatur ou d’une procédure juridictionnelle étatique classique. En admettant qu’une exequatur puisse être menée contre une émanation de l’État, il est ici sous-entendu que le principe d’exécution à l’égard de leurs biens est potentiellement valide. Également, aucun article de la loi 08-05 ne traite frontalement de la saisine des biens de l’État ce qui semblerait sous-entendre que cette dernière est soumise au régime commun de l’exequatur.

**460. Précisions jurisprudentielles et doctrinales.** La jurisprudence et la doctrine sont venues combler le silence de la loi en apportant des précisions au régime. De prime abord, la doctrine semble sceptique considérant que :

---

<sup>625</sup> Article 68 du Code de l’arbitrage ratifié le 13 juin 2022 issu de Loi n° 95-17 relative à l’arbitrage et à la médiation conventionnelle, ratifiée le 13 juin 2022, BO 7099

« *Bien que les personnes morales de droit public puissent être valablement condamnées par les juridictions compétentes, il est difficile d'entreprendre contre elles une exécution forcée, d'autant plus que c'est à l'administration, qui détient la force publique, qu'on a recours en pareille situation.* »<sup>626</sup>.

Cette approche suggère un pari sur la mauvaise foi de l'État qui pourrait bloquer l'usage de la force publique lorsqu'il s'agit d'une exécution forcée à son encontre. Une telle position donne matière à réfléchir à l'unilatéralité des moyens de coercition et suggère ainsi l'introduction de mécanismes législatifs pour compenser cette concentration des pouvoirs et assurer l'efficacité de l'exécutif des sentences arbitrales. Dans le cas contraire, la convention d'arbitrage liant l'État serait vidée de son sens, dans la mesure où bien que condamné, ce dernier ne procédera pas à l'exécution forcée. Une telle position n'est pas soutenable dans un État de droit et serait signe d'anarchie et de dictature. A partir du moment où une règle de loi encadre la renonciation de l'État à un privilège, ce dernier devrait s'y soumettre. Par ailleurs, aucune illustration d'une potentielle soustraction de l'État à ce sujet n'a été apportée par le droit français ou par le droit marocain.

**461. Confirmation jurisprudentielle.** La jurisprudence semble également adopter cette position restrictive et inefficace, en se fondant sur deux principaux arguments : le nécessaire maintien et la continuité du service public, ainsi que la solvabilité des émanations de l'État. Effectivement, un jugement rendu par le tribunal administratif de Rabat a retenu que : « *la saisie-arrêt des fonds publics de l'État et des personnes morales de droit public n'est pas admise puisque la saisie, de même que sa validation, sont susceptibles d'entraver la fonction d'utilité publique que remplit le service public* »<sup>627</sup>. Cette sévérité se justifie par une volonté de maintenir la continuité du service public. Il s'agit d'une solution trop extrême dans la mesure où l'écrasante majorité des saisines peuvent se dérouler sans avoir des conséquences aussi extrême qu'une paralysie du service public. Une autre jurisprudence a retenu que :

« *Il n'est pas admis de saisir les biens des établissements publics, lesquels entrent dans le cadre des recettes budgétaires de l'État (...)* ;

---

<sup>626</sup> M. D. Toumilt & A. A. Toumilt, op. cit., p. 336

<sup>627</sup> Trib. Adm. Rabat, 23 janv. 2008, GTM n.s., n°115, juillet-août 2008, p.174

*L'objectif de la saisie-arrêt est de protéger le créancier contre le risque d'insolvabilité du débiteur ;*

*Or, dans le cas d'espèce, la partie dont les biens ont été saisi, à savoir un établissement public, est présumée être solvable puisqu'elle paie les sommes dont elle est redevable selon les règles de la comptabilité générale, et dispose, de surcroît, de garanties suffisantes pour s'acquitter de ses dettes »<sup>628</sup>.*

Cette jurisprudence est très spécifique et concerne particulièrement les saisies-arrêts dans le cadre de mesures provisoires, ce qui peut justifier l'argument de l'insolvabilité. Toutefois, la question de la bonne continuité du service public peut être étendue à toutes les questions d'exécution menées contre des biens de l'État, et cet aperçu jurisprudentiel semble défavorable et sévère. Une telle position est incompréhensible dans la mesure où elle n'a aucun fondement législatif et procède d'une sévérité volontaire et spontanée de la part de la jurisprudence.

**462. Tempéraments jurisprudentiels à la faveur de l'arbitrage.** Fort heureusement, une autre partie de la jurisprudence a adouci et tempéré cette position, considérant, par exemple, dans une espèce, que :

*« La conséquence inéluctable de ce qui précède est qu'ils ne jouissent pas non plus de l'immunité d'exécution. Il s'ensuit qu'il est possible de les contraindre, à respecter leurs engagements par toutes les voies d'exécution possible »<sup>629</sup>.*

Cette position est très claire et louable du fait de l'efficacité qu'elle redonne à la convention d'arbitrage. Elle écarte l'immunité d'exécution positionnant l'État au même niveau que tout justiciable devant respecter son engagement à la convention d'arbitrage en se présentant devant le tribunal arbitral et en exécutant ses obligations tout au long de la procédure arbitrale, et ce jusqu'au rendu de la sentence et la procédure d'exequatur qui en découle, et à laquelle il doit se plier.

---

<sup>628</sup> Trib. Com. Rabat, 11 nov. 1998, rapp par A. El Adraoui, op. cit. p. 157

<sup>629</sup> Trib. Adm. Rabat, 10 nov. 2006, rev. Al Meiar, n°40, décembre 2008, p. 325

Cette position n'est pas nouvelle, la jurisprudence ayant déjà eu l'occasion de relativiser le principe d'insaisissabilité des biens de l'État découlant de son immunité de juridiction en retenant que :

*« Les établissements publics sont supposés se soumettre aux décisions judiciaires et exécuter celles-ci avec célérité, et ceci en application du principe de légitimité et celui de la suprématie de la loi, nécessitant l'instauration d'une égalité entre les personnes ordinaires et les personnes de droit public.*

*Le principe de l'insaisissabilité des biens publics ne peut être considéré comme absolu. Il convient ainsi de le tempérer, notamment en présence d'un refus injustifié d'exécuter une décision judiciaire.*

*En l'absence donc de texte juridique interdisant la saisie puis la vente des biens précités, le souci de préserver l'efficacité des actes de l'autorité judiciaire (...) commande de faire droit à la demande de saisie dirigée à l'encontre de l'Office national des chemins de fer, quand bien même ce dernier aurait le statut d'établissement public. »<sup>630</sup>.*

Ainsi, la jurisprudence justifie ici sa position en invoquant le principe d'égalité des parties face à la loi et au respect de l'autorité de la chose jugée de façon équivalente. La jurisprudence tempère également le principe d'insaisissabilité des biens publics qui peut être exceptionnellement écarté, lorsque le fondement de cette exception se traduit par l'exécution d'une décision. Cette position renforce manifestement l'efficacité au regard des sentences arbitrales puisqu'elle oblige l'État à se conformer à la décision des juridictions.

**463. Distinctions jurisprudentielles.** Aujourd'hui, la jurisprudence distingue clairement les saisies provisoires, des saisies exécutoires qu'elle autorise, retenant que : *« la saisie de nature purement conservatoire ne peut être ordonnée à l'encontre des biens de l'État et des établissements publics. Toutefois, sont autorisées les saisies de nature exécutoire, et ceci suite au refus injustifié d'exécuter des décisions émanant de l'autorité judiciaire »<sup>631</sup>.*

Une telle position a même été consacrée au niveau de la Cour de cassation, sa chambre administrative ayant retenu que :

---

<sup>630</sup> TPI Rabat ord. Prés., 2 déc. 1991, rev. Al Ichaa, n°7, juin 1992, p. 158

<sup>631</sup> M. D. Toumilt & A. A. Toumilt, op. cit. p.338

*« Si les biens de la commune urbaine ne peuvent être saisis, dans la mesure où cette dernière est solvable et ne saurait se trouver dans l'impossibilité de faire face à ses obligations financières, en revanche, lorsque ladite commune refuse, sans motif valable, d'exécuter une décision judiciaire, elle n'est plus fondée à se prévaloir de la présomption de solvabilité. »<sup>632</sup>.*

Ainsi, l’argument de la solvabilité immuable de l’État qui justifie d’écarter la saisie-conservatoire dans le cas de décisions ordonnant des mesures conservatoires n’est pas applicable en cas de condamnation définitive de l’État par le biais d’une décision judiciaire, notamment au titre de paiement de dommages-intérêts. Dans ces cas-là, tout comme en droit français, l’État est apprécié sous son prisme contractuel puisqu’il agit en tant que personne morale soumise au droit privé, et doit donc par conséquent agir conformément à ce statut, et s’exécuter au même titre que toute personne soumise au droit privé et ne bénéficiant pas d’immunités de juridictions ou d’exécution.

## **B. Les limites à la renonciation aux privilèges de juridiction et d’exécution**

**464. L’exigence de sauvegarde de la continuité du service public.** Le seul argument qui pourrait justifier d’écarter les immunités d’exécution se traduit par la bonne continuité du service public. Effectivement, la Cour de cassation a retenu que :

*« S’il est de principe que les biens des établissements publics ne sauraient faire l’objet de saisie du fait que leur solvabilité est présumée et qu’il n’y a, de surcroît, aucun risque qu’ils deviennent en état d’insolvabilité, la situation est tout autre lorsque lesdits établissements refusent, sans raison valable, d’exécuter des décisions judiciaires ; dans ce cas, il n’est plus pertinent d’invoquer la solvabilité présumée, et il demeure possible d’opérer la saisie de leurs biens, tant que cela n’affecte pas la marche régulière du service public »<sup>633</sup>.*

**465. Argumentation jurisprudentielle constante.** Ainsi, le raisonnement est le même. La Cour de cassation rappelle dans un premier temps le principe en vertu duquel les saisies conservatoires ne sont pas applicables à l’État puisque son insolvabilité n’est pas à craindre, pour ensuite ajouter que l’État, dans le cadre d’une procédure judiciaire, est soumis à l’autorité de la chose jugée des tribunaux. Enfin, la Cour de cassation nuance sa position en retenant

---

<sup>632</sup> CS adm., 1<sup>er</sup> mars 2006, rev. Al Mouhami n°52, juillet 2008, p.219.

<sup>633</sup> CS adm., 7 mai 2008, le Rapport annuel de la Cour suprême 2008, p. 213



que ce principe est applicable tant qu'il ne perturbe pas la « *marche régulière du service public* ». En tout état de cause, il est difficile d'imaginer une situation où la décision serait telle qu'elle perturberait le fonctionnement du service public. L'exécution des décisions judiciaires par l'État semble donc préservée, et la jurisprudence marocaine semble favorable à accepter la renonciation aux immunités d'exécution lorsqu'une sentence arbitrale est rendue contre l'État. Dans le cas contraire, cette dernière serait vidée de son sens dans la mesure où il n'y aurait aucun intérêt de poursuivre une procédure arbitrale pour que l'État refuse au final de se complaire à la sentence arbitrale au moment de l'exécution.

**466. Efficacité de la jurisprudence administrative.** La jurisprudence administrative a d'autant plus renforcé cet effet obligationnel en retenant que :

*« Les sommes d'argent déposées par les établissements publics sur des comptes bancaires sont d'ordinaire affectées au paiement de leurs dettes, ainsi que des indemnités qu'ils sont condamnés, par décision judiciaire, à verser. Ces sommes entrent de ce fait dans la sphère des biens privés. Il s'ensuit qu'il est possible qu'elles fassent l'objet de saisie-arrêt, d'autant plus que cette mesure, qui ne vise donc nullement des biens publics, n'est pas de nature à entraver la marche régulière du service public »<sup>634</sup>.*

Ainsi, non seulement la jurisprudence pose le principe en vertu duquel les immunités d'exécution sont écartées en cas de décisions judiciaires, mais elle encourage d'autant plus ce positionnement en indiquant que certaines sommes sont justement affectées au paiement de ces dettes, et que les condamnations au paiement des dommages-intérêts sont considérées comme des dettes de l'État. Ainsi, rien n'empêche l'État et ses émanations à se conformer à ces obligations en se présentant face aux juridictions arbitrales en application des obligations auxquelles il s'est engagé, et en exécutant la sentence qui découle de cette procédure.

**467. Positionnement en arbitrage international.** En tout état de cause, le Maroc a signé la convention de Washington du 18 mars 1965 qui encadre le règlement des différends relatifs aux investissements entre États et ressortissants d'autres États, et a également créé le CIRDI. Effectivement, un décret royal du 31 octobre 1966 ratifie la convention qui entre en vigueur le 10 juin 1967. Le Maroc est l'un des premiers pays arabes à signer la convention de

---

<sup>634</sup> Trib. Adm. Rabat. 8 févr. 2006, rev. Al Kasr, n°15 septembre 2006, p. 235

Washington ce qui témoigne de sa volonté de voir les investissements se développer en mettant en place un cadre efficace à la résolution des litiges en matière d'investissements par la voie de l'arbitrage.

**468. Silence de la convention.** L'un des aspects de cette convention qui intéresse notre problématique est la renonciation aux privilèges et aux immunités de juridiction qu'elle induit. Nous aurions pu penser qu'un État qui signe la convention de Washington est réputée avoir renoncé à son immunité de juridiction et d'exécution puisque la compétence juridictionnelle revient aux tribunaux CIRDI. Il s'agit donc d'un pan important de l'arbitrage, qui est l'arbitrage d'investissement, et toutes les affaires qui entrent dans le champ d'application de la Convention de Washington ne bénéficient donc plus de l'immunité de juridiction et d'exécution. Or, en réalité, l'article 55 de la convention CIRDI énonce que le droit de chaque État membre en matière d'immunité d'exécution et de juridiction continue à s'appliquer ce qui fragilise fortement la valeur des sentences CIRDI, qui peuvent ainsi être écartées lorsque le droit national d'un État membre est contradictoire en matière d'immunité d'exécution et de juridiction. Ainsi, si en application de l'article 54 de la convention CIRDI les États doivent considérer et exécuter la sentence CIRDI comme s'il s'agissait d'une décision rendue par la juridiction la plus haute du pays, l'article 55 vient le tempérer en ajoutant que cela ne préjuge aucunement la législation relative aux immunités d'exécutions. Ainsi, ne pouvons-nous pas nous fonder sur la signature de la convention de Washington comme argument pour renforcer l'exclusion des immunités d'exécution à la faveur de l'exécution de la sentence arbitrale. En tout état de cause, il n'y a pas de raison que la jurisprudence exposée préalablement ne soit pas applicable à l'arbitrage international, et ce d'autant plus que l'écrasante majorité des arbitrages auxquels l'État prend part sont de niveau international.

**Conclusion de la section 2. :** La renonciation aux immunités de juridictions est admise en droit français et en droit marocain sans que cela ne crée de remous jurisprudentiels. Ceci est logique dans la mesure où le cas contraire induirait un cercle vicieux qui déboucherait sur une inefficacité complète des conventions d'arbitrage qui seraient écartés d'office dès lors qu'une partie serait constitutive d'une émanation d'une personne morale de droit public. Le résultat se traduirait par une situation d'insécurité totale risquant de décourager les parties en amont, qui éviteraient alors de conclure une convention d'arbitrage les plaçant dans une situation d'inégalité totale face à l'État. La question des immunités d'exécution est un peu plus complexe dans la mesure où elle engage potentiellement la saisine d'un patrimoine de l'État.

Le droit français apparaît assez favorable, mais la jurisprudence demeure fluctuante jusqu’à récemment, dans une situation où la jurisprudence marocaine peut être saluée pour son approche efficace vis-à-vis de la renonciation des États à leur immunité de juridiction lorsqu’une convention d’arbitrage est conclue.

**Conclusion du Chapitre 1 :** La convention d’arbitrage, dès lors qu’elle est valablement formée, s’impose aux parties. Sa nature contractuelle débouche sur une série d’effets sur les parties, dont nous avons pu étudier l’efficacité, par le biais des mécanismes et des garanties qui les entourent. En droit français, comme en droit marocain, le bilan est positif, du fait des sanctions par exécution en nature en cas de manquement à l’obligation de soumettre les litiges au tribunal arbitral. En somme, la force contractuelle de la convention d’arbitrage est telle que les parties peuvent s’en délier exclusivement par le biais d’un accord en commun. Son rayonnement va au-delà du respect de l’effet relatif, et les cas de transmission et d’extension de la convention d’arbitrage se multiplient. Peu importe qu’une partie soit de droit privé ou de droit public, du simple citoyen à l’émanation de l’État les mécanismes et garanties de protection de la convention d’arbitrage ne sont plus à prouver. Ainsi, l’efficacité de la convention d’arbitrage ne fait que s’accroître, et « *développer ses effets à la manière d’un rouleau-compresseur* »<sup>635</sup>.

---

<sup>635</sup>J.B. Racine, Droit de l’arbitrage, Editions PUF, 2016, p. 226

## Titre 2 :

### L’application de la convention d’arbitrage à l’arbitre

- 469. Obligation de trancher le litige.** La convention d’arbitrage, bien que conclu entre les parties, fait naître des obligations à l’égard de l’arbitre. Le principal effet de la convention d’arbitrage sur l’arbitre se traduit par la naissance de son obligation de trancher le litige. Effectivement, quelle que soit la rédaction de la clause d’arbitrage, son champ d’application ou encore les parties qu’elle implique, son objectif primaire, son fondement et sa raison d’être se traduisent par la volonté de voir le litige né entre les parties se résoudre par la voie de l’arbitrage. L’essence de la convention d’arbitrage est la résolution d’un litige par la voie de l’arbitrage. Le tribunal arbitral est donc le principal protagoniste.
- 470. Fondamentalisme de cette obligation.** Par exemple, la clause compromissoire la plus classique, est selon nous la clause-type CCI qui énonce que : « *Tous différends découlant du présent contrat ou en relation avec celui-ci seront tranchés définitivement suivant le Règlement d’arbitrage de la Chambre de commerce internationale par un ou plusieurs arbitres nommés conformément à ce Règlement.* »<sup>636</sup>. L’obligation qui représente le cœur de l’efficacité de la convention d’arbitrage repose sur l’arbitre. L’obligation de l’arbitre matérialise donc l’efficacité ultime de la convention d’arbitrage. Pour pouvoir atteindre cet objectif, l’arbitre devra respecter une multitude d’obligations annexes, tout au long du litige afin de pouvoir atteindre cet objectif ultime de réalisation de l’obligation de trancher le litige. Il s’agit par exemple de l’obligation de célérité, de l’obligation de loyauté ou encore de l’obligation de bonne conduite de la procédure arbitrale. Le respect de ces dernières converge vers la réalisation de l’obligation principale de trancher le litige.
- 471. Principe de compétence-compétence.** En amont de l’obligation de trancher le litige, l’arbitre doit d’abord vérifier sa compétence à ce sujet. Effectivement, il s’agit de s’assurer que la convention d’arbitrage est bel et bien valide, et que l’arbitre est compétent pour pouvoir traiter des litiges qui en découlent. A ce stade, le droit de l’arbitrage, que ce soit en France ou au Maroc, a progressivement admis un phénomène extraordinaire du fait de l’efficacité qu’il assure à l’arbitrage, il s’agit du principe de compétence-compétence. Bien que pour une partie

---

<sup>636</sup> Site Web de la CCI, « Standard ICC Arbitration Clause, French version », Dernier accès au 6 octobre 2022

de la doctrine, il ne s’agisse pas d’un effet de la convention d’arbitrage, mais plutôt un effet du droit de l’arbitrage<sup>637</sup>, il s’agit d’un préalable nécessaire à vérifier en amont des obligations concrètes de l’arbitre découlant de la conclusion de la convention d’arbitrage. S’il n’est pas compétent, aucune obligation, ne lui est applicable. Il est donc important d’étudier les mécanismes entourant la vérification de sa compétence, qui témoigne d’une grande efficacité, dans la mesure où cela renforce l’autonomie de la convention d’arbitrage, et l’indépendance de l’arbitrage même en tant que mode juridictionnel de règlement des conflits. Effectivement le principe de compétence-compétence permet au tribunal de statuer sur sa propre compétence, réduisant ainsi l’intervention du juge étatique au cours de la procédure arbitrale. De même, il participe à la préservation de la rapidité propre à la procédure arbitrale, dans la mesure où le tribunal arbitral n’a pas à surseoir à statuer, interrompant ainsi la procédure, en attendant que le juge étatique rende potentiellement son jugement. Il s’agira donc d’analyser ce principe de compétence-compétence, qui permet d’établir la compétence de l’arbitre pour trancher d’un litige, ce qui fait naître un certain nombre de principes. D’une part, il conviendra d’étudier la naissance des obligations positives attributives de la compétence du tribunal arbitral, puis les conséquences négatives qui en découlent du fait du dessaisissement des tribunaux étatiques. Cette obligation a deux facettes, l’effet positif attributif de compétence (**Chapitre 1**), et l’effet négatif entraînant l’incompétence des juridictions étatiques (**Chapitre 2**).

---

<sup>637</sup> J.-B. Racine, op. cit., p.226

## Chapitre 1 : L’effet positif attributif de compétence

L’effet positif attributif de compétence est essentiel pour assurer l’efficacité de la compétence du tribunal arbitral. Il est bien ancré en droit français (**Section 1**), il s’agira également d’en étudier précisément les contours et l’évolution en droit marocain (**Section 2**).

### *Section 1 : L’effet positif attributif de compétence en droit français*

Ce principe est fondamental en droit de l’arbitrage. Effectivement, il permet d’assurer l’efficacité de la convention d’arbitrage face aux manœuvres dilatoires des parties. Dans le cas contraire, « *cela remettrait en cause toute la finalité de l’arbitrage ; le recours à l’arbitrage demeurerait sans effet et la fonction arbitrale serait détruite* »<sup>638</sup>. Il est effectivement paradoxal de la part d’une partie d’accorder sa confiance à un tribunal arbitral en concluant une convention d’arbitrage pour ensuite la remettre en cause. Cela manifeste souvent d’une volonté mesquine de se délier de l’arbitrage, bien plus que d’un véritable questionnement sur la compétence du tribunal arbitral. Sans le principe de compétence-compétence, l’efficacité de l’arbitrage serait considérablement mise à mal dans la mesure où il suffirait qu’une partie saisisse le juge étatique pour mettre unilatéralement et discrétionnairement fin à l’arbitrage. Cet effet positif se décline lui-même en deux aspects, l’effet positif du principe de compétence-compétence (**A**), et l’effet positif de la convention d’arbitrage, attribuant la compétence au tribunal arbitral (**B**).

### **A. L’effet positif du principe de compétence-compétence**

**472. Nuances jurisprudentielles.** Ce principe a longtemps été nuancé par la jurisprudence<sup>639</sup> qui distinguait selon que les contestations portent sur les limites et la sphère de compétence de l’arbitre, domaine au sujet duquel il peut se prononcer, ou qu’elles portent sur la validité de la convention d’arbitrage, et le pouvoir de juger de l’arbitre qui en découle, domaine externe à ses compétences dans la mesure où l’éventuelle invalidité de la convention d’arbitrage entraînerait automatiquement son incompétence. Il devra alors surseoir à statuer pour toutes

---

<sup>638</sup> N. Najjar, op. cit., p. 271

<sup>639</sup> Arrêt Caulliez, Cass. Com. 22 févr. 1949, JCP 1949, II, 4899, note. H. Motulsky ; S. 1949., 1, 73

les questions relatives à la validité ou à l'existence de la convention d'arbitrage, limitant sa compétence aux questions relatives à l'étendue<sup>640</sup> de la convention d'arbitrage. La jurisprudence avait ainsi estimé que « *le litige mettant en cause la validité de la clause compromissoire doit être soumis aux juridictions de droit commun, seules compétentes pour en connaître* »<sup>641</sup>. Une telle position handicapait non seulement fortement l'office de l'arbitre et ses pouvoirs, mais alourdissait également la procédure d'arbitrage dans la mesure où l'arbitre ne pouvait se prononcer tant que le juge étatique ne l'avait pas fait.

**473. Principe de compétence-compétence et efficacité.** Pour Motulsky, il s'agissait même d'un « *véritable encouragement à l'obstruction* »<sup>642</sup> dans la mesure où il suffisait qu'une partie de mauvaise foi soulève une exception d'incompétence devant le juge pour bloquer, voir anéantir la procédure arbitrale. Ainsi, cet effet positif du principe de compétence-compétence est au cœur de l'efficacité de l'office de l'arbitre l'autorisant ainsi à juger de sa propre compétence, et dans le cas où l'exception d'incompétence n'est pas retenue, de permettre une poursuite de l'instance sans perturbations. Le cas échéant, il rendra une sentence d'incompétence, et l'affaire sera portée au juge étatique compétent.

**474. Consécration législative.** L'article 1466 du décret du 14 mai 1980 a mis fin à cette distinction, et a été repris par l'article 1465 issu du décret du 13 janvier 2011. Cette évolution se justifie pour la doctrine par des raisons pratiques dans la mesure où : « *ce principe est nécessaire au bon fonctionnement de l'arbitrage* »<sup>643</sup>. Dans le cas contraire, les plaideurs de mauvaise foi se contenteraient de soulever des exceptions d'incompétence afin de retarder le processus arbitral. Aujourd'hui, ce principe se traduit par le pouvoir accordé aux arbitres de statuer sur leur propre compétence.

**475. Nullité ou inexistance de la convention principale.** De même, l'arbitre a également le pouvoir de juger sur la nullité ou l'inexistence de la convention principale, sans que cela n'invalide la convention d'arbitrage, et par conséquent sa propre compétence. Sans cela, le rôle de l'arbitre serait vidé de sa substance. Également, quand bien même la convention d'arbitrage elle-même serait viciée, nulle ou inexistante, l'arbitre demeure compétent pour en

---

<sup>640</sup> C. Seraglini & J. Ortscheidt, op. cit., p. 210

<sup>641</sup> Arrêt Courtieu, Cass. Com., 6 oct. 1953, JCP, 1954, II, 8293; D. 1954, p. 25.

<sup>642</sup> L. Chedly, L'efficacité de l'Arbitrage commercial International (Volume 400), Brill, 2018, p. 461

<sup>643</sup> C. Seraglini & J. Ortscheidt, op. cit., p. 212

juger<sup>644</sup>. Ainsi, en protégeant le rôle de l'arbitre et en élargissant le domaine de sa compétence, c'est également la bonne conduite de l'instance arbitrale et la protection de la convention d'arbitrage qui sont en jeu.

**476. Application du principe.** L'application de ce principe à l'arbitrage n'est pas surprenante et constitue « *une application extensive ou analogique du principe selon lequel toute autorité est compétente pour connaître de sa propre compétence ou sur la présomption que les parties ont entendu soumettre également cette question préalable aux arbitres* »<sup>645</sup>. Il s'agit donc d'un principe général transposé à l'arbitrage.

**477. Double dimension.** Les effets positifs et négatifs du principe de compétence-compétence « *revêtent une dimension toute particulière en droit français, permettant d'assurer encore plus l'efficacité des conventions d'arbitrage* »<sup>646</sup>. Le principe de compétence-compétence est effectivement bien ancré en droit français de l'arbitrage. Le principe de compétence-compétence revêt une double dimension, d'une part son effet positif par lequel le tribunal arbitral a compétence pour apprécier sa propre compétence, et d'autre part l'aspect négatif en vertu duquel il est interdit au juge étatique de se prononcer sur des questions de compétence arbitrale. Cette question du principe de compétence-compétence est une « *pièce maitresse qui conditionne l'efficacité de tout le processus arbitral* »<sup>647</sup>. Effectivement, ce principe permet à l'arbitre d'avoir la mainmise sur le contrôle de la procédure arbitrale en ayant la compétence pour juger de sa propre compétence.

**478. Principe de compétence-compétence et autonomie de la convention d'arbitrage.** Cela renforce l'autonomie de la convention d'arbitrage, et le parallélisme de la procédure d'arbitrage vis-à-vis des procédures étatiques dans la mesure où la compétence du juge nationale est extrêmement réduite. Cela permet également d'éviter les manœuvres dilatoires des parties cherchant à contourner ou à retarder la procédure d'arbitrage en soumettant leur litige aux juges étatiques en violation de cette dernière. Ainsi, « *La convention d'arbitrage vise à l'organisation d'un mode particulier de règlement des litiges dont l'efficacité implique*

---

<sup>644</sup> V. E. Loquin, Deux principes à distinguer : l'autonomie de la clause compromissoire par rapport au contrat principal et la compétence de l'arbitre pour apprécier sa compétence : RTD com. 1997, p. 632

<sup>645</sup> Sebastian Partida, La convention d'arbitrage dans le droit des nouvelles puissances économiques (Chine, Inde, Brésil, Mexique), Thèse de doctorat en droit international, 2019p. 613

<sup>646</sup> Christophe Seraglini & Jérôme Ortscheidt, Droit de l'arbitrage interne et international, Précis Domat Droit Privé, 2<sup>ème</sup> édition p. 207

<sup>647</sup> L. Chedly, L'efficacité de l'Arbitrage commercial International (Volume 400), Brill, 2018, p. 98



*qu'une partie ne puisse se soustraire trop facilement à son engagement* »<sup>648</sup>. L'optimisation de cet objectif nécessite la concentration de l'organisation de la procédure entre les mains du tribunal arbitral. Dans cette optique, le principe de compétence-compétence est central.

**479. Définition de l'effet positif.** Aujourd'hui, l'effet positif du principe de compétence-compétence est consacré par l'article 1465 du CPC qui retient que : « *le tribunal est seul compétent pour statuer sur les contestations relatives à son pouvoir juridictionnel* ». La Cour de cassation le vise régulièrement comme le « *principe selon lequel il appartient à l'arbitre de statuer sur sa propre compétence* »<sup>649</sup>. Ainsi, l'effet positif fonde la compétence du tribunal arbitral pour trancher les litiges couverts par le champ d'application de la convention d'arbitrage. Toutefois, il n'a pas toujours été acquis, puisqu'un arrêt, en matière d'arbitrage interne, avait retenu que « *le litige mettant en cause la validité de la clause compromissoire doit être soumis aux juridictions de droit commun, seules compétentes pour en connaître* »<sup>650</sup>. Désormais, l'arbitre a une compétence pleinement efficace pour juger de sa propre compétence, qu'il s'agisse de l'existence ou de la validité de la convention d'arbitrage, mais également de son étendue *ratione materiae* ou *ratione personae*.

**480. Compétence pour juger de l'existence de la convention d'arbitrage.** Ainsi, il s'agit « *non seulement de se prononcer sur un vice affectant directement la convention d'arbitrage, mais aussi d'apprécier l'existence même de cette convention ou de déterminer les parties auxquelles elle est applicable* »<sup>651</sup>. Cette jurisprudence élargit donc la compétence de l'arbitre pour juger de l'existence même de la convention d'arbitrage. Cette solution est essentielle pour l'efficacité et le bon fonctionnement de l'arbitrage. la juridiction étatique, pendant que l'arbitrage est suspendu, serait extrêmement chronophage et inefficace. Par ailleurs, il en relève également de l'efficacité substantielle et intrinsèque au rôle de l'arbitre, d'un point de vue juridictionnel. Il s'agit d'un mode de règlement des litiges parallèle aux juridictions étatiques, et l'intervention de ces dernières pour juger de la compétence de l'arbitre traduit une grave immixtion. Enfin, cela favoriserait bien au contraire l'efficacité des manœuvres dilatoires des parties de mauvaise foi, souhaitant retarder, voir interrompre, l'arbitrage. Pour MM. Seraglini et Ortscheidt, c'est « *l'efficacité même du transfert de compétence des*

---

<sup>648</sup> C. Seraglini & J. Ortscheidt, op. cit., p. 641

<sup>649</sup> Arrêt Zanzi, Civ. 1<sup>ère</sup> 5 janv. 1999, Rev. Arb. 1999, p. 260, note Ph. Fouchard ; Rev. Crit. DIP 1999, p. 546, note D. Bureau ; JDI 1999, p. 784, obs. S. Poillot-Perruzzetto ; RTD com. 1999, p. 380, obs. E. Loquin

<sup>650</sup> Cass. Com., 6 oct. 1953, Courtieu, D. 1954, jurispr., p. 25 ; JCP 1954, II, 8293

<sup>651</sup> CA Paris. 28 févr. 2001, Rev. Arb. 2001, p. 235

*tribunaux étatiques au tribunal arbitral censé résulter de la stipulation d'une convention d'arbitrage, et donc de l'arbitrage, qui risquerait finalement d'être mise à mal* »<sup>652</sup>. La doctrine appuie le caractère essentiel de ce principe sans lequel l'efficacité de la compétence des tribunaux arbitraux serait mise à mal.

**481. Inefficacité de la double-compétence du juge étatique et de l'arbitre.** Par ailleurs, mettre en concurrence la compétence du juge étatique et de l'arbitre à ce sujet risque d'être source d'inefficacité dans la mesure où cela ouvrirait la porte à des décisions contradictoires qui risquent de créer un climat d'insécurité. Cela risque de décourager les parties de se tourner vers l'arbitre au vu des moyens financiers et du risque chronophage, débouchant sur une situation d'insécurité juridique. Effectivement, il est possible que cela résulte sur le fait que deux procédures parallèles soient ouvertes devant le juge étatique et l'arbitre, menant à des résultats contradictoires. Par exemple, cela pourrait donner lieu à des situations absurdes, où le juge étatique a invalidé la convention d'arbitrage, alors que l'arbitre a reconnu sa propre compétence. Dans cette situation la question se pose de savoir si l'arbitre devra « *alors attacher automatiquement une autorité de chose jugée à cette décision qui n'a ni sa compétence, attendre l'issue des recours dont elle peut faire l'objet dans son ordre juridique ou poursuivre son travail* »<sup>653</sup>. Chacune de ces options donne donc lieu à une issue totalement différente, selon le bon vouloir de l'arbitre alors même que ce n'est pas inconséquent puisque si l'arbitre décide de poursuivre son travail et que l'invalidité de la convention d'arbitrage est retenue par la Cour de cassation, il s'expose au risque de voir son travail réduit à néant. Pour éviter toute confusion, il faut absolument que la priorité soit accordée au juge étatique ou à l'arbitre. Le droit français l'a accordé à l'arbitre à la faveur de l'efficacité de la compétence du tribunal arbitral, justifiant cette position « *par l'idée que toute contestation relative à la compétence de l'arbitre est a priori formulée de mauvaise foi* »<sup>654</sup>. Le principe est donc la validité de la convention d'arbitrage, et il s'agit de se méfier de toute contestation à son égard ce qui justifie ces garanties.

**482. Admission internationale du principe.** Au-delà du droit français, il s'agit d'un principe transnational reconnu par les conventions internationales. Ceci est logique, et relève d'un

---

<sup>652</sup> C. Seraglini & J. Ortscheidt, op. cit., p. 652

<sup>653</sup> C. Seraglini & J. Ortscheidt, op. cit., p. 672

<sup>654</sup> C. Seraglini & J. Ortscheidt, op. cit., p. 673

principe général du droit en vertu duquel « tout juge, est juge de sa propre compétence »<sup>655</sup>. Il a ainsi été érigé au rang de principe général du droit du commerce international. A titre d'illustration, la loi-type CNUDCI retient en son article 16 que : « *le tribunal arbitral peut statuer sur sa compétence, y compris sur toute exception relative à l'existence ou à la validité de la convention d'arbitrage* ». Le principe est large et limpide, le tribunal a compétence pour juger de sa propre compétence, et ce alors même qu'il y a un potentiel doute sur l'existence ou la validité de la convention d'arbitrage. Ceci écarte d'office l'hypothèse par le biais de laquelle les parties pourraient justifier la saisine du juge étatique sur le fondement d'une inexistence ou d'une invalidité de la convention d'arbitrage. Il s'agit d'une claire reconnaissance de l'effet positif du principe de compétence-compétence. Ainsi, que ce soit interne ou international, ce principe fait l'unanimité. Sa justification est clairement liée à la problématique. En l'absence de la consécration de ce principe de compétence-compétence, il y aurait le risque d'un « *un véritable encouragement à l'obstruction* »<sup>656</sup>, du fait de la multiplication des parties souhaitant se délier de l'arbitrage en se fondant sur une exception d'incompétence de l'arbitre. L'arbitre est incontestablement le protagoniste le plus légitime pour pouvoir juger de sa compétence et de la bonne foi des parties soulevant l'exception d'incompétence ou l'invalidité de la convention d'arbitrage.

**483. Précision des modalités.** Au-delà de l'admission générale du principe de compétence-compétence, il s'agit de déterminer l'efficacité des modalités qui l'entourent. Il s'agit d'un élément essentiel à l'efficacité de la procédure dans la mesure où cela réduit considérablement les perturbations de la procédure d'un point de vue temporel. Il est inconcevable, après des échanges de mémoire et un investissement considérable de la part des parties et du tribunal arbitral, de soulever l'invalidité de la convention d'arbitrage par exemple. Ce n'est pourtant pas très clair en droit français, l'article 1466 du Code de procédure civile énonçant que : « la partie qui, en connaissance de cause et sans motif légitime, s'abstient d'invoquer en temps utile une irrégularité devant le tribunal arbitral est réputée avoir renoncé à s'en prévaloir ». Il s'agit d'interpréter la signification du « temps utile » par la doctrine.

**484. Apport jurisprudentiel.** Du fait du silence des textes, la jurisprudence a dû répondre à cette question. La question s'est posée de savoir la question de la compétence des arbitres entraine dans le régime des exceptions d'incompétence de l'article 74 du CPC. Une partie de la

---

<sup>655</sup> J.-B. op. cit., p. 282

<sup>656</sup> L. Chedly, op. cit., p. 461

doctrine a jugé compliqué d’accepter l’application de l’article 74 du CPC à l’arbitrage, dans la mesure où cela est difficile à allier avec le régime de l’arbitrage qui accepte même que la compétence de l’arbitre soit soulevée après le rendu de la sentence par le biais d’un recours en annulation<sup>657</sup>. A cela, M. Loquin ajoute qu’en tout état de cause, l’article 74 du CPC s’applique uniquement s’agissant de discussions relatives à concurrence de compétence entre plusieurs juridictions étatiques<sup>658</sup>. Il s’agit donc de rechercher la réponse dans les principes même de l’arbitrage. M. Loquin poursuit son raisonnement en avançant l’argument de la volonté des parties, en vertu de laquelle les vices affectant la convention d’arbitrage peuvent être couverts par cette volonté. Ainsi, le fait que les parties participent à l’instance sans soulever l’exception d’incompétence a été considéré par la jurisprudence comme couvrant la potentielle nullité ou inexistance de la convention d’arbitrage<sup>659</sup>. Il peut être déduit de cette position qu’une fois que les parties n’ont soulevé aucune contestation en début d’instance, elles ne peuvent en principe les soulever ultérieurement par mesure de préservation de la sécurité juridique. Toutefois, s’agissant de l’incompétence du tribunal arbitral, cette dernière ne doit pas être soulevée obligatoirement in limine litis, surtout si elle est fondée sur une cause d’ordre public, comme l’inarbitrabilité du litige par exemple<sup>660</sup>. Nous n’approuvons pas cette position inefficace, dans la mesure où les cas comme l’inarbitrabilité ont pu également être connus en début d’instance.

**485. Cas particulier des excès de pouvoir.** La convention de Genève nuance également ce principe du fait des cas où les questions de compétence sont soulevées relativement à des questions d’excès de pouvoir, qui ne peuvent par principe, être soulevés avant toute défense au fond. L’article V.1 de la Convention de Genève du 21 avril 1961 retient ainsi que : « *La partie qui entend soulever une exception prise de l’incompétence de l’arbitre doit, lorsqu’il s’agit d’exceptions fondées sur l’inexistence, la nullité ou la caducité de la convention d’arbitrage, le faire dans la procédure arbitrale au plus tard au moment de présenter ses défenses sur le fond et lorsqu’il s’agit d’exceptions prises de ce que la question litigieuse excéderait les pouvoirs de l’arbitre, aussitôt que sera soulevée, dans la procédure arbitrale, la question qui excéderait ces pouvoirs. Lorsque le retard est dû à une cause jugée valable*

---

<sup>657</sup> Fasc. 1800-60 : Arbitrage – Compétence arbitrale– Conflit entre la compétence arbitrale et la compétence judiciaire Date du fascicule : 30 Juillet 2021 Éric Loquin - Professeur émérite de l’université de Bourgogne - Ancien doyen de la faculté de droit de Dijon

<sup>658</sup> *ibid*

<sup>659</sup> CA Paris, 12 janv. 1988 : Rev. arb. 1988, p. 570

<sup>660</sup> Fasc. 1800-60, *op. cit.*,

*par l'arbitre, celui-ci déclare l'exception recevable.* ». Cette position n'est pas source d'inefficacité dans la mesure où une demande fondée sur l'excès de pouvoir exige au préalable une action de l'arbitre, et ne peut ainsi pas être soulevée avant toute défense au fond. En tout état de cause, ce principe n'est pas absolu. Un contrôle a posteriori du juge par le biais de la formulation d'un recours en annulation.

## **B. L'obligation du tribunal de résoudre les litiges couverts par la convention d'arbitrage**

**486. Détermination de l'obligation.** Une fois que l'arbitre a établi sa compétence, l'objectif est de trancher le litige. Il s'agit donc d'étudier les obligations qui en ressortent. Effectivement, le cœur de la convention d'arbitrage et de la procédure, il s'agit de trancher les litiges. La principale obligation qui née à l'égard de l'arbitre dans le cadre de l'arbitrage se traduit donc par celle de trancher les litiges. Or, afin de trancher le litige, une myriade d'obligations naissent pour pouvoir mener à bien cette mission et respecter cette obligation. Le fait de trancher le litige traduit l'effet ultime que vise la convention d'arbitrage.

**487. Obligation objective de l'arbitre : obligation de trancher le litige.** La principale obligation de l'arbitre découle du cœur de toute la procédure d'arbitrage : trancher le litige. En effet, « *A la question qui t'as fait juge, l'arbitre répondra : « les parties ».* »<sup>661</sup>. De ce fait, bien que la convention d'arbitrage soit conclue par les parties, il découle de cette conclusion un effet au cœur de la procédure, qui est la naissance de l'obligation de trancher le litige pour le tribunal arbitral. Également, les limites de cette obligation coïncident avec les limites de la convention d'arbitrage, dans la mesure où le champ d'application des litiges dont le tribunal arbitral peut connaître dépend de la rédaction de la convention d'arbitrage et de la portée *ratione materiae* que les parties ont voulu lui accorder<sup>662</sup>. Cette obligation est posée par l'article 1457 du CPC pour l'arbitrage interne, et renvoyée à l'arbitrage internationale par le biais de l'article 1506, et énonce qu'il « *appartient à l'arbitre de poursuivre sa mission jusqu'au terme de celle-ci* ».

**488. Panel des sous-obligations.** De cette obligation découle une myriade de « sous-obligations », tel que le respect des droits de la défense, le fait d'assurer un procès équitable en assurant des

---

<sup>661</sup> J.-B. Racine, op. cit., . 226

<sup>662</sup>Part 2 : Chapter III - Effects of the Arbitration Agreement', in Emmanuel Gaillard and John Savage (eds), Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration, (© Kluwer Law International; Kluwer Law International 1999) pp. 381 - 416

débats menés avec loyauté et dans le respect de du principe de contradiction. Effectivement, le fait que l'arbitrage soit une forme de justice privée ne soustrait en rien l'arbitre à un respect équivalent du procès équitable que celui qui est du lors d'un procès mené par le juge étatique. Au contraire, c'est ce type d'efficacité et de sécurité juridique qui encourage les parties à se tourner vers la procédure d'arbitrage. L'obligation de trancher le litige peut s'interpréter comme l'obligation de rendre une sentence efficace. Effectivement, il a été retenu par la doctrine que pèse sur l'arbitre « *l'obligation de permettre à la sentence d'obtenir une efficacité maximale* », c'est-à-dire de réduire au maximum la possibilité de voir des recours en annulation ou un refus de l'exequatur. Il s'agit également de respecter les délais posés par les parties, et de conduire la procédure arbitrale conformément à la volonté des parties.

**489. Obligations annexes.** De cette obligation positive d'arbitrer découle de nombreuses obligations annexes. Effectivement, l'efficacité de l'obligation de trancher un litige par un arbitre ne se limite pas simplement au rendu de la sentence dans un certain délai. Il en découle un certain nombre d'obligations que l'arbitre doit respecter pour que le devoir d'efficacité soit rempli tout au long du processus arbitrage. Ainsi, il a été considéré que : « *Une convention d'arbitrage n'est pas simplement un engagement négatif de ne pas intenter de procès, mais une obligation positive de prendre part à un processus sui generis qui exige un degré substantiel de coopération.* »<sup>663</sup>. Ce devoir de coopération ne repose pas exclusivement sur les parties, mais également sur l'arbitre et se manifeste par le bais de l'obligation de célérité et de bonne conduite de la procédure arbitrale.

**490. Obligations subjectives de l'arbitre : la bonne conduite de la procédure.** Outre cette tenue objective de la procédure, l'arbitre est également tenue à des obligations subjectives, telle que l'analyse des mémoires qui lui sont soumis, le fait d'ordonner des expertises ou des auditions lorsque cela est nécessaire pour l'éclaircissement du tribunal arbitral, le fait de préparer un calendrier procédural qui permet d'organiser une procédure efficace, à moins que cela soit délégué à une institution arbitrale. L'obligation de l'arbitre de mener la procédure jusqu'à son terme n'est pas illimitée, dans la mesure où il est autorisé en application de l'article 1457 du CPC de soulever une cause légitime pour interrompre sa mission.

---

<sup>663</sup>G. Born, 'Chapter 2: International Arbitration Agreements: Legal Framework', International Arbitration: Law and Practice (Third Edition), 3rd edition (© Kluwer Law International; Kluwer Law International 2021) pp. 53 - 80

**491. Causes d'interruptions légitimes.** Il s'agit généralement d'une maladie, d'une incapacité physique ou juridique, ou encore la survenance d'un évènement qui met à mal son indépendance ou son impartialité. Cette obligation de bonne conduite de la procédure arbitrale peut être rattachée de façon plus généraliste au devoir d'efficacité de l'arbitre. Ce dernier doit mener chaque étape de la procédure avec efficacité et conformément à son engagement envers les parties et à l'application du potentiel règlement institutionnel applicable. Cette efficacité doit déboucher sur le rendu une sentence efficace, c'est-à-dire une sentence « qui ne s'expose pas trop à la censure »<sup>664</sup>. Sa responsabilité n'est pas engagée dans ces conditions. Toute ces obligations doivent être menés sous le prisme d'une obligation au cœur de l'efficacité de l'arbitrage : l'obligation de célérité.

**492. Obligation de célérité.** Cette dernière est consacrée par l'article 1464 du CPC et doit avoir effet sur chaque facette de la mission à laquelle l'arbitre s'est engagé. Ce même article pose également une obligation de loyauté, qui se traduit par l'obligation de l'arbitre « *d'user équitablement de ses pouvoirs dans la conduite de la procédure, l'une des parties ne devant pas être désavantagée par rapport à l'autre* »<sup>665</sup>. Il s'agit plus largement d'une obligation de tout mettre en œuvre pour que la procédure soit menée de façon efficace et équitable à l'égard des parties. L'une des obligations les plus importantes est le respect du principe d'égalité des parties<sup>666</sup>. Ce principe a notamment été retenu par l'arrêt Dutco et induit que l'arbitre doit informer les parties des étapes de la procédure de façon équitable et les entendre de façon équivalente.

**493. Principe de contradiction.** Le corollaire du principe d'égalité est le principe de contradiction qui a été retenu par un arrêt rendu par la Cour d'appel de Paris qui retient que : « *La juridiction arbitrale doit impérativement respecter et faire respecter le principe du contradictoire* »<sup>667</sup>. Ainsi, l'arbitre est tenu de respecter les principes fondamentaux du procès équitable dans une optique de recherche de l'efficacité de la procédure arbitrale. Cet arrêt détaille les facettes du principe de contradictoire, imposant notamment à l'arbitre d'assurer aux parties la possibilité de faire valoir leurs moyens et de connaître de ceux de la partie opposée et de transmettre aux parties tout moyen de fait ou de droit qui leur aurait été transmis.

---

<sup>664</sup> C. Seraglini & J. Ortscheidt, op. cit., p. 794

<sup>665</sup> C. Seraglini & J. Ortscheidt, op. cit., p. 325

<sup>666</sup> CA Paris, 5 mai 1989, Dutco : Rev. Arb. 1989, p. 723, note P. Bellet

<sup>667</sup> CA Paris, 16 janvier 2003

**494. Obligation de confidentialité.** La confidentialité est considérée comme l'un des principaux avantages de la procédure d'arbitrage, pour les parties qui ne souhaitent pas se voir exposer à un procès public. L'un de ses corollaires est l'obligation de confidentialité qui pèse sur l'arbitre, qui doit respecter cette volonté des parties de maintenir les éléments constitutifs de la procédure arbitrale confidentiels. Ainsi, l'arrêt Ojeh a retenu que « *par nature, la procédure arbitrale assure la meilleure discrétion pour les règlements d'ordre privé ainsi que les deux parties en ont convenu* »<sup>668</sup>. Il s'agit donc d'une obligation découlant de la nature même de la procédure arbitrale, sans qu'elle soit expressément prévue par la convention d'arbitrage ou le contrat d'arbitrage. En tout état de cause, cette obligation de confidentialité peut être interprétée par une lecture de l'article 1464 du CPC qui retient que « *sous réserve des obligations légales et à moins que les parties n'en disposent autrement, la procédure arbitrale est soumise au principe de confidentialité* ». Cette obligation de confidentialité s'applique à l'existence même de la procédure d'arbitrage<sup>669</sup>, mais s'étend également à toute la documentation et les pièces produites par les parties, ainsi que les comptes-rendus d'audience. La seule limite se traduit par l'obligation de révélation à laquelle peut être soumis un arbitre dans certains cas très précis. Cela est par exemple le cas lorsque des intérêts supérieurs sont en jeu, telle que la protection de l'épargne publique<sup>670</sup>. L'obligation de confidentialité participe également de l'efficacité de l'arbitrage, en étant secrète, la procédure d'arbitrage évite toute interférence extérieure qui pourrait potentiellement porter préjudice à la bonne conduite de la procédure arbitrale, ou toute médiatisation qui risquerait de la perturber.

**495. Obligation de révélation.** L'obligation de révélation se positionne en amont des obligations d'indépendance et d'impartialité dans la mesure où en application de l'article 1456 du Code de procédure civile, applicable au droit interne et au droit international, l'arbitre doit révéler toute information pouvant faire douter de son indépendance ou de son impartialité. Avant la réforme de 2011, la jurisprudence avait déjà d'ores et déjà admis l'obligation de révélation, retenant même qu'elle était considérée comme une « *règle matérielle française* »<sup>671</sup> que les juges français devraient appliquer s'ils sont amenés à connaître d'un arbitrage international<sup>672</sup>.

---

<sup>668</sup> CA Paris, 18 févr. 1986 : D. 1987, p. 339

<sup>669</sup> T. com. Paris, ord. réf., 22 févr. 1999 : Rev. arb. 2003, p. 189

<sup>670</sup> (B. Fage, La confidentialité de l'arbitrage à l'épreuve de la transparence financière : Rev. arb. 2000, p. 5

<sup>671</sup> Christophe Seraglini & Jérôme Ortscheidt, Droit de l'arbitrage interne et international, Précis Domat Droit Privé, 2<sup>ème</sup> édition p. 734

<sup>672</sup> Ph. Fouchard, E. Gaillard, B. Goldman, Traité de l'arbitrage commercial international, Litec, 1996, n°1056, p. 596



Ainsi, l'obligation de révélation est préalable à l'acceptation de la mission, mais se poursuit tout le long de l'instance.

**496. Obligation de révélation et efficacité.** Le respect de l'obligation de révélation donne toute son efficacité à la procédure dans la mesure où la bonne foi de l'arbitre permet d'éviter qu'une procédure se poursuive alors même que certaines circonstances affectent l'indépendance et l'impartialité de l'arbitre. En révélant ces circonstances dès le début, une considérable perte de temps et d'énergie se soldant par l'annulation d'une sentence peuvent être évitées. Le respect de cette obligation est donc essentiel. Pour M. Chedly, « *plus l'obligation de révélation est étendue, plus on immunise l'arbitrage et on préserve son efficacité* »<sup>673</sup>. Nous rejoignons M. Chedly sur ce point puisque la révélation expie la procédure de tout potentiel vice qui pourrait la rattraper au moment du rendu de la sentence et de l'exequatur.

**497. Effet doublement efficace.** Ce qui est intéressant vis-à-vis de l'efficacité de la convention, c'est que la révélation d'un arbitre n'est pas synonyme de récusation. Un arbitre peut être tout à fait maintenu tant que les parties acceptent les circonstances pouvant faire douter de son impartialité ou de son indépendance en connaissance de cause. La révélation est donc doublement au service de l'efficacité, puisqu'elle écarte l'éventualité d'arguments de mauvaise foi ultérieurs. Cette efficacité est à nuancer, puisque certains auteurs avancent toujours la possibilité pour certaines parties d'utiliser la révélation pour retarder la procédure et faire « *obstruction* »<sup>674</sup> à un arbitre qu'ils ne veulent pas voir nommer. L'article 1456 du Code de procédure civile propose une solution par le biais de l'intervention d'un juge tiers. Cette solution est en demi-teinte dans la mesure où elle implique l'intervention d'un juge non choisi par les parties.

**498. Illustration jurisprudentielle.** La Cour d'appel de Paris a déterminé les faits que l'arbitre doit révéler que sont « *toutes circonstance de nature à affecter son jugement et à provoquer dans l'esprit des parties un doute raisonnable sur ses qualités d'impartialité et d'indépendance, qui sont l'essence même de la fonction arbitrale* »<sup>675</sup>. Cette obligation de révélation s'apprécie également « *au regard du lien entre l'information et le litige* »<sup>676</sup> et selon

---

<sup>673</sup> L. Chedly, op. cit., para 177

<sup>674</sup> L. Chedly, op. cit., p. 434

<sup>675</sup> Cass. 1<sup>ère</sup> civ. 28 mai 2015, Rev. Arb. 2015, p. 656

<sup>676</sup> C. Seraglini & J. Ortscheidt, op. cit., p. 274

le degré de notoriété du fait en question<sup>677</sup>. Si le fait est notable, l'arbitre n'est pas obligé le révéler. En tout état de cause, l'appréciation de ces circonstances est à la fois objective, puisqu'il s'agit de faits ou circonstances objectifs permettant de faire douter de son impartialité ou de son indépendance, mais également subjectifs, vis-à-vis du lien subjectif avec les parties ou l'objet du litige. En tout état de cause, une fois le fait ou la circonstance pouvant faire douter de l'impartialité ou de l'indépendance de l'arbitre est révélé, la procédure est encadrée par l'article 1456 alinéa 3 qui retient qu'en cas de différend sur le maintien de l'arbitre, la difficulté est réglée par la personne chargée d'organiser l'arbitrage, ou, à défaut, tranchée par le juge d'appui, saisi dans le mois qui suit la révélation ou la découverte du fait litigieux. Ainsi, cette procédure fait intervenir un tiers afin d'éviter que les parties de mauvaise foi se prévalent de fausses déclarations ou faux doutes pour empêcher la nomination d'un arbitre. Certaines institutions comme la CCI<sup>678</sup> ou la LCIA<sup>679</sup> prévoient dans leur règlement un droit pour l'institution de confirmer ou non la nomination des arbitres. Il s'agit de définir l'impartialité et l'indépendance en cause par cette obligation de révélation. Ainsi, les obligations qui reposent sur le juge étatique, reposent également sur l'arbitre ce qui souligne le caractère concurrent de l'arbitre vis-à-vis du juge, et l'importance de la procédure d'arbitrage qui se situe au même niveau que la procédure juridictionnelle étatique dans la mesure où elles présentent les mêmes exigences et sont entourées des mêmes garanties.

Une fois ces obligations listées, il s'agit d'en déterminer la nature.

**499. Nature des obligations.** Une question s'est posée relativement à la nature des obligations de l'arbitre : s'agit-il d'une obligation de moyens ou de résultats ? Originellement, la Cour de cassation a eu l'occasion de répondre à cette question s'agissant de l'obligation spécifique du respect du délai de reddition de la sentence arbitrale, qu'elle a jugé être une obligation de résultat<sup>680</sup>. Elle est plus tard revenue sur cette position, retenant qu'il s'agissait d'une obligation de moyens dans le cadre d'une affaire d'une particulière complexité<sup>681</sup>. Nous pensons qu'il s'agit d'une obligation de moyens, et qu'on ne peut effectuer une généralité du fait de la multiplication des affaires d'une taille et d'une complexité différente, qui peuvent nécessiter plus de temps que prévu pour traiter efficacement de ces dernières.

---

<sup>677</sup> Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 28 mai 2015, Rev. Arb. 2015, p. 656

<sup>678</sup> Art. 13.2

<sup>679</sup> Art. 7.1

<sup>680</sup> Civ. 1, 6 déc. 2005

<sup>681</sup> Civ. 1, 17 nov. 2010, Rev. arb. 2011, p. 243, note Ch. Jarrosson

**500. Effet sur la sentence arbitrale.** L'efficacité n'est pas uniquement la rapidité ou le traitement des affaires dans le délai, mais la véritable efficacité est substantielle et se traduit par le rendu d'une sentence juste et équitable après minutieuse étude du dossier. En tout état de cause, l'arbitre peut demander une prorogation au juge d'appui pour pouvoir rendre sa sentence après l'expiration du délai. Effectivement, l'article 1463 du CPC retient que : « *Le délai légal ou conventionnel peut être prorogé par accord des parties ou, à défaut, par le juge d'appui.* ». Pour M. Seraglini, la véritable obligation de résultat se situe dans l'obligation de demander une prorogation en cas de difficulté à tenir les délais imposés par la convention d'arbitrage<sup>682</sup>. Il ne faut donc pas rechercher la faute de l'arbitre, à partir du moment où il n'a pas saisi le juge d'appui pour une demande de prorogation, sa responsabilité est engagée. Toutefois, l'obligation de diligence est quant à elle considérée comme une obligation de moyen, il s'agit de prouver que l'arbitre n'a pas tout mis en œuvre pour rendre la sentence dans les délais.

**Conclusion :** En conclusion, la convention d'arbitrage impose un certain nombre d'obligations à l'arbitre. En amont de ces obligations, le droit français a efficacement accordé à l'arbitre la compétence de juger de sa propre compétence, ce qui permet de limiter l'immixtion des juges étatiques, d'éviter la tenue de procédures parallèles, et de renforcer l'autonomie de l'arbitrage. Afin que ces obligations soient bien respectées, elles doivent être assorties de sanctions assez dissuasives, mais sans pour autant être utilisées par les parties de façon dilatoire, de telle manière que la responsabilité des arbitres soit engagée pour entraver la bonne tenue de la procédure d'arbitrage. En l'espèce, le droit français est efficace dans la mesure où il ouvre la possibilité de récuser ou engager la responsabilité civile de l'arbitre, mais de façon exceptionnelle au regard de l'immunité dont il bénéficie de fait de son statut d'arbitre. Également, afin de ne pas paralyser la procédure d'arbitrage, le droit français a mis en place une procédure de remplacement de l'arbitre. Le droit français ayant été détaillé comme modèle, il s'agit de vérifier si le droit marocain se conforme à l'efficacité de ces standards internationaux.

---

<sup>682</sup> C. SERAGLINI, Droit de l'arbitrage, La Semaine Juridique Edition Générale n° 24, 14 Juin 2006, I 148

## *Section 2 : L'effet positif attributif de compétence en droit marocain*

En droit marocain, comme en droit français, l'objectif de la consécration du principe de compétence-compétence est de préserver l'instance arbitrale. Effectivement, il participe du renforcement de l'autonomie de l'arbitrage, qui rend cette justice privée d'autant plus attractive pour les parties à la recherche d'une procédure complètement indépendante des tribunaux arbitraux. Cette généralisation du principe de compétence-compétence lie bien ce dernier à la problématique de l'efficacité. Effectivement, comme l'exprime Mme. Boucaron-Nardetto : « *les États ont un intérêt économique à favoriser l'efficacité de la justice arbitrale ; l'arbitrage est aujourd'hui perçu comme étant à l'origine, directe ou indirecte, de gains potentiels pour l'État.* »<sup>683</sup>. Pour assurer cette efficacité, il faut garantir l'indépendance totale de l'arbitrage vis-à-vis des juridictions étatiques. Il conviendra d'une part d'envisager le principe de compétence-compétence en droit marocain (A), pour ensuite analyser l'effet positif de la convention d'arbitrage sur l'arbitre, les obligations qui naissent (B).

### **A. Le principe de compétence-compétence en droit marocain**

**501. Principe.** Ce principe est encadré par l'article 327-9 du CPC<sup>684</sup> qui retient qu'il revient au tribunal arbitral de statuer sur « *la validité ou les limites de ses compétences ou sur la validité de la convention d'arbitrage* ». L'article 32 de la loi 95-17 modifie le régime, dans la mesure où il ouvre la voie à un recours « *recours dans un délai de quinze jours à compter de la date de sa délivrance, devant le président du tribunal compétent, après convocation des parties, qui rend une ordonnance non susceptible de recours* ». A notre sens, il s'agit d'un recul du principe de compétence-compétence dans la mesure où l'examen de la convention d'arbitrage par les juridictions étatiques est simplement reporté, est peut alors être contesté avant même que la procédure arbitrale soit entamée. Il aurait été plus judicieux de maintenir le régime introduit par la loi 08-05 qui interdisait tout recours contre l'ordonnance rendue relative à la compétence de l'arbitre ou à la validité de la convention d'arbitrage. En tout état de cause, les parties ont toujours la possibilité de former un recours contre la sentence une fois qu'elle est

---

<sup>683</sup> M. Boucaron-Nardetto, Le principe de compétence-compétence en droit de l'arbitrage, Thèse sous la direction de M. Jean-Baptiste Racine, 2011

<sup>684</sup> Article 32 du Code de l'arbitrage ratifié le 13 juin 2022 issu de Loi n° 95-17 relative à l'arbitrage et à la médiation conventionnelle, ratifiée le 13 juin 2022, BO 7099

rendue, le contrôle des juridictions étatiques est donc exercé en aval. Il n’y avait pas de nécessité d’ajouter un contrôle en amont qui alourdit inutilement la procédure.

**502. Principe de compétence-compétence et autonomie.** Le principe de compétence-compétence est un corollaire de l’autonomie de la convention d’arbitrage, et se définit comme la compétence du tribunal arbitral de statuer sur la validité, la légitimité et les limites de sa propre compétence. Ce principe est essentiel à la préservation de l’institution d’arbitrage dans la mesure où il participe de l’indépendance des arbitres, et de leur égalité avec les juridictions étatiques qui ne détiennent donc pas le pouvoir d’intervenir sur leur compétence, toutes composantes de l’efficacité de la convention d’arbitrage. Sans cela, l’arbitrage serait vidé de son efficacité puisque les arbitres verraient leur pouvoir atrophié et se verraient dépendants des juridictions étatiques pour ce qui correspond à l’essence de leur fonction.

**503. Consécration conventionnelle.** En somme, le principe de compétence-compétence est entériné par l’ensemble des conventions internationales dont le Maroc est signataire. C’est ainsi par exemple le cas de la Convention de Washington pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre Etats et ressortissants d’autres Etats du 18 mars 1965 en son article 41. Outre les dispositions législatives internes, le Maroc reconnaît ainsi également l’application de ce principe par le biais des conventions qu’il a signées. Le Maroc est beaucoup plus avancé que d’autres systèmes arabes plus traditionnels, tel que le système Qatari ou Koweïti, qui réfutent le principe de compétence-compétence, et exigent que les arbitres sursoient à statuer en cas de question sur leur compétence.

**504. L’étendue du principe de compétence-compétence.** La doctrine considère que le principe de compétence-compétence en droit marocain n’est pas récent, et que son application s’est manifestée antérieurement à la consécration de la loi 08-05<sup>685</sup>. Une telle position est effectivement corroborée par des illustrations jurisprudentielles, tel que l’arrêt rendu en 2002 par la Cour de cassation qui a retenu que :

---

<sup>685</sup> S. Mouni, le règlement des litiges à deux vitesses en matière d’arbitrage interne et international, in La jurisprudence et l’arbitrage commercial, Colloque organisé à rabat en date du 5 Mars 2004 par la Cour suprême marocaine et la Cour de cassation égyptienne

*« Attendu que le défendeur au pouvoir affirme que son cocontractant a omis d'exécuter les obligations contractuelles mises à sa charge, ce qui l'a déterminé à saisir la justice aux fins d'obtenir la résolution du contrat ;*

*Mais attendu que l'article 8 du contrat en question stipule qu'en cas de survenance d'un litige, les parties s'engagent à régler ce dernier par voie d'arbitrage ; que les parties sont donc convenues de recourir en premier lieu à l'arbitrage ; que les obligations contractuelles valablement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites et ce, conformément à l'article 230 du Dahir des obligations et des contrats ;*

*Qu'en conséquence, la cour d'appel qui a jugé recevable l'action en justice intentée en dépit de l'existence d'une clause compromissoire a violé la loi. ».*

Ainsi, bien avant l'introduction de la loi 08-05, la jurisprudence retenait la primauté des juridictions arbitrales pour juger de leur propre compétence. Pour une autre partie de la doctrine, cette jurisprudence « ne concerne point l'effet négatif du principe compétence-compétence, mais a trait à l'effet négatif de la convention d'arbitrage [...] le principe de compétence-compétence a bien été instauré par l'article 327-9 du CPC, instauré en vertu de la loi 08-05 »<sup>686</sup>. Il s'agirait donc avant tout d'une consécration de l'incompétence des juridictions étatiques.

Une seconde décision n°241 du 13 février 2002<sup>687</sup>, a retenu que : "il est apparu évident au juge, au vu du contrat conclu entre les deux parties, qu'elles ont convenu de la clause compromissoire afin de régler le litige qui pourrait survenir entre elles, mode prévu par le législateur à l'article 309 du code de procédure civile."

L'efficacité de l'arbitrage est ici préservée, puisqu'il est permis à l'arbitre non seulement de statuer sur les limites de sa compétence, mais également sur la validité de la convention d'arbitrage. Il s'agit d'une avancée magistrale vis-à-vis de l'ancienne réglementation en vertu de laquelle le tribunal arbitral était tenu de statuer le temps que les juridictions étatiques statuent sur la validité de la convention d'arbitrage.

---

<sup>686</sup> M. D. Toumilt & A. A. Toumilt, op. cit., p. 266

<sup>687</sup> ibid

**505. Sort des accords parallèles.** Quid des accords conclus par les parties parallèlement à l'arbitrage, le juge peut-il connaître de leur validité ? La Cour d'appel de commerce de Casablanca a répondu par la positive, considérant que tant que l'accord entre dans le champ d'application de la clause compromissoire, le tribunal arbitral est tenu de connaître de tout litige relatif à sa validité<sup>688</sup>. Or, il y a eu un revirement jurisprudentiel, dans le cadre d'une affaire où les parties ont conclu un accord amiable par suite d'un litige, qui a été ultérieurement contesté par l'une des parties. La Cour de cassation que la conclusion de cet accord avait mis fin au litige, et dessaisit le tribunal arbitral alors que même que ce dernier n'a pas eu à connaître de l'affaire<sup>689</sup>. La Cour de cassation a suivi un raisonnement selon lequel la seule façon par le biais de laquelle le tribunal arbitral retrouvait son autorité serait que les juridictions étatiques annulent l'accord amiable. Il s'agit d'une grave entrave au principe de compétence-compétence et de façon générale à l'efficacité de la compétence du tribunal arbitral.

#### **B. L'obligation du tribunal de résoudre les litiges couverts par la convention d'arbitrage**

**506. Obligation d'organiser l'instance.** Les arbitres ont un certain nombre d'obligations qui témoignent elles-mêmes de l'efficacité de l'arbitrage dans la mesure où elles sous-entendent toute la liberté et la latitude octroyée à l'arbitre pour organiser l'instance arbitrale. Effectivement, il s'agit d'une période de sous-obligation qui viennent servir l'obligation principale de trancher le litige. Ainsi, la première obligation de l'arbitre se traduit par l'organisation de l'instance. Il est essentiel que l'instance arbitrale ait un cadre procédural efficace, dont chaque étape et chaque délai sont précisés afin que l'instance puisse être efficacement menée. L'article 327-10 du Code de procédure civile<sup>690</sup> retient que : « *sauf convention contraire des parties, la procédure d'arbitrage est engagée dès le jour où la composition du tribunal arbitral devient complète.* ». Plus précisément, la procédure débute à partir du moment où les arbitres acceptent leur mission.

**507. Obligation de convoquer les parties.** L'organisation de l'instance par les arbitres passe de prime abord par leur obligation de convoquer les parties à l'arbitrage. Les règles sont très

---

<sup>688</sup> CAC, Casablanca, 21 nov. 2006, rev. Rihab Al Mahakim, n°8, octobre 2010, p.137

<sup>689</sup> CS ch. Mixte, 22 oct. 2008, Revue de la jurisprudence civile, n°5, 2012, p. 205

<sup>690</sup> Article 32 du Code de l'arbitrage ratifié le 13 juin 2022 issu de Loi n° 95-17 relative à l'arbitrage et à la médiation conventionnelle, ratifiée le 13 juin 2022, BO 7099

claires au sein du Code de procédure civile, son article 327-14 du CPC <sup>691</sup>retenant que : « *les parties doivent être avisées des dates de séances et des réunions que le tribunal arbitral décide de tenir et ce, au moins cinq jours avant la date qu’il fixe à cet effet.* ». Ainsi, il relève des règles du procès équitables et du droit à la défense d’informer les parties dans des délais suffisamment larges pour qu’elles puissent préparer une défense efficace. Nous n’entrerons pas dans les détails procéduraux administratifs relatifs aux mentions obligatoires au sein de la convocation, dans la mesure où cela n’intéresse pas notre sujet.

**508. Pragmatisme de la position jurisprudentielle.** La jurisprudence a fait le choix d’une position pratique et efficace, considérant que dès lors que la réception de la télécopie n’est pas contestée, celle-ci vaut preuve probante de la notification. Il s’agit d’une position pragmatique dans la mesure où la valeur de la télécopie est mise en doute dans le cas d’un doute sur l’envoi de cette dernière, car ce dernier n’est pas aussi sécurisé que si l’envoi est effectué par lettre recommandée assortie d’un accusé de réception ou par voie d’huissier, mais en somme, dès lors que la télécopie a bel et bien été reçue, il n’y a aucune raison d’ajouter un obstacle à l’arbitrage et de retarder la procédure. Une telle position a été confirmée dans un arrêt du 29 janvier 2010, approuvé par la doctrine dans la mesure où « *il revêt également une importance significative, et ce dans la mesure où l’espèce ayant donné lieu à ladite décision avait trait, une fois de plus, à la validité, voire à l’existence même de la convention d’arbitrage* »<sup>692</sup>. Il s’agit donc d’une claire affirmation de la compétence étendue de l’arbitre à connaître de la validité de la convention d’arbitrage.

**509. Controverses relatives à la notification.** La notification est, de façon surprenante, l’objet d’un contentieux très important au Maroc, qui risque de nuire à l’efficacité de l’arbitrage. De prime abord, il s’agit de poser les bases. La notification peut s’effectuer par le biais d’un exploit d’huissier, moyen le plus populaire dans la pratique judiciaire marocaine. Effectivement, en application de l’article 15 de loi n°81-03 relative à l’organisation de la profession d’huissier, la convocation peut être transmise à l’huissier qui sera chargé de la remettre à la partie concernée. La notification peut également être tout simplement effectuée par le biais d’une lettre recommandée avec accusé de réception.

---

<sup>691</sup> Article 39 du Code de l’arbitrage ratifié le 13 juin 2022 issu de Loi n° 95-17 relative à l’arbitrage et à la médiation conventionnelle, ratifiée le 13 juin 2022, BO 7099

<sup>692</sup> M. D. Toumilt & A. A. Toumilt, op. cit., p. 280



**510. Mauvaise foi des défendeurs.** Le problème réside dans la mauvaise foi de certains défendeurs qui cherchent à se délier de l'arbitrage en clamant avoir reçu une enveloppe vide. La Cour de cassation marocaine a déjà eu à se prononcer à ce sujet, retenant que : « *si l'employeur envoie, par lettre recommandée, une mise en demeure à l'employé pour qu'il réintègre son travail, et que l'accusé de réception comporte la signature dudit employé mais que ce dernier soutient que l'enveloppe qu'il a reçue était vide, il incombe à l'employeur de prouver que celle-ci contenait bien la mise en demeure qu'il prétend avoir adressée au salarié* »<sup>693</sup>. Il s'agit d'un cas particulier touchant au droit du travail qui peut justifier la volonté protectrice de la Cour de cassation à l'égard des salariés. Étendue à l'arbitrage, une telle jurisprudence peut se révéler dangereuse, dans la mesure où la charge de la preuve incombe à l'arbitre, et il s'agit d'une preuve difficile à apporter, qui pourrait encourager les défendeurs de mauvaise foi à gagner du temps en prétendant n'avoir jamais été notifié.

Les parties de mauvaise foi essayent de se délier de la convention d'arbitrage sous un autre angle d'attaque, en essayant « d'embrumer les circonstances de l'espèce, en adoptant une interprétation « originale » des dispositions légales, l'objectif étant d'éviter, ou à tout le moins de retarder l'issue d'une procédure qui apparaît inéluctablement défavorable »<sup>694</sup>.

**511. Question de la notification à un tiers.** La question s'est posée pour des cas particuliers de personnes telle que la situation où un salarié a reçu la notification par voie d'huissier à la place de son employeur qui était assigné. La Cour d'appel de Casablanca a considéré que « *pour que la notification à l'employé soit valable, la partie à la demande de laquelle la notification a été effectuée doit prouver que la personne touchée par la convocation travaille effectivement pour le compte de la partie adverse* »<sup>695</sup>. Ainsi, la jurisprudence fait preuve de souplesse considérant que dès lors que le lien de subordination était établi, le salarié était autorisé à recevoir la notification à la place de son employeur.

**512. Position jurisprudentielle.** La jurisprudence est dense en matière de notification, et il est difficile d'être parfaitement exhaustive. Néanmoins, un dernier exemple mérite d'être cité, en matière de notification à un mineur. La notification est-elle valable si elle est faite à l'enfant mineur du défendeur ? La Cour de cassation française a pu répondre à cette question suite à

---

<sup>693</sup> CS soc., 21 oct. 2009, RJCS, n°72, 2010, p.284

<sup>694</sup> M. D. Toumilt & A. A. Toumilt, op. cit., p. 281

<sup>695</sup> CA Casablanca, 12 juin 1986, GTM, n.s., n°49, mai-juin 1987, p. 81

un pouvoir en cassation à l'encontre d'un arrêt rendu par la Cour d'appel de Rabat qui retient que : « *doit être tenue pour valable la signification d'un jugement statuant sur la garde des enfants, faite au domicile de la partie condamnée, la copie étant remise au fils du destinataire, lorsqu'il est considéré que le fils, bien qu'âgé de dix ans seulement, a un discernement suffisant pour recevoir utilement le pli et le remettre à son père* »<sup>696</sup>.

Cette position surprenante a été confirmée par les juges marocains, la Cour suprême marocaine ayant retenu que : « *Attendu qu'il ressort du certificat de remise daté du 26 décembre 1977 que la notification a été faite à la fille mineure du demandeur de pourvoi (...); que l'article 38 du Code de procédure civile n'a pas exigé que la personne touchée par la notification soit majeure, d'où il suit que l'arrêt de la cour d'appel qui a considéré la notification valide, est fondé* »<sup>697</sup>. Cette jurisprudence ancienne s'est maintenue et a notamment été confirmée par un arrêt un peu plus récent<sup>698</sup>. Cet arrêt est intéressant car il s'est fondé sur l'article 38 du CPC qui n'exigerait pas que la notification soit obligatoirement faite à un majeur, alors qu'il s'agit d'un principe en droit civil s'agissant du discernement selon l'âge. Cet arrêt est d'autant plus surprenant que l'enfant en question était sourd-muet, il y a donc un double cas d'incapacité.

**513. Controverse de la position jurisprudentielle.** Cette décision est louable dans la mesure où elle fait preuve d'une grande efficacité à l'égard de l'arbitrage, évitant ainsi de reporter la procédure pour des raisons de notification fallacieuse, mais demeure surprenante dans la mesure où il est difficile de prouver le discernement d'un enfant de 10 ans ayant reçu un pli et mesurant l'ampleur de ce que cela engage. La doctrine condamne fermement cette position, considérant qu'il est fortement regrettable que « la jurisprudence conserve, pendant des décennies, des positions qui s'apparentent à l'aberration, et ne juge pas opportun, malgré le flux de générations de magistrats hautement compétents, de rétablir la justice, en opérant un revirement hautement souhaitable »<sup>699</sup>. L'efficacité touche ici ses limites face à la simple cohérence et le bon sens. Il s'agit maintenant de clarifier les obligations des arbitres.

---

<sup>696</sup> Cass. Fr. 19 déc. 1956, in I jurisprudence de la Cour de cassation française concernant les arrêts de la Cour d'appel de Rabat, centre de publication et de documentation

<sup>697</sup> CS arrêt n°246, RJCS, n°30, p. 8

<sup>698</sup> CS. Com. 13 mai 2999, GTM, n. s., n°124(125, janvier-avril 2010, p. 135

<sup>699</sup> M. D. Toumilt & A. A. Toumilt, op. cit., p. 285

**514. Obligation d'ordonner des mesures d'instruction.** Cette obligation est encadrée légalement par le biais de l'article 327-11 du CPC<sup>700</sup> qui retient que : « *Le tribunal arbitral procède à toutes investigations par auditions de témoins, commissions d'experts, ou par toute autre mesure d'instruction. Si une partie détient un moyen de preuve, le tribunal peut lui demander de le produire. Il peut également procéder à l'audition de toute personne qu'il estime utile d'entendre.* ». Cette obligation est un fondement clé de pour l'efficacité de l'arbitrage. Effectivement, elle permet de donner le rythme de la progression de la procédure au gré des mesures accordés par le tribunal arbitrale qui permettent de faire avancer la procédure, donc la rendre plus efficace sur le plan temporel, ainsi que de collecter les preuves, éléments de faits et de droits permettant de prendre une décision éclairée, ce qui renforce donc également l'efficacité substantielle. Ici, l'efficacité se mesure au comportement du tribunal arbitral, qui doit agir de manière proactive dans sa gestion de la procédure, afin d'avoir suffisamment d'éléments pour pouvoir prendre une décision juste et éclairée.

**515. Liberté du tribunal arbitral.** L'article 327-11 du CPC<sup>701</sup> précité est louable dans la mesure où il accorde de larges pouvoirs et une grande autonomie au tribunal arbitral qui a littéralement la pleine maîtrise de la procédure arbitrale, ainsi que tous les outils pour la mener à bien. Une partie de la doctrine critique tant de largesse au motif que « *la procédure arbitrale tend de ce fait à devenir aussi lente et fastidieuse que la procédure judiciaire* »<sup>702</sup>. Nous sommes en désaccord avec cette position et pensons au contraire que cela ne fera que renforcer l'efficacité de la procédure arbitrale dans la mesure où les arbitres en ont la maîtrise totale, et ne se voient pas paralysés par des pouvoirs réduits les empêchant de faire avancer la procédure. Nous analyserons l'efficacité pratique sous deux angles, l'expertise et l'enquête, qui présentent deux facettes essentielles à l'arbitrage.

**516. Pouvoir d'ordonner une expertise.** Il s'agit d'un pouvoir et non d'une obligation, mais qui est partie de l'obligation de mener à bien la procédure lorsque l'expertise est opportune. L'arbitrage est friand de l'expertise, particulièrement en matière d'investissements, dès lors que les sujets techniques nécessitent souvent des experts en la matière et non pas de simples juristes. Souvent, lorsqu'une procédure interne a ultérieurement été menée dans un pays

---

<sup>700</sup> Article 41 du Code de l'arbitrage ratifié le 13 juin 2022 issu de Loi n° 95-17 relative à l'arbitrage et à la médiation conventionnelle, ratifiée le 13 juin 2022, BO 7099

<sup>701</sup> Article 41 du Code de l'arbitrage ratifié le 13 juin 2022 issu de Loi n° 95-17 relative à l'arbitrage et à la médiation conventionnelle, ratifiée le 13 juin 2022, BO 7099

<sup>702</sup> M. D. Toumilt & A. A. Toumilt, *Le droit de l'arbitrage au Maroc*, Les éditions Maghrébines, 2014 p.298

étranger, des experts légaux du dit pays peuvent également être invoqués. Pourtant, la pratique judiciaire marocaine a donné lieu à des situations absurdes. Effectivement, un recours en annulation a déjà été ouvert au motif que l'arbitre n'était pas suffisamment expert et compétent. La Cour d'appel de Marrakech a répondu à cela que : « *le défaut de spécialisation de l'arbitre n'est pas de nature à remettre en cause la validité de sa désignation puisque cela n'affecte nullement son aptitude à appréhender le litige (...), d'autant plus que l'article 327-11 du Code de procédure civile lui a conféré le pouvoir d'ordonner des mesures d'instruction, et d'auditionner ainsi des témoins ou commettre des experts* »<sup>703</sup>. Ainsi, les arbitres n'ont pas pour obligation d'être spécialisés relativement à tous les tenants et les aboutissants de l'arbitrage, mais doivent généralement être habitués des procédures d'arbitrage. Un tel arrêt renforce l'intérêt de l'article 327-11 et les contours de son efficacité qui offre un panel large de pouvoir à l'arbitre au service de la bonne conduite de la procédure d'arbitrage. Effectivement, l'article est rédigé dans des termes très larges, ouvrant la porte à des multiples possibilités sans exprimer clairement des limites.

**517. Limites de cette faculté.** Toutefois, des limites sont tout de même inscrites au sein d'autres articles, tel que l'article 59 du CPC qui, en matière d'expertise, qui limite les choix de l'arbitre à une liste d'experts inscrits auprès des tribunaux. La jurisprudence a déjà pu casser des arrêts fondés sur une nomination d'experts non-inscrits sur une liste<sup>704</sup>. Cela est regrettable dans la mesure où il est en pratique possible d'être face à un litige dont la technicité est tellement précise, que cela réduit le champ des possibilités de trouver un expert en la matière qui soit inscrit sur les listes de telle sorte que peu d'experts à ce sujet sont existants, et ne sont pas forcément inscrits sur les listes. Il conviendra de se concentrer sur les pouvoirs du tribunal arbitral sur l'expert.

**518. Importance de cette faculté.** Effectivement, le tribunal arbitral nomme les experts, il est donc logique que, réciproquement, les experts répondent à ce dernier. Il s'agit d'un pouvoir clé qui permet l'efficacité substantielle de l'arbitrage dans la mesure où il permet d'éclairer sur les technicités du litige afin de pouvoir obtenir la décision la plus juste, avec tous les éléments en main. Le tribunal arbitral est également en charge de juger du respect des conditions de validité de l'expertise. Pour cela, ils doivent notamment apprécier le respect du principe du contradictoire, en application de l'article 63 du CPC. Pourtant, la jurisprudence a eu une

---

<sup>703</sup> CAC Marrakech, 19 oct. 2010, doss. N°858.2.10, rapp. Par M. Bounja et N. Allaouah op. cit. p. 180

<sup>704</sup> CS, 13 mars 1985, rev. Al Mouhami, n°7, 1986, p. 83

position ancienne absurde qui considère que la convocation des parties n'est pas nécessaire dans la mesure où il n'y a aucune valeur ajoutée pour l'arbitre. Ainsi, un arrêt rendu le 27 février 1981 :

*« L'article 63 du Code de procédure civile, qui impose à l'expert de convoquer les parties aux opérations d'expertise, revêt un aspect impératif et se trouve lié aux droits de la défense ; il s'ensuit que l'expert est tenu d'observer ses dispositions, et ceci quelle que soit la nature de l'expertise ;*

*A donc violé l'article précité et encourt la cassation, la décision qui a justifié le défaut de convocation de la partie à l'expertise médicale par le fait qu'il s'agit d'une personne ordinaire qui ne saurait jouer le moindre rôle dans l'objet de l'expertise, laquelle se fonde sur des informations et un matériel médical se trouvant à la disposition exclusive de l'expert »<sup>705</sup>*

Une telle position qui est contra legem en ce qu'elle porte atteinte au principe d'égalité des parties et aux garanties du procès équitable s'est pourtant confirmée et s'est poursuivie plus de 20 ans plus tard, un arrêt du 11 juin 2002, ayant considéré que l'expertise n'était pas nulle car l'absence de l'une des parties ne lui avait pas porté préjudice<sup>706</sup>.

Le tribunal est également chargé de vérifier la substance du contenu de l'expertise afin d'être certain que l'expert s'est bien conformé avec la mission qui lui est accordée. Effectivement, l'article 59 du CPC considère que : *« le juge détermine les points sur lesquels portera l'expertise dans la forme de questions techniques à l'exclusion de tous points de droit. L'expert doit présenter une réponse claire et déterminée sur toute question technique et il lui est interdit de répondre à une question qui ne rentre pas dans sa compétence technique et qui a rapport avec le droit »*. En ce sens, le tribunal a pour pouvoir de renvoyer le rapport à l'expert afin qu'il l'adapte à la mission qui lui est dévolue, et exerce un véritable contrôle sur l'étendue et les limites de cette expertise.

**519. Cas du rejet de l'expertise.** Toutefois, le pouvoir des arbitres n'est pas discrétionnaire et ils ne peuvent pas rejeter l'expertise sans raison. La Cour suprême a ainsi pu que retenir que :

---

<sup>705</sup> CS, 27 févr. 1981, RJCS, n°27, p. 176

<sup>706</sup> CS soc. 11 juin 2002, Le rapport annuel de la cour suprême, 2002, p. 11.

« le fait que les juges ne soient aucunement liés par les conclusions de l'expertise ne les autorise pas à faire usage de leur pouvoir d'appréciation pour trancher un litige qui requiert l'application de normes techniques. S'ils décident d'écarter le rapport de l'expert, ils sont tenus d'ordonner une seconde expertise afin de les éclairer sur les aspects techniques du litige qui leur est soumis. »<sup>707</sup>. Ainsi, le tribunal arbitral est limité en ce qu'il ne peut pas simplement rejeter une expertise sans en ordonner une autre. Une telle approche fait sens car si le tribunal a jugé qu'une expertise était nécessaire la première fois, il ne peut pas simplement changer d'avis suite à son résultat. Cela permet d'assurer l'efficacité substantielle de l'arbitrage.

**520. Contre-expertise.** Le tribunal arbitral retrouve ses pouvoirs en cas de demande de contre-expertise d'une partie, qu'il peut légitimement refuser en application de l'article 66 du CPC. La Cour de cassation donne toute sa force à cet article, en considérant que « *le tribunal n'est pas tenu d'ordonner une seconde expertise s'il estime disposer d'éléments suffisants fournis par les conclusions de la première expertise* »<sup>708</sup>. Ce pouvoir s'étend même lorsque deux expertises sont contradictoires. La Cour de cassation a retenu que : « *Le tribunal n'est pas tenu d'homologuer les conclusions de la première ou de la seconde expertise. Les juges du fond disposent d'un pouvoir discrétionnaire à ce sujet et sont en droit de fonder leur décision sur les résultats du rapport établi par le second expert commis par le tribunal (...)* »<sup>709</sup> Ainsi, en demandant une seconde expertise, l'arbitre ne rejette pas automatiquement la première et conserve son pouvoir d'appréciation s'agissant des deux expertises.

**521. Pouvoir d'ordonner des enquêtes.** L'arbitre est également autorisé à ordonner des enquêtes en application de l'article 71 du CPC qui retient que : « *l'enquête peut être ordonnée sur les faits de nature à être constatés par les témoins et dont la vérification paraît admissible et utile à l'instruction de l'affaire* ».

La question qui se pose est la nature de cette initiative d'ordonner des enquêtes : s'agit-il d'une obligation ou d'une faculté ? La jurisprudence marocaine a choisi la deuxième option, considérant que : « *le recours aux mesures d'instruction de l'affaire, dont l'audition de témoins dans le cadre d'une enquête, constitue une faculté que le législateur a accordée au tribunal lorsque celui-ci ne dispose pas des éléments lui permettant de trancher le litige qui*

---

<sup>707</sup> CS civ. 23 mai 2007, rev. Al Milaf n°14 mars 2009, p.251

<sup>708</sup> Cass. M. Com. 22 Mars 2012, GTM n.S, n°140, mars-mai 2013, p. 97

<sup>709</sup> CS com., 7 févr 2000, Le rapport annuel de la Cour suprême, 2001, p.146

*lui est soumis (...) non dans le cas où ledit tribunal détient suffisamment d'éléments pour asseoir sa conviction. »<sup>710</sup>.*

Ainsi, il s'agit d'une faculté, mais qui est fortement encouragée dans la mesure où l'enquête permet d'apporter des éclaircissements sur les éléments de faits de l'enquête permettant à la procédure d'avancer efficacement. Effectivement, les enquêtes permettent d'apporter la lumière sur certains points obscurs, permettant aux arbitres d'adopter une décision éclairée. Si ces enquêtes ne sont pas obligatoires, elles n'en sont pas moins nécessaires en soutien de l'efficacité de l'arbitrage, et l'arbitre pourrait être accusé de bâcler la procédure et sa responsabilité serait retenue<sup>711</sup>.

**522. Liberté de l'arbitre.** En tout état de cause, la liberté de l'arbitre est complète à ce sujet, puisqu'il a été retenu que :

*« La décision d'ordonner ou non une enquête relève du pouvoir d'appréciation des juges du fond (...);*

*Par ailleurs, le tribunal n'est pas tenu de faire droit à une demande d'enquête ayant pour but de s'assurer de la véracité d'un fait allégué par l'une des parties. »<sup>712</sup>.*

Ainsi, le tribunal arbitral jouit d'une liberté totale s'agissant de la conduite de la procédure arbitrale. Cette position est louable dans la mesure où cela lui évite d'être contraint par les demandes des parties, alors même qu'il y est opposé ce qui peut alourdir la procédure et ternir son efficacité. Nous sommes favorables à cette position jurisprudentielle en faveur de la liberté des arbitres et considérons qu'une procédure est plus rapide et efficace si elle est concentrée entre les mains de l'arbitre, plutôt que de lui ajouter des contraintes qui font perdre du temps à tout le monde lorsqu'il s'agit de les surmonter.

**523. Absence de motivation.** Les arbitres n'ont pas à justifier des motifs du rejet, la Cour de cassation considérant que : *« le défaut de réponse à la demande d'enquête visant à réfuter ce qui est établi par écrit, constitue un rejet implicite de la requête, et ne saurait être considéré*

---

<sup>710</sup> CA Rabat, 3 déc. 2009, La Revue de la jurisprudence de la Cour d'appel de Rabat, n°1, 2011, p. 176

<sup>711</sup> CS. Soc., 25 oct. 1981, rev. Ak Louhami n°5, p. 53

<sup>712</sup> CS civ., 24 avr. 1991, rapp par M. Menkar-Bennis, Les arrêts de la Cour suprême relatifs au Code de procédure civile, Al Oumnia, 2006, p. 240

*comme un défaut de motifs donnant lieu à cassation.* »<sup>713</sup>. Toutefois, cette position a pu être critiquée par la doctrine qui considère qu'elle entrave la volonté des parties qui est le fondement de l'arbitrage<sup>714</sup>. Nous n'approuvons pas cette position doctrinale dans la mesure où l'enquête est une faculté et non pas une obligation du tribunal arbitral, il n'y a donc aucun intérêt à alourdir la procédure en obligeant ce dernier à justifier son rejet.

**524. L'obligation de bonne foi.** La dernière obligation de l'arbitre n'est pas consacrée par la loi mais est admise par le bon sens et par les exigences d'objectifs d'efficacité. Il s'agit d'une obligation de bonne foi qui se matérialise par le fait de tout mettre en œuvre pour assurer la bonne conduite d'une procédure efficace à la lumière du respect strict des garanties fondamentales de bonne justice.

**525. Droits de la défense.** Particulièrement, le tribunal arbitral est tenu de respecter les droits de la défense Or, l'article 327-10 du CPC<sup>715</sup> accorde une grande liberté aux arbitres. Il assure toutefois le respect des droits de la défense, retenant que « les parties à la procédure d'arbitrage sont traitées sur le même pied d'égalité. Chacune d'elles bénéficie d'une chance pleine et égale pour exposer sa requête, ses moyens et pour exercer son droit de défense ». L'article 319 du CPC<sup>716</sup> ajoute que : « dans tous les cas, seront respectées les règles relatives aux droits de la défense ».

**526. Souplesse jurisprudentielle.** Pourtant, la jurisprudence marocaine est très laxiste s'agissant du respect des droits de la défense. Il n'y a pas eu jusqu'alors d'illustrations en matière d'arbitrage, mais son laxisme en matière interne est révélateur et peut suggérer qu'à fortiori elle se montrera encore plus souple en matière de justice privée. Ainsi, la Cour de cassation a retenu que : « *le tribunal n'est pas tenu de communiquer à une partie un mémoire présenté par son adversaire, dont le contenu n'est pas déterminant, et auquel n'est joint aucun document ou moyen de preuve. Le défaut de communication de ce mémoire ne saurait constituer une atteinte aux droits de la défense justifiant la cassation de l'arrêt attaqué* »<sup>717</sup>. Cette position est constante, ayant été confirmée par un arrêt qui retient que : « la nullité ne

---

<sup>713</sup> CS civ., 4 avr. 2001, BICS, n°11, 2003, p. 9

<sup>714</sup> M. D. Toumilt & A. A. Toumilt, op. cit., p.318

<sup>715</sup> Article 33 du Code de l'arbitrage ratifié le 13 juin 2022 issu de Loi n° 95-17 relative à l'arbitrage et à la médiation conventionnelle, ratifiée le 13 juin 2022, BO 7099

<sup>716</sup> Article 75 du Code de l'arbitrage ratifié le 13 juin 2022 issu de Loi n° 95-17 relative à l'arbitrage et à la médiation conventionnelle, ratifiée le 13 juin 2022, BO 7099

<sup>717</sup>CS soc., 5 juin 1989, rev. Al Mouhami, n°19-20, 1991, p. 128



saurait être encourue en cas de défaut de notification du mémoire produit par la partie averse, dans lequel cette dernière s'est contentée de réaffirmer la véracité des prétentions contenues dans sa requête introductive d'instance. »<sup>718</sup>.

**527. Critiques de cette position.** Cette position est hautement critiquable dans la mesure où le respect du principe du contradictoire prend une dimension subjective selon l'intérêt des mémoires produits. Il s'agit d'une véritable atteinte au respect du procès équitable, dans la mesure où la communication des mémoires devrait se faire automatiquement et ne pas être sujette à l'interprétation souveraine du juge. Cela crée sans contestation une grande situation d'insécurité pour les parties qui n'ont pas accès à tous les moyens de droits et de faits sur lesquels se fonde le tribunal pour prendre sa décision.

**528. Obligations de respecter les délais.** L'arbitre doit également rendre sa décision dans un certain délai. Cela est important puisque l'une des raisons principales pour lesquelles les parties se tournent vers l'arbitrage se traduit par sa célérité et son efficacité à rendre une décision dans un court délai. Ici encore, la jurisprudence est assez laxiste, retenant que : « *si les parties ont octroyé aux arbitres un délai ouvert pour remplir leur mission, elles ne sont pas admises à invoquer la violation de l'article 308 (ancien) du Code de procédure civile, prétexte pris de ce qu'aucun délai conventionnel n'a été fixé et que le tribunal arbitral aurait dû trancher le litige dans le délai de trois mois* »<sup>719</sup>. Cette situation est particulière dans la mesure où le délai est ouvert, mais il aurait tout de même fallu se pencher sur les faits de l'espèce et vérifier la véritable durée prise par le tribunal arbitral pour rendre sa sentence afin d'être sûr que cela n'affecte pas les droits des parties. L'arbitrage serait vidé de toute son efficacité si les procédures arbitrales deviennent plus chronophages que les procédures étatiques. Un recours en annulation est ouvert aux parties qui contestent la sentence rendue après le délai sur le fondement de l'article 327-36 du CPC<sup>720</sup>.

**529. Position jurisprudentielle.** En tout état de cause, les parties peuvent elles-mêmes proroger le délai de l'arbitrage. La jurisprudence est même très laxiste à ce sujet, la Cour de cassation ayant retenu que<sup>721</sup> :

---

<sup>718</sup>Cass. com., 2 févr. 2012, GTM n.s., n°139, Janvier-février 2013, p. 167

<sup>719</sup> CAC Casablanca, 25 avr. 2006, doss n°3634/2005/4, rapp. par O. Azougar et A. El Alami, op. cit. p. 100

<sup>720</sup> Article 83 du Code de l'arbitrage ratifié le 13 juin 2022 issu de Loi n° 95-17 relative à l'arbitrage et à la médiation conventionnelle, ratifiée le 13 juin 2022, BO 7099

<sup>721</sup> CS civ. 7 juillet 1992, GTM, n.s., n°75, 1995, p. 56

*« (...) D'une part, le législateur a laissé aux parties la liberté de fixer le délai qu'elles souhaitent, et que d'autre part en l'espèce, les parties ont implicitement prorogé le délai d'arbitrage en présentant leurs moyens après l'expiration dudit délai, et sans invoquer le fait que les arbitres avaient épuisés leurs pouvoir .. ».*

La sévérité à l'égard des juges retrouve sa substance en l'absence de délais imposés par les parties. Effectivement, la jurisprudence a pu retenir que<sup>722</sup> :

*« (...) L'intimée a donc requis, puis obtenu une ordonnance de désignation d'un troisième arbitre, mais que ce dernier n'a pas accompli sa mission dans le délai de trois mois prévus par la loi ;*

*Que le contrat qui lie les parties n'a pas fixé de délai d'expiration de la procédure d'arbitrage ;*

*Que conformément à l'article 308 du Code de procédure civile, les arbitres ont épuisé leurs pouvoirs après l'expiration du délai de trois mois, lequel court à compter du jour où leur désignation a été notifiée ;*

*Qu'en conséquence, l'arbitrage a légalement pris fin, qu'il s'ensuit que l'appelante n'est pas fondée à s'en prévaloir. ».*

Il est important que les pouvoirs des arbitres connaissent des limites, surtout en matière d'arbitrage, s'agissant d'une justice privée reposant sur la confiance que les parties accordent à l'arbitre. Cette jurisprudence est acceptable dans la mesure où les parties ne peuvent demeurer liées à un tribunal arbitral qui ne se conforme pas à ses obligations. Il s'agirait également de compenser les parties pour leur préjudice et de retenir la responsabilité du tribunal arbitral.

**530. Confusions jurisprudentielles.** Toutefois, cette jurisprudence n'est pas stable puisque la jurisprudence a pu considérer auparavant que<sup>723</sup> *« le moyen tiré de l'inobservation du délai prévu par l'article 308 du Code de procédure civile est infondé, et ce dans la mesure où le*

---

<sup>722</sup> CA, Casablanca, 7 juill. 2009, n°69587

<sup>723</sup> CA Casablanca, 27 mars 2007, n°759386

*législateur n'a prévu aucune sanction si les arbitres n'accomplissent pas leur mission dans le délai fixé par la clause compromissoire ou en vertu de la loi* ». Nous espérons que la première jurisprudence constitue un revirement, auquel cas de telles contradictions serait source d'insécurité juridique, et ce d'autant plus que les arbitres n'accomplissant pas leur mission demeurent impunis.

**531. Obligation de trancher le litige.** Toutes ces obligations convergent vers l'obligation de trancher le litige. Effectivement, en application de l'article 327-6 du CPC<sup>724</sup>, l'arbitre est obligé de conduire la procédure jusqu'à son terme, c'est-à-dire jusqu'au rendu de la sentence. Il est strictement tenu par cette obligation, à moins d'être empêché par un cas de force majeure. Le cas échéant, il se trouve exposé au versement de dommages-intérêts en application de l'article 327-6 qui retient que l'arbitre « *ne peut, sous peine de dommages-intérêts, se désister, sans cause légitime après son acceptation et ce, après avoir adressé un avis mentionnant les motifs de son désistement* ». La doctrine critique la formulation de cet article « *qui ne saurait être louée pour son élégance* »<sup>725</sup>. Les praticiens ont pu reprocher au législateur la rédaction confuse de cet article, qui peut être interprété de telle manière, qu'il accorde la liberté des arbitres de se désister lorsqu'ils ne mentionnent pas de motif de leur désistement, La véritable portée de cet article est qu'il n'envisage pas un désistement sans motifs légitimes, et impose, quand bien même il y aura un motif légitime, une procédure à suivre qui se traduit par l'information des parties des motifs du désistement. La loi ne mentionne pas ce qu'elle entend par motifs légitimes de désistement, mais au vu de l'importance de cet engagement, nous supposons qu'il doit s'agir d'un empêchement dirimant, physique, personnel ou professionnel. L'article 30 issu de la loi 95-17 est bien mieux rédigé, retenant que : « *Tout arbitre doit continuer à exercer sa mission jusqu'à la fin, et il ne peut, après l'avoir accepté, sous peine d'engager sa responsabilité civile, démissionner sans motif légitime. Il en avise les parties en mentionnant les raisons de son abandon.* ». Cet article est louable dans la mesure où il renforce le poids des obligations pesant sur l'arbitre en soulignant la possibilité d'engager sa responsabilité civile.

**Conclusion de la section 2** : Le principal effet de la convention d'arbitrage sur l'arbitre est la naissance de l'obligation de trancher le litige qui traduit la pierre angulaire de l'efficacité de

---

<sup>724</sup> Article 30 du Code de l'arbitrage ratifié le 13 juin 2022 issu de Loi n° 95-17 relative à l'arbitrage et à la médiation conventionnelle, ratifiée le 13 juin 2022, BO 7099

<sup>725</sup> M. D. Toumilt & A. A. Toumilt, op. cit., p.432

l'arbitrage puisqu'elle concrétise son objectif ultime. Une obligation d'une telle importance est soutenue par une myriade de sous-obligations qui doivent être accomplies pour converger vers la concrétisation de l'obligation principale de trancher les litiges. Nous pourrions imaginer qu'elle serait assortie d'une sanction efficace. Or, en droit marocain, on pourrait reprocher à la législation son manque de clarté et l'insuffisance des sanctions qui limitent ainsi l'efficacité de cette obligation.

**Conclusion du chapitre 1 :** L'effet attributif de compétence est au cœur de la problématique de l'efficacité de la convention d'arbitrage dans la mesure où il accorde au tribunal arbitral, dans un premier temps la compétence de juger de sa propre compétence, ce qui renforce l'autonomie de la convention d'arbitrage, mais également celle de juger de la validité de la convention d'arbitrage, ce qui a été admis en droit français, et en droit marocain. Cet effet attributif de compétence accorde à l'arbitre le pouvoir et l'obligation de trancher les litiges. De ce pouvoir naissent un arsenal d'obligations qui permettent d'assurer la bonne conduite de la procédure arbitrale et son efficacité. Ces obligations sont donc essentielles. Elles devraient être assorties de sanctions efficaces. Or, en droit marocain, la jurisprudence demeure confuse et contradictoire, ne fournissant pas un arsenal de sanctions suffisamment efficaces pour pouvoir dissuader le tribunal arbitral de violer ses obligations, puisqu'il peut potentiellement être impuni.

## Chapitre 2 : L'effet négatif entraînant l'incompétence des juridictions étatiques

**532. L'incompétence des juridictions étatiques.** Le corollaire de ce principe est l'incompétence des juridictions étatiques. Ainsi, tout juge étatique saisi doit automatiquement soulever son incompétence, sauf si, en application de l'article 1448 du Code de procédure civile, « *le tribunal arbitral n'est pas encore saisi et la convention d'arbitrage est manifestement nulle ou manifestement inapplicable* ». Toutefois, ce contrôle des juridictions étatiques se limite à une analyse *prima facie* dans l'optique de perturber à minima l'efficacité de la conduite de l'instance arbitrale. La Cour de cassation a une approche restrictive, à la faveur de la compétence des tribunaux arbitraux. Elle a ainsi cassé un arrêt d'appel qui a considéré qu'une clause compromissoire était manifestement inapplicable, au motif qu'elle « *n'a jamais été discutée ou envisagée entre les parties tout au long des années 2004 et 2005, que sa présence dans l'accord du 4 février 2005 est entièrement nouvelle, que l'absence de signature de cet accord caractérise incontestablement une absence de volonté des parties de recourir à l'arbitrage, ce qui exclut la saisine de l'arbitre en l'absence de tout engagement contractuel* », en avançant que ces motifs étaient « *impropres à caractériser l'inapplicabilité manifeste de la clause compromissoire stipulée dans l'accord* »<sup>726</sup>. Cette position est manifestement protectrice de l'office de l'arbitre. Effectivement, un faisceau d'indices, dont l'absence de signature de la convention suggère que la volonté des parties de s'engager à l'arbitrage, n'est pas limpide, ce qui n'a pas empêché la juridiction de retenir l'application de la convention d'arbitrage.

**533. Indépendance du principe de compétence-compétence.** Si le principe de compétence-compétence peut être considéré comme une des conséquences du principe d'autonomie, ces deux principes demeurent indépendants l'un de l'autre. Ainsi, l'arbitre aurait été apte à juger de sa propre compétence alors même que la clause compromissoire est dépendante du contrat principal, à condition que le contrat ne soit pas nul. Effectivement, dès lors que la nullité du contrat est retenue, l'arbitre doit automatiquement se déclarer incompétent. Ceci démontre que le principe d'autonomie vient bel et bien renforcer le principe de compétence-compétence<sup>727</sup>. La décision de compétence délivrée par l'arbitre se manifeste généralement par le rendu d'une sentence partielle ou préliminaire. Cette dernière est immédiatement

---

<sup>726</sup> Cass. Civ. 1., 21 sept. 2016, n°15-28.941

<sup>727</sup>C. Seraglini & J. Ortscheidt, *op. cit.*, p. 108

susceptible de recours. S'agissant de l'exception d'incompétence, elle peut être soulevée avant toute défense au fond ou fin de non-recevoir. Cette règle n'est pas tirée de l'article 74 du CPC qui traite des exceptions d'incompétence, dans la mesure où l'article 1464 du CPC le réserve aux juridictions d'ordre judiciaire, mais de la doctrine, qui considère qu'une partie ne soulevant pas l'exception d'incompétence avant la défense au fond ou une fin de non-recevoir y aurait renoncé<sup>728</sup>. Si le contrôle de la sentence est minime de la part du juge étatique, il s'agit d'un véritable contrôle plénier vis-à-vis de l'incompétence de l'arbitre. Cela pose des questions sur l'efficacité et les méandres de méfiance qui subsistent à l'égard de l'arbitrage. La doctrine est très critique à cet égard et considère que : « *le contrôle total de la compétence est encore le signe que la justice arbitrale n'offrirait pas assez de garanties, que les arbitres ne seraient pas assez fiables pour prendre un bon jugement sur leur compétence* »<sup>729</sup>. Ainsi, l'ombre du juge étatique continue à planer sur l'indépendance de la procédure arbitrale, qui ne peut atteindre son efficacité optimale, tant qu'elle est tributaire de la compétence des juridictions étatiques sur des questions dont l'arbitre pourrait parfaitement connaître. Toutefois, l'incompétence totale des juges nationaux n'est pas envisageable. Si le principe de l'effet négatif est bien établi (**Section 1**), certaines exceptions autorisent la compétence des tribunaux étatiques (**Section 2**).

### *Section 1 : L'établissement du principe d'incompétence des juridictions étatiques*

L'effet négatif du principe de compétence-compétence se traduit par le transfert de la compétence des juridictions arbitrales aux juridictions étatiques. Ce principe est admis en droit français (**A**) et en droit marocain (**B**), et fait l'objet de multiples exceptions dans ces deux systèmes.

#### **A. L'effet négatif en droit français**

Il conviendra d'envisager dans un premier temps l'effet négatif du principe de compétence-compétence (**Paragraphe 1**), puis ses exceptions (**Paragraphe 2**).

---

<sup>728</sup> L. Cadiet, « la renonciation à se prévaloir des irrégularités de la procédure arbitrale », Rev. Arb. 1996, p. 3, spéc n°10 et s. p. 14, et les arrêts cités

<sup>729</sup> L. Chedly, op. cit., p. 467

Paragraphe 1 : L'effet négatif du principe de compétence-compétence

- 534. Définition de l'effet négatif.** Le principal effet de la convention d'arbitrage se traduit par le transfert de compétence des juridictions étatiques au tribunal arbitral. Il s'agit de l'effet négatif de la convention d'arbitrage, corollaire de son effet positif étudié précédemment et qui se traduit par l'obligation des parties de soumettre leur litige au tribunal arbitral. La combinaison de ces deux effets complète l'efficacité de la convention d'arbitrage, dans la mesure où l'effet négatif assure la coopération des juges étatiques pour assurer que le tribunal arbitral juge de sa propre compétence. Le principe est simple, les tribunaux étatiques n'ont pas compétence pour apprécier celle du tribunal arbitral, il leur est interdit de juger de la validité d'une convention d'arbitrage. Cette règle est absolue en droit français, puisqu'elle s'applique que l'arbitrage soit interne ou international, que le siège soit en France ou à l'étranger, dans toutes les situations possibles, la priorité pour statuer sur la compétence d'un tribunal arbitral et sur la validité de la convention d'arbitrage revient au tribunal et à lui seul.
- 535. Position internationale contrastée.** Cette position n'est pas unanime en droit comparé, le droit américain autorisant par exemple le juge à statuer sur la compétence du tribunal arbitral, sur le fondement qu'il s'agit d'une question liminaire ne touchant pas au fond, et que pour des raisons d'efficacité procédurale, il serait plus rapide pour le juge de statuer et d'éventuellement se désister au profit de l'arbitre. L'argument contraire pourrait être retenu au profit de la défense de l'effet négatif du principe de compétence-compétence. Effectivement, il est plus logique pour des raisons d'efficacité et d'économie de moyens de maintenir une concentration des demandes en une seule et même procédure.
- 536. Admissibilité de la compétence arbitrale.** La procédure d'arbitrage est plus légitime dans la mesure où le point de départ de la requête est relatif au traitement de la convention d'arbitrage, ou de la compétence de l'arbitre, ce dernier est donc plus à même d'en connaître. La doctrine favorable à l'effet négatif avance un argument de validité apparente qui se traduit par une présomption de validité à l'égard de la convention d'arbitrage qui est plus probablement valide, que le contraire, ce qui justifierait alors que le tribunal arbitral soit prioritaire pour connaître de sa compétence et de la validité de la convention d'arbitrage, dans la mesure où il aura certainement la charge de la procédure ultérieurement<sup>730</sup>. Il n'y a donc aucune raison de

---

<sup>730</sup> L. Chedly, op. cit., p. 472

dispenser le contentieux et de multiplier les procédures créant une situation d'insécurité juridique alors que la concentration de ces questions devant l'arbitre est source d'efficacité et d'allègement du contentieux.

**537. Effet négatif du principe de compétence-compétence.** En tout état de cause, il paraît impraticable de reconnaître l'effet positif du principe de compétence-compétence, sans reconnaître son effet négatif. Effectivement, cela risquerait de déboucher sur un « *imbroglio juridique inextricable* »<sup>731</sup> dans l'hypothèse où le juge étatique annulerait la convention d'arbitrage alors même que l'arbitre reconnaîtrait sa validité, et par conséquent sa compétence. Serait alors ouverte une procédure juridictionnelle arbitrale qui pourrait potentiellement être annulée au stade de l'exequatur par les juridictions étatiques. Cela pose également des questions théoriques sur la primauté de compétence entre l'arbitre et le juge, si l'un reconnaît la validité, et l'autre non, quelle position prévaut ? La priorité donnée à l'arbitre est essentielle pour que le champ de compétence de chacun soit respecté et organisé.

**538. Efficacité du droit français.** Le droit français est puriste, dans la mesure où il « *donne la plus grande efficacité aux conventions d'arbitrage et confère aux arbitres les plus grands pouvoirs dans l'appréciation de leur propre compétence* »<sup>732</sup>. Effectivement, la position française ne peut être que saluée sous le prisme de l'efficacité dans la mesure où elle prévient la volonté dilatoire de certaines parties qui présentent leurs litiges aux juridictions étatiques dans une optique de contournement de leur engagement à la convention d'arbitrage.

**539. Consécration.** L'effet négatif du principe de compétence-compétence se traduit par l'interdiction des juges étatiques de statuer sur la compétence des arbitres. La priorité est à l'arbitre pour statuer sur sa propre compétence. La distinction entre l'effet positif du principe de compétence-compétence et son effet négatif est très justement décrit par M. Gaillard dans les termes suivants :

« *Dans son effet positif, la règle de « compétence-compétence » s'adresse aux arbitres. Elle leur permet de poursuivre leurs opérations et de se prononcer eux-mêmes sur leur compétence lorsque celle-ci est contestée. Dans son effet négatif, la règle s'adresse aux juridictions étatiques. Elle leur impose de s'abstenir de connaître non seulement des litiges couverts par la convention d'arbitrage - c'est l'effet négatif de la convention d'arbitrage – mais également*

---

<sup>731</sup> L. Chedly, op. cit., p. 474

<sup>732</sup> J.-B. Racine, op. cit., p. 260



*de connaître des contestations relatives à la compétence du tribunal arbitral - c'est l'effet négatif de la « compétence-compétence » - tant que les arbitres eux-mêmes n'ont pas eu l'occasion de se prononcer sur ce sujet. [...] le principe de « compétence-compétence » donne aux arbitres l'occasion de se prononcer les premiers sur la question de leur propre compétence, sous le contrôle ultérieur des juridictions étatiques »<sup>733</sup>.*

Ainsi, si l'effet positif du principe de compétence-compétence s'adresse directement au tribunal arbitral, sa dimension négative vise le rapport des juges étatiques à la compétence du tribunal arbitral. Cet aspect négatif souligne également la solidarité du juge étatique avec l'arbitre lorsqu'une partie lui soumet un litige entrant dans le champ d'application de la convention d'arbitrage. Il revient au juge étatique d'écarter les manœuvres dilatoires des parties de mauvaise foi cherchant à contourner leur obligation de soumettre le litige à l'arbitrage en invoquant la compétence du tribunal étatique. Cet effet négatif, bien que très important, n'est reconnu ni par la Convention de New York, ni par la loi-type CNUDCI. A ce sujet, le droit français est très louable car il l'a, quant à lui, spontanément reconnu dans un arrêt rendu par la Cour d'appel qui retient que : *« comme toute juridiction, les arbitres sont juges de leur compétence et qu'il leur appartient de statuer sur l'existence ou la validité de la clause compromissoire qui les désigne [...] l'examen préalable de l'irrégularité alléguée ne s'analyse aucunement en une question préjudicielle du seul ressort des tribunaux ordinaires »*<sup>734</sup>. Le principe est donc clairement admis.

**540. Encadrement par le droit français.** En droit français, cette incompétence est encadrée par l'article 1448 du Code de procédure civile qui énonce que : *« Lorsqu'un litige relevant d'une convention d'arbitrage est porté devant une juridiction de l'Etat, celle-ci se déclare incompétente sauf si le tribunal arbitral n'est pas encore saisi et si la convention d'arbitrage est manifestement nulle ou manifestement inapplicable. »*. Ainsi, le principe est l'incompétence des juridictions étatiques dès lors qu'une convention est existante et valide. La règle est très claire, dès lors qu'une convention existe, le juge étatique doit directement se dessaisir, à l'exception du cas où la convention d'arbitrage serait manifestement nulle ou manifestement inapplicable. Cette incompétence doit être soulevée in limine litis et ne peut être relevée d'office par la juridiction étatique. Effectivement, si le défendeur face à la

---

<sup>733</sup> E. Gaillard, Note sous Civ. 2, 10 mai 1995, Société Coprodag et autre c. dame Bohin ; Rev. arb. 1995, p. 618, spéc. p. 619

<sup>734</sup> CA Paris, 9 mars 1972, Rev. trim. dr. com. 1972, p. 344, obs. Boitard & Dubarry

juridiction étatique ne soulève pas l'exception d'incompétence, les parties sont réputées avoir renoncées à la convention d'arbitrage.

**541. Justifications.** L'approche du législateur fait sens dans la mesure où le fondement essentiel de l'arbitrage est la volonté des parties. Si les parties décident tacitement mutus dissensus de renoncer à la convention d'arbitrage, il n'y a aucun intérêt à les obliger à participer à une procédure qu'ils rejettent. Cela irait non seulement à l'encontre du fondement contractuel, et serait même source d'inefficacité puisque le résultat se traduirait par le ralentissement de la procédure du fait des multiples obstacles qui pourraient surgir du fait du manque d'enthousiasme des parties. En tout état de cause, l'effet négatif de la convention illustre bien son efficacité en dessaisissant les tribunaux étatiques et concentrant les litiges devant le tribunal arbitral.

**542. Position efficace du droit français.** Le droit français est extrêmement louable au vu de sa position vis-à-vis des mécanismes encourageant l'efficacité de l'arbitrage. Effectivement, la question s'est également posée s'agissant de la compétence du juge étatique dans le cas où une partie soulèverait la question non pas de la validité de la convention d'arbitrage, mais de la compétence de l'arbitre. Alors même que le droit comparé n'est pas unanime à ce sujet, le droit français a fait le choix de l'efficacité, instaurant une règle de « *priorité chronologique en faveur de l'arbitre sur l'appréciation de sa compétence* »<sup>735</sup>. Ainsi, le juge étatique doit systématiquement renvoyer au tribunal arbitral toute question entourant sa compétence ou la validité de la convention d'arbitrage dans toutes ses facettes.

**543. Rayonnement international.** Cette efficacité dépasse les limites géographiques du territoire français. Effectivement, les juridictions françaises imposent le principe de compétence-compétence à l'étranger sur le fondement du fait qu'il s'agit d'une règle matérielle du droit de l'arbitrage international. La Cour d'appel de Paris a ainsi pu retenir qu'« *en présence d'une convention d'arbitrage et alors même que le tribunal arbitral n'est pas saisi, le juge étatique doit se déclarer incompétent à moins qu'un examen sommaire ne lui permette de constater la nullité ou l'inapplicabilité manifeste de la clause, priorité étant réservée à l'arbitre auquel il appartient de statuer sur sa propre compétence pour juger de la validité et de l'efficacité d'une clause d'arbitrage* »<sup>736</sup> pour rejeter une décision italienne sur le fondement qu'elle a été

---

<sup>735</sup> C. Seraglini & J. Ortscheidt, op. cit., p. 659

<sup>736</sup> C. Seraglini & J. Ortscheidt, op. cit., p. 660

rendue par une juridiction incompétente. En somme, une décision rendue à l'étranger en violation du principe de compétence-compétence, ne saurait connaître d'exécution sur le territoire français par le juge français. Cette position connaît toutefois des réserves et ne fait pas l'unanimité puisque la Cour d'appel a ultérieurement adoptée la position contraire au motif que le juge français ne pouvait pas empiéter sur la compétence du juge étranger s'agissant de l'appréciation de la clause d'arbitrage et que ce serait dépassé ses compétences en tant que juge de l'exequatur que de juger du fond de l'affaire<sup>737</sup>.

**544. Controverse internationale.** Ce principe, bien qu'essentiel, n'est pas clairement reconnu par les conventions internationales. Toutefois, l'article II (3) le suggère indirectement en retenant que : « *Le tribunal d'un État contractant, saisi d'un litige sur une question au sujet de laquelle les parties ont conclu une convention au sens du présent article, renverra les parties à l'arbitrage, à la demande de l'une d'elles, à moins qu'il ne constate que ladite convention est caduque, inopérante ou non susceptible d'être appliquée.* ». Effectivement, cet article réduit le champ des possibilités pour le tribunal de statuer sur la convention d'arbitrage, et renvoie dans la majeure partie des cas la question au tribunal arbitral, qui statuera, incidemment, sur sa compétence aussi. Contrairement à la Convention de New York, la Convention de Genève vise explicitement le principe de compétence-compétence et la répartition de la compétence juridictionnelle entre le juge étatique et l'arbitre. Ainsi, l'article V (3) de la Convention de Genève retient que l'arbitre a le pouvoir de juger de sa propre compétence lorsque cette dernière est contestée, ainsi que sur l'existence ou la validité de la convention d'arbitrage. :

**545. Carences de la loi CNUDCI.** La loi-type CNUDCI en son article 16 admet l'effet positif du principe de compétence-compétence. Ceci est induit dès le titre de l'article qui se dénomme « *compétence du tribunal arbitral pour statuer sur sa propre compétence* ». L'article énonce comme suit que : « *Le tribunal arbitral peut statuer sur sa propre compétence, y compris sur toute exception relative à l'existence ou à la validité de la convention d'arbitrage. A cette fin, une clause compromissoire faisant partie d'un contrat est considérée comme une convention distincte des autres clauses du contrat. La constatation de nullité du contrat par le tribunal arbitral n'entraîne pas de plein droit la nullité de la clause compromissoire.* ». L'effet positif du principe de compétence-compétence a été clairement retenu. Toutefois, il a été reproché à cette loi de ne pas s'exprimer clairement au sujet de l'effet négatif du principe de compétence-

---

<sup>737</sup> CA Paris, 19 nov. 2013, Gaz. Pam. 8 mars 2014, n°67, p. 17, obs. D Bensaude

compétence. Le principe de compétence-compétence est manifestement reconnu dans ces deux aspects, celui de la reconnaissance de l'existence ou de la validité de la convention d'arbitrage et celui la reconnaissance de juger sur sa propre compétence. La présomption de priorité de la compétence de l'arbitre sur le tribunal étatique est clairement reconnue<sup>738</sup>. Ceci est confirmé par l'article VI (3) en vertu duquel les tribunaux étatiques doivent surseoir à statuer, dès lors qu'une procédure d'arbitrage a été introduite, sur toute demande remettant en cause la validité de la convention d'arbitrage. Cet article retient l'effet négatif du principe de compétence-compétence dans la mesure où les tribunaux sont tenus de surseoir à statuer si les arbitres n'ont pas encore rendu leur sentence s'agissant d'une question d'inexistence, de nullité ou de caducité de la convention d'arbitrage.

**546. Reconnaissance du principe par les tribunaux arbitraux.** Il y a un véritable consensus des tribunaux arbitraux internationaux s'agissant de la reconnaissance du principe de compétence-compétence. Effectivement, ils retiennent unanimement, que les tribunaux sont compétents pour décider de leur compétence, ainsi que de la validité de la convention d'arbitrage. L'une des sentences les plus connues a été rendue dans une affaire au cours de laquelle il est reconnu que : « *Le doute concernant l'autorité des commissaires pour déterminer leur propre juridiction était absurde ; et qu'ils devaient nécessairement décider des cas qui étaient dans ou hors de leur compétence.* »<sup>739</sup>. Il semblerait donc que ce principe, du moins dans son effet positif, soit universellement reconnu.

#### Paragraphe 2 : Les exceptions à l'effet négatif du principe de compétence-compétence

**547. Exceptions au principe de compétence-compétence.** Ce principe n'est pas absolu et a pour limite la nullité ou l'inapplicabilité manifeste de la convention d'arbitrage. Toutefois, l'article 1448 du Code de procédure civile soumet cette exception à de strictes conditions, outre le caractère manifeste de la nullité ou de l'inapplicabilité, il faut également que le tribunal n'ait pas encore été saisi, auquel cas il connaîtra lui-même de la question de la validité de la convention d'arbitrage. Également, la sémantique de l'exception est cruciale et le choix de l'adjectif « manifeste » n'est pas anodin. Pour M. Fouchard, « *la notion de nullité manifeste*

---

<sup>738</sup> 'Chapter 7: International Arbitration Agreements and Competence-Competence', in Gary B. Born, International Commercial Arbitration (Third Edition), 3rd edition (© Kluwer Law International; Kluwer Law International 2021) pp. 1139 - 1348

<sup>739</sup> Award in Case of The Betsey of 13 April 1797 (Lord Chancellor Loughborough), cited in J. Moore, History and Digest of the International Arbitrations to Which the United States Has Been A Party 327 (1898)

*doit s'entendre strictement : il s'agit d'une nullité évidente, incontestable, qu'aucune argumentation sérieuse n'est en mesure de mettre en doute* »<sup>740</sup>. Ainsi, le caractère manifeste est apprécié de façon très stricte et sévère afin de réduire au possible les possibilités pour lesquelles le tribunal étatique peut empiéter sur la compétence du tribunal arbitral, à la faveur de l'efficacité de ce dernier. Il doit s'agir d'une nullité ou d'une inapplicabilité tellement évidente qu'elle ne nécessite aucune analyse de la part du juge.

**548. Appréciation superficielle.** Il n'y a pas de marge d'appréciation accordée au tribunal étatique, au-delà de ce qui apparaît *prima facie* comme « manifestement » nul ou inapplicable, et l'opposition à l'efficacité de l'arbitrage est ainsi extrêmement réduite. Par exemple, n'a pas été considéré comme manifestement nul ou inapplicable, la convention d'arbitrage dont la seule trace écrite se trouvait dans les conditions générales de vente, qui était elle-même uniquement mentionnée au verso d'un connaissance alors même que les parties avaient seulement pu produire le recto<sup>741</sup>. Le positionnement en faveur, à minima, de la compétence du tribunal arbitral est évident. Tel que l'exprime justement M. Racine, « *la convention d'arbitrage, dès lors qu'elle est invoquée, est apparemment efficace* », et la marge d'appréciation pour démontrer cette inefficacité est strictement et sévèrement appréciée, à la faveur de l'efficacité de l'arbitrage.

**549. Illustrations de la nullité ou de l'inapplicabilité manifeste.** Effectivement, comme nous l'avons étudié en première partie, les critères de validité de la convention d'arbitrage sont si souples qu'il faudrait une véritable analyse profonde pour en déduire la nullité, ce qui est interdit aux juges étatiques. Le seul terrain fertile pour prouver une nullité manifeste serait sur le terrain de l'inarbitrabilité, par exemple si une clause compromissoire est conclue en matière pénale. L'inapplicabilité manifeste est plus régulièrement invoquée, mais très peu retenue en pratique. Elle peut être définie comme « *l'impossibilité d'appliquer la convention d'arbitrage au litige* »<sup>742</sup>. L'inapplicabilité manifeste est d'autant plus difficile à prouver que les cas où la clause d'arbitrage est tellement pathologique qu'elle n'est pas applicable sont très rares dans la mesure où le droit français renforce au maximum l'efficacité de la convention d'arbitrage en utilisant de divers moyens pour l'appliquer quand bien même elle serait pathologique.

---

<sup>740</sup> « La coopération du Président du tribunal de grande instance à l'arbitrage », Rev. Arb. 1985, p. 5

<sup>741</sup> L.Chedly., op. cit., p. 478

<sup>742</sup> J.-B. Racine, op. cit., p. 273

- 550. Position sévère de la jurisprudence vis-à-vis de l'inapplicabilité ou de la nullité.** Il a été reconnu que l'impécuniosité d'une partie ne rend pas la convention manifestement applicable<sup>743</sup>. La Cour de cassation étant favorable à l'arbitrage, elle fait preuve de sévérité et exige que soit caractérisée « *une absence de volonté des parties de recourir à l'arbitrage* »<sup>744</sup>. Une autre jurisprudence a pu retenir l'inapplicabilité manifeste s'agissant d'une « *clause de référence* » qui n'était finalement référencée nulle part<sup>745</sup>. Les jurisprudences écartant l'inapplicabilité manifeste sont nombreuses. Par exemple, la jurisprudence a retenu que la convention d'arbitrage n'était pas manifestement inapplicable dans le cadre d'une demande visant à la dissolution d'une société, alors que la clause compromissoire a pour champ d'application les litiges relatifs à l'interprétation et/ou à l'exécution du contrat.
- 551. Cas d'exclusions jurisprudentielles de l'inapplicabilité manifeste.** En pratique, la dissolution peut facilement se justifier comme entrant dans le champ d'application de l'exécution du contrat<sup>746</sup>. N'a pas été considéré comme manifestement inapplicable la convention d'arbitrage, alors même qu'une des factures en litige contient une clause attributive de juridiction en son dos<sup>747</sup>. Le positionnement de la jurisprudence en faveur de la compétence des tribunaux arbitraux est évident. Effectivement, elle écarte une clause attributive de juridiction inscrite au dos d'une facture, tout en acceptant une clause d'arbitrage par référence, qui n'a même pas été produite. Manifestement, dans le doute, la jurisprudence préfère accorder une priorité à la compétence de l'arbitrage. Ceci peut se justifier par un objectif d'économie de moyens. Effectivement, si le tribunal arbitral juge que la convention d'arbitrage n'est pas valide, il renverra le litige au tribunal étatique. Dans le cas contraire, il n'y a aucun intérêt à dessaisir l'arbitre, attendre que le juge statue, pour ensuite renvoyer à nouveau le litige devant le tribunal arbitral.
- 552. Déni de justice.** Une seconde limite au principe de compétence-compétence est très spécifique. Il s'agit des cas où il faut écarter le principe afin d'empêcher le déni de justice dans les cas où la partie n'est pas en mesure financière de saisir un tribunal arbitral et risque ainsi de renoncer à ses droits. C'est par exemple entériné en matière de droit du travail, la Cour de cassation ayant retenu que « *il résulte de l'article L. 1411-4 du Code du travail que*

---

<sup>743</sup> Paris, 26 fév. 2013, Rev. Arb. 2013, p. 746, 2<sup>e</sup> esp. Note F.-X. Train

<sup>744</sup> Civ. 1, 20 févr. 2007, Rev. Arb. 2007, p. 775, note F.-X. Train

<sup>745</sup> Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 6 nov. 2013, JCP G 2013, 1391, n<sup>o</sup>3, obs. Ch. seraglini

<sup>746</sup> L. Chedly, op. cit., p. 478

<sup>747</sup> L. Chedly, op. cit., p. 478

*le principe de compétence-compétence selon lequel il appartient à l'arbitre de statuer par priorité sur sa propre compétence n'est pas appliquée en matière prud'homale* »<sup>748</sup>. Ainsi, l'efficacité de l'arbitrage n'est pas écartée par principe, mais à titre exceptionnelle pour des mesures de protection du salarié. Toutefois, il s'agit de cas très restrictifs, elle n'a pas par exemple, été étendue au consommateur<sup>749</sup>.

**553. Les limites au transfert de compétence du fait de la renonciation.** La principale limite, radicale, se traduit par la renonciation à la convention d'arbitrage par les parties. Le principal critère se traduit par le consentement commun des parties de renoncer au bénéfice de la convention d'arbitrage. Le désistement unilatéral d'une partie à la convention d'arbitrage ne peut en aucun cas entraîner une renonciation. Toutefois, cette renonciation peut être tacite. L'exemple le plus populaire est celui de la partie qui assigne la seconde partie devant une juridiction étatique, et que cette dernière ne le conteste pas en soulevant une exception d'incompétence. Le silence et la soumission aux juridictions étatiques vaut renonciation à l'arbitrage. La renonciation à l'arbitrage peut également être expresse en prenant la forme d'un contrat. Par exemple, les parties peuvent ultérieurement à la conclusion de leur clause d'arbitrage, conclure un nouveau contrat qui prévoit une clause attributive de juridiction. L'essentiel est que la renonciation soit commune, claire et sans équivoque. Par exemple, la saisine des juges des référés n'est pas considérée comme une renonciation à la convention d'arbitrage.

**554. Saisine du juge étatique.** La jurisprudence est très claire à ce sujet<sup>750</sup>. Le juge de référés a traditionnellement un rôle de soutien et de support pour l'arbitre, son intervention vise généralement à préserver et faciliter la poursuite de la procédure arbitrale. Une telle position est même consacrée par l'article 1449 du CPC qui retient que « *l'existence d'une convention d'arbitrage ne fait pas obstacle, tant que le tribunal arbitral n'est pas constitué, à ce qu'une partie saisisse une juridiction de l'État aux fins d'obtenir une mesure d'instruction ou une mesure provisoire ou conservatoire* ». Également, si les parties saisissent un juge étatique

---

<sup>748</sup> Soc. 30 nov. 2011, rev. Arb. 2012, p. 333, 1<sup>ère</sup> esp. note M. Boucaron-Nardetto ; procédure 2012, n°2, 42, obs. L. Weiller

<sup>749</sup> Arrêts, Jaguar (Civ. 1<sup>re</sup>, 21 mai 1997, nos 95-11.429 et 95-11.427 [2 arrêts], RTD com. 1998. 330, obs. J.-C. Dubarry et E. Loquin ; Rev. crit. DIP 1998, 87, note V. Heuzé ; NY. L. J. 4 déc. 1997, obs. E. Gaillard ; Dr. et patr. 1997, n° 1800, obs. P. Laroche de Roussane ; RGDP 1998. 156, obs. M.-C. Rivier ; Rev. arb. 1997. 537, note E. Gaillard ; JDI 1998. 969, note S. Poillot-Peruzzetto) et Rado (Civ. 1<sup>re</sup>, 30 mars 2004, n° 02-12.259, D. 2004. 2458, note I. Najjar ; ibid. 2005. 3050, obs. T. Clay ; RTD com. 2004. 447, obs. E. Loquin ; Rev. arb. 2005. 115, note X. Boucobza ; JCP 2005. I. 134, § 3, obs. C. Seraglini)

<sup>750</sup> Cass. 1<sup>ère</sup> civ. 29 janv. 2014, Rev. Arb. 2017. P. 903, note Th. Dufour

pour rendre une mesure exclusive à ce dernier, cela ne peut être considéré comme une renonciation à l'arbitrage dans la mesure où l'arbitre ne dispose pas de la compétence pour rendre ces mesures. C'est par exemple le cas des saisies conservatoires et sûretés judiciaires en application de l'article 1468 du Code de procédure civile. C'est aussi le cas pour tout ce qui est relatif à l'exécution, l'arbitre ne possédant pas de pouvoir coercitif, qui relève de l'exclusivité des juridictions étatiques sur le territoire français. Ici encore, le juge vient en appui à l'arbitre, et cela ne vaut pas renonciation à la convention d'arbitrage.

**555. Portée de la renonciation.** Les clauses compromissoires sont généralement rédigées en des termes très larges, visant un panel de litiges étendus. La question est la suivante : la renonciation à un litige précis, par exemple par sa soumission au tribunal étatique, vaut-elle renonciation générale à l'arbitrage ? Une partie peut-elle ultérieurement soumettre un litige différent à l'arbitrage, qui entrerait dans le champ d'application de la convention d'arbitrage ? Une fois de plus, la réponse se situe dans la recherche de la réelle volonté des parties. En pratique, la Cour de cassation, au détriment de l'efficacité de l'arbitrage, semble se positionner en faveur d'une portée générale de la renonciation, considérant que la renonciation s'étend : *« non seulement en ce qui concerne la demande présentée, mais encore quant aux demandes reconventionnelles rattachées au même contrat qui pourraient être présentées par l'autre partie »*<sup>751</sup>. Une telle position peut toutefois se défendre pour des raisons de cohérence afin d'éviter *« une scission du contentieux »*<sup>752</sup> qui risquent de gonfler le volume du contentieux.

**556. Effets pervers.** En somme, le principe de compétence-compétence est bien établi en droit français, que ce soit dans son effet positif, ou dans son effet négatif. Cette efficacité retentissante de l'arbitrage peut toutefois présenter des effets pervers, lorsque l'une des parties est faible, et qu'elle se retrouve forcée à participer à un arbitrage auquel elle n'a pas forcément consenti, sans échappatoire, du fait de l'effet négatif du principe de compétence-compétence qui l'empêche de s'appuyer sur le juge. L'exemple le plus probant est l'affaire Rado, au cours de laquelle l'une des parties était une personne âgée s'étant fait démarcher à domicile. La Cour de Cassation française a retenu par un arrêt du 30 mars 2004 qu'en : *« qu'en l'absence de nullité manifeste, la clause compromissoire devait recevoir application en vertu de l'indépendance d'une telle clause en droit international sous la seule réserve des règles d'ordre public international qu'il appartiendra aux arbitres de mettre en œuvre, pour le*

---

<sup>751</sup> Cass. 1<sup>ère</sup>, civ., 23 janv. 2007, Rev. Arb. 2007 p. 290, ons. E. Teynier et P. Pic

<sup>752</sup> C. Seraglini & J.Ortscheidt, op. cit., p. 698



*contrôle du juge de l’annulation, pour vérifier leur propre compétence, spécialement en ce qui concerne l’arbitrabilité du litige* »<sup>753</sup>. Ainsi, les seules options pour la partie faible sont de saisir l’arbitre pour connaître de sa compétence, ou d’attendre d’être assignée par la partie adverse. En l’espèce, Mme Rado était âgée et avait peu de moyens, il était difficile pour elle de saisir la justice arbitrale, ce qui peut sans contestation déboucher sur un déni de justice, permettant à la partie opposée, potentiellement coupable, d’éviter toute poursuite du fait de la difficulté de la partie faible à entamer une procédure d’arbitrage. Or, légalement, les seules possibilités pour écarter la convention d’arbitrage sont son inapplicabilité ou sa nullité manifeste. Les hypothèses des parties faibles ou manquant de moyens financiers ne sont pas protégés, et il semblerait qu’elle n’est d’autres choix en pratique que de subir les conséquences de l’effet négatif du principe de compétence-compétence. Un second argument empêchant d’écarter la procédure d’arbitrage serait tout simplement la force obligatoire des contrats, qui ne permet pas aux parties de se soustraire à leur engagement. Quand bien même cet engagement serait vicié, il est impossible de le prouver *prima facie*, face au juge étatique, et l’argumentation devra s’effectuer devant l’arbitre, ce qui nous ramène au point de départ. La seule solution, serait d’assouplir l’interprétation du caractère « manifestement applicable » en l’élargissant aux parties qui ne peuvent manifestement pas saisir l’arbitre.

## **B. L’effet négatif en droit marocain**

Le droit marocain est imprécis s’agissant de la consécration de l’effet négatif du principe de compétence-compétence qu’il n’envisage pas clairement (**Paragraphe 1**), à l’instar de nombreux droits comparés (**Paragraphe 2**).

### Paragraphe 1 : Une incompétence des juridictions étatiques déterminée négativement

**557. Les limites au principe de compétence-compétence.** Le principe de compétence-compétence ne s’applique pas lorsque la convention d’arbitrage est manifestement nulle. Cette position inspirée du droit français et entérinée par la loi 08-05 à l’article 327 du CPC, mais la jurisprudence marocaine ne s’est pas encore prononcée sur ce point. La jurisprudence française l’accueille assez rarement. L’article 18 de la loi 95-17 permet d’écarter l’exception de la nullité manifeste ce qui renforce la compétence du tribunal arbitral en réduisant les cas

---

<sup>753</sup> L. Chedly, *op. cit.*, p. 480

où le tribunal étatique peut connaître de la convention d'arbitrage. Il s'agit d'une avancée importante en termes d'efficacité de la procédure d'arbitrage.

**558. Limites du principe de l'effet négatif.** Ce principe est envisagé négativement en droit marocain par le biais de l'intervention des juges étatiques, les juges étatiques pouvant effectivement juger de la validité de la convention d'arbitrage lorsque le tribunal arbitral n'est pas encore saisi et que cette dernière est manifestement nulle ou inapplicable. Effectivement, l'alinéa 2 de l'article 327 du CPC énonce que : « *Si le tribunal arbitral n'est pas encore saisi, la juridiction, à la demande du défendeur, doit également déclarer l'irrecevabilité, à moins que la convention d'arbitrage ne soit manifestement nulle.* ». Ainsi, comme en droit français, le juge étatique doit se limiter à une analyse superficielle de la convention d'arbitrage<sup>754</sup>. Effectivement, si un contrôle substantiel est nécessaire pour juger de l'invalidité de la convention, le critère « manifestement » qui est la clé de la compétence du juge étatique perd son sens. D'autres exceptions sont tirées de la volonté des parties, qui peuvent communément décider d'écarter la convention d'arbitrage, ce qui anéantit automatiquement la compétence du tribunal arbitral. Enfin, certaines compétences demeurent exclusives aux tribunaux étatiques, tels que les voies d'exécution ou les injonctions à des tiers, tandis que d'autres compétences mettent en exergue une compétence commune au tribunal arbitral et aux tribunaux étatiques.

#### Paragraphe 2 : Positionnement efficace en droit comparé

**559. Droit comparé non uniforme.** Comparé à d'autres droits ; le droit marocain peut être salué pour sa souplesse et son efficacité qui ne sont pas unanimement partagées en droit comparé. Effectivement, le droit allemand est hostile à l'effet négatif du principe de compétence-compétence. L'article 1031 2PO retient que : « *le tribunal saisi d'un différend sur une question faisant l'objet d'une convention d'arbitrage renverra les parties à l'arbitrage si le défendeur le demande avant la procédure orale, sur le fond, à moins que le tribunal ne constate que ladite convention est caduque, inopérante ou non susceptible d'être exécutée* ». Cet article, inspiré de la convention de New York, est bien plus large que son équivalent en droit marocain dans la mesure où la marge d'appréciation accordée au juge est large. Nous

---

<sup>754</sup> Cass. 1re, 6 nov. 2019, n° 18-18.292 : Dalloz actualité, 6 janv. 2020, obs. J. Jourdan-Marques ; JCP E 2020, 1172, note P. Casson ; Procédures 2020, 65, note L. Weiller

allons ici clairement au-delà d'une appréciation superficielle et le juge est autorisé à examiner le caractère « *opérant ou susceptible d'être exécutée* » de la convention d'arbitrage ce qui ouvre la porte à une myriade de possibilités. Également, le droit allemand autorise la saisine du juge étatique lorsque le tribunal arbitral n'est pas constitué, ce qui montre clairement son rejet de l'effet négatif du principe de compétence-compétence.

**560. Exemple du droit suisse.** Le droit suisse s'inscrit dans cette lignée retenant à l'article 7 de la LDIP que : « *Si les parties ont conclu une convention d'arbitrage visant un différend arbitral, le tribunal suisse saisi déclinera sa compétence à moins que : a) Le défendeur n'ait procédé au fond sans faire de réserve. b) Le tribunal ne constate que la convention d'arbitrage est caduque, inopérante ou non susceptible d'être appliquée ou que c) Le tribunal arbitral ne puisse être constitué pour des raisons manifestement dues au défendeur à l'arbitrage.* ». Ici encore, les hypothèses où le juge étatique peut intervenir sont tellement nombreuses que cela édulcore totalement l'effet négatif du principe de compétence-compétence.

**561. Comparaison entre droit marocain et d'autres droits arabes.** Le droit marocain est surtout particulièrement moderne vis-à-vis des droits arabes, qui pour la plupart ne reconnaissent pas l'effet négatif du principe de compétence-compétence. C'est par exemple le cas à l'article 19(a) de la loi yéménite, qui, lorsque la loi yéménite est applicable à l'arbitrage, reconnaît la compétence des juridictions étatiques pour vérifier si « *la convention d'arbitrage est nulle ou inexistante* ». Pourtant plus proche géographiquement, l'article 52 du Code tunisien reconnaît également aux juridictions étatiques la compétence pour vérifier si la convention est « *nulle, inopérante ou insusceptible d'être exécuté* ». Il s'agit de quelques illustrations qui consistent en réalité la majorité des législations dans les pays arabes, étendant les pouvoirs du juge étatique au détriment de l'arbitre. Le droit égyptien fait exception, admettant à l'article 13 de la loi relative à l'arbitrage que « *la juridiction saisie du litige pour lequel il existe une convention d'arbitrage doit déclarer l'action irrecevable* ». L'article 22 de cette même loi corrobore cette reconnaissance de l'effet négatif en octroyant le pouvoir à l'arbitre de juger de sa propre compétence.

**562. Importance de l'interprétation jurisprudentielle.** Toutefois, en dépit de ces législations hostiles, la sémantique demeure vague, et la largesse de leur champ d'application va dépendre d'interprétation de la jurisprudence. Par exemple, le Tribunal fédéral suisse a pu retenir dans

un arrêt du 29 Avril 1996 que la compétence du juge étatique était accordée lorsque l'incompétence du tribunal arbitral « *apparaît comme évidente, sans qu'il soit nécessaire d'approfondir la question puisque de toute façon, à défaut de pareille évidence, le tribunal arbitral sera habilité à statuer, au besoin, sur sa propre compétence en vertu de l'article 186 LDIP.* »<sup>755</sup>. Ainsi, la jurisprudence suisse semble revenir à l'interprétation française qui limite la marge d'appréciation du juge étatique à une appréciation *prima facie*.

**Conclusion :** L'effet négatif du principe de compétence-compétence est essentiel à l'efficacité de la procédure d'arbitrage dans la mesure où il traduit la garantie de la compétence du tribunal arbitral au détriment des juridictions étatiques. Malgré son importance, cet effet n'est pas automatique, et doit être soulevé par les parties dans la mesure où l'arbitrage a un fondement conventionnel, la volonté des parties d'y prendre part doit se matérialiser. C'est ainsi que leur silence est considéré comme une renonciation tacite, et que leur demande doit s'effectuer *in limine litis*. Toutefois, tel qu'exprimé lors des développements ci-dessous, il ne s'agit pas de la manifestation d'une limitation de l'efficacité de la convention d'arbitrage, mais une garantie de la sécurité des procédures juridictionnelles qui ne peuvent pas être remises en cause de façon inconditionnelle.

## *Section 2 : Les dérogations autorisant la compétence des juridictions étatiques*

Bien qu'une convention d'arbitrage valide et efficace existe, il est en pratique impossible d'exclure totalement l'intervention du juge étatique. Ainsi, ce dernier conserve certaines compétences résiduelles qui ne constituent pas une véritable entrave au pouvoir juridictionnel de l'arbitre dans la mesure où ils ont pour objectif d'apporter leur concours à l'arbitre pour atteindre la pleine réalisation et efficacité de la procédure arbitrage. Nous verrons que ces dérogations sont plus efficaces en droit français (A) qu'en droit marocain (B).

### **A. Le conditionnement effectif des dérogations en droit français**

La compétence exclusive du tribunal arbitral est écartée s'agissant de l'aide à la constitution du tribunal arbitral (**Paragraphe 1**), ou la demande de mesures provisoires (**Paragraphe 2**).

---

<sup>755</sup> L. Chedly, op. cit., p. 493

Paragraphe 1 : Aide à la constitution du tribunal arbitral

- 563. Intervention du juge d'appui du juge d'appui.** Outre la désignation indirecte, le juge d'appui peut toujours intervenir en cas de difficultés de constitution du tribunal arbitral<sup>756</sup>. Il s'agit d'une garantie supplémentaire pour assurer l'efficacité de l'arbitrage dans la mesure où si les parties ne se mettent pas d'accord et ne prévoient pas de mécanismes de garantie, une intervention externe est légalement possible en tout état de cause. Toutefois, il est délicat d'autoriser l'intervention du juge étatique en arbitrage, et d'heurter la compétence de l'arbitre. C'est pour cela qu'elle doit être strictement encadrée et conditionnée.
- 564. Critères de l'intervention du juge d'appui.** Dans un premier temps, il faut qu'un litige existe et qu'il n'est pas encore été résolu par le tribunal arbitral. Cette exigence est issue de l'ancien article 1454 du Code de procédure civile, et si elle n'a pas été reprise par le nouveau texte, il est logique que les parties ne puissent pas saisir le juge si la procédure se déroule sans encombrement car il s'agirait d'un empiètement de son rôle et de sa mission. De la même manière, cela n'a aucun sens de saisir le juge une fois la sentence rendue, cela signifie qu'il n'y a pas eu d'obstacles à la constitution du tribunal arbitral et que le rôle des arbitres a été menée à terme sans difficultés. Ainsi, un litige doit exister et ce dernier doit être lié à la formation du tribunal arbitral<sup>757</sup>. Effectivement, le juge d'appui doit uniquement être saisi s'il y a un blocage en matière de désignation des arbitres<sup>758</sup>. Le juge d'appui est également compétent s'agissant de la révocation ou démission d'un membre du tribunal arbitral. Enfin, l'intervention du juge d'appui peut être requise en cas de clause pathologique dont la désignation d'un tribunal arbitral ou d'un tiers chargé de désigner est obscure et mal rédigé.
- 565. Compétence subsidiaire.** La compétence du juge d'appui est non seulement limitée et conditionnée, mais elle est également subsidiaire. Une autre série de conditions s'appliquent et sont relatives à la convention d'arbitrage<sup>759</sup>. Effectivement, cette convention doit être

---

<sup>756</sup> Article 1444 du CPC pour l'arbitrage interne et article 1505 du CPC pour l'arbitrage international

<sup>757</sup> Articles 1452 à 1454 du CPC

<sup>758</sup> Si une partie refuse de procéder à la nomination d'un arbitre par exemple comme l'illustre par exemple la décision rendue par le TGI de Paris, 26 sept. 1984, Rev. Arb. 1985, p. 96 ou si les arbitres n'arrivent pas à se mettre d'accord sur la désignation du tribunal comme l'illustre la décision rendu par le TGI de Paris, 22 mars 1983, Rev. Arb. 1983, p. 479, note B. Moreau

<sup>759</sup> Organisation prévue par Christophe Seraglini & Jérôme Ortscheidt, Droit de l'arbitrage interne et international, Précis Domat Droit Privé, 2<sup>ème</sup> édition p. 301

existante et surtout ne doit pas être « *manifestement nulle ou inapplicable* », aux termes des articles 1455 et 1505 du CPC. Cette dernière condition n'est pas limitée à la compétence du juge d'appui, mais à l'intervention des juridictions étatiques de façon générale aux termes de l'article 1448 du CPC. Ainsi, si la convention d'arbitrage se réfère à un tiers pour résoudre les difficultés, le juge d'appui ne peut intervenir qu'en cas d'incapacité de ce tiers à résoudre les conflits<sup>760</sup>.

**566. Nécessité de cette compétence pour l'efficacité de la procédure.** Ainsi, l'intervention du juge d'appui est très strictement encadrée, mais tout en lui laissant une marge de manœuvre suffisante pour pouvoir intervenir en cas de blocages et assurer la bonne poursuite de la procédure d'arbitrage. Outre les questions de désignation du tribunal arbitral, le juge d'appui n'a pas réellement de limites matérielles à sa compétence en droit français de l'arbitrage international, dans les limites des problématiques relatives à la constitution du tribunal arbitral. Effectivement, son intervention est ponctuelle, et il n'est pas chargé d'une « *compétence générale pour trancher tous les litiges survenant au cours de la procédure d'arbitrage* »<sup>761</sup>. Ainsi, le rôle du juge d'appui est limité aux blocages relatifs à la désignation d'un arbitre ou de sa potentielle démission ou encore de l'incertitude entourant la désignation d'une institution compétente pour organiser l'arbitrage. Il n'est par exemple pas compétent pour juger du pouvoir juridictionnel d'un arbitre. Il ne peut pas non plus forcer un arbitre ou un tribunal arbitral à poursuivre sa mission. En d'autres termes « *le juge français n'a pas un pouvoir d'injonction lui permettant d'ordonner ou d'interdire un arbitrage* »<sup>762</sup>.

**567. Compétence juridictionnelle.** Une fois ces conditions réunies, c'est le président du Tribunal de grande instance, aux termes de l'article 1459 du CPC, qui est compétent, à moins que la convention d'arbitrage ait désigné le président du Tribunal de commerce. Une telle disposition est source d'efficacité. Effectivement, l'exclusivité de la compétence du président du Tribunal de grande instance en la matière permet de concentrer ce type de contentieux entre les mains d'un seul juge qui a l'habitude d'en connaître et s'est spécialisé à ce sujet. Il peut être saisi soit par une partie, soit par le tribunal, ou l'un de ses membres<sup>763</sup>. Il s'agit d'une procédure contradictoire, au cours de laquelle toutes les parties à l'arbitrage sont présentes, et les arbitres déjà désignés sont souvent également mis en cause. Le juge n'est pas totalement libre dans sa

---

<sup>760</sup> TGI de Paris, 23 oct. 2013, Rev. Arb. 2014, p. 214

<sup>761</sup> Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 13 déc. 2017, Cah. Arb. 2017, p. 701, note H. Barbier

<sup>762</sup> C. Seraglini & J. Ortscheidt, op. cit., p. 776

<sup>763</sup> Article 1460 du CPC

désignation des arbitres, puisqu'il doit respecter la volonté des parties s'agissant du nombre d'arbitre et des qualités requises par la convention d'arbitrage<sup>764</sup>. Sa décision peut le cas échéant être annulée pour excès de pouvoir<sup>765</sup>.

**568. Intervention limitée.** En pratique, l'arbitre essaye d'intervenir a minima. Il a pour habitude de demander d'abord à la partie défaillante de nommer un arbitre en renvoyant l'affaire à une audience ultérieure, et uniquement d'intervenir si elle est à nouveau défaillante<sup>766</sup>. Il essaye également au minimum d'éviter de remplacer le tiers chargé d'organiser l'arbitrage, et intervient uniquement en cas de paralysie du fait d'une incapacité du tiers à organiser l'arbitrage ou d'une insuffisance du règlement d'arbitrage sur cette question<sup>767</sup>. Le juge d'appui désigne alors l'arbitre ou le tribunal arbitral par ordonnance ayant l'autorité de la chose jugée et s'imposant aux parties. Aux termes de l'article 1460 du CPC, l'appel est ouvert uniquement lorsque l'ordonnance décide de ne pas désigner d'arbitre au motif d'une convention manifestement nulle ou inapplicable, dans un délai de 15 jours à partir de la signification de l'ordonnance aux parties. Ainsi, nous avons présenté les mécanismes encadrant la nomination du tribunal arbitral et permettant de redonner à la procédure son efficacité en cas de blocage à ce stade.

#### Paragraphe 2 : Les mesures provisoires

**569. Importance des mesures provisoires.** « Dans tous les cas [...] où la situation relève de l'urgence, les parties à la convention d'arbitrage doivent pouvoir compter sur l'octroi de mesures provisoires effectives »<sup>768</sup>. Les mesures provisoires traduisent un élément essentiel à la conduite efficace de la procédure d'arbitrage. Les pouvoirs de l'arbitre pouvant être limités à ce sujet, il s'agit de se questionner sur l'efficacité de l'intervention étatique pour assurer l'octroi de mesures provisoires effectives. Il s'agit d'une illustration de la bienveillance que le juge étatique peut montrer à l'égard de l'arbitrage, et d'un type de situations où arbitre et juge ne sont pas concurrents, mais travaillent au contraire en concert.

---

<sup>764</sup> Christophe Seraglini & Jérôme Ortscheidt, Droit de l'arbitrage interne et international, Précis Domat Droit Privé, 2<sup>ème</sup> édition p. 303

<sup>765</sup> Cass. 2<sup>ème</sup> civ., 16 mars 1999, RTD com. 2000, p. 583, obs. E. LOQUIN

<sup>766</sup> TGI de paris, 8 oct. 2002, Rev. Arb., 2003, p. 199, note L. Jaeger

<sup>767</sup> Cass. 2<sup>ème</sup> civ., 16 mars 1999, RTD com. 2000, p. 583, obs. E. LOQUIN

<sup>768</sup> C. Chainais, Les mesures provisoires dans le nouveau droit français de l'arbitrage, in A. Saletti, J. Van Compernelle et J.-F. Van Drooghenbroeck (dir.), L'arbitre et le juge étatique, étude de droit comparé à la mémoire de Giuseppe Tarzia, Bruylant, 2014, p. 281, spéc. p. 284

**570. Limites des pouvoirs de l'arbitre en matière de mesures provisoires.** Le seul bémol s'agissant de l'aptitude de l'arbitre à accorder des mesures provisoires se traduirait par le fait que le tribunal arbitral n'a pas de pouvoir de coercition, nécessaire pour enclencher une exécution forcée. L'intervention des juridictions étatiques est donc obligatoire pour apporter leur appui en cas d'exécution forcée de la mesure provisoire. Il s'agit d'une intervention motivée par un souci d'efficacité dans la mesure où « *l'arbitrage est une procédure parfois mal adaptée à l'adoption, de façon efficace, de mesures provisoires ou conservatoires qui présentent un certain caractère d'urgence* »<sup>769</sup>. Le juge intervient donc pour résorber les carences de la procédure arbitrale qui n'est pas toujours adaptée.

**571. Conditionnement de cette intervention.** Cette intervention est limitée et exceptionnelle. Effectivement, il ne s'agit pas d'entraver la compétence des juridictions arbitrales en la matière, mais bien au contraire d'apporter une aide à ces dernières afin d'assurer une tenue efficace de la procédure d'arbitrage. La doctrine considérant que : « *le principal moyen d'obtenir des mesures provisoires soit par le biais du tribunal [arbitral] et de restreindra la compétence des juridictions [étatiques] dans les seuls cas où, pour des raisons diverses, le tribunal arbitral ne pourrait pas accorder une protection efficace. Donner une compétence illimitée aux juridictions nationales pour octroyer des mesures provisoires peut entraver l'accord des parties de soumettre leurs litiges à l'arbitrage.* »<sup>770</sup>. Ainsi, il ne s'agit pas d'empiéter sur la compétence des arbitres, mais bien au contraire d'assurer l'efficacité de la procédure par le biais du soutien des tribunaux étatiques. En tout état de cause, l'article 1449 du CPC français protège cette exclusivité en accordant la possibilité aux parties de saisir le juge étatique pour obtenir des mesures provisoires avant que le tribunal arbitral ne soit formé. Ainsi, l'intervention du juge étatique a principalement lieu lorsque le tribunal n'est pas encore constitué. Toutefois, exceptionnellement, des mesures provisoires peuvent être demandées à l'arbitre alors même qu'un tribunal est constitué, mais dans des cas stricts et exceptionnels.

**572. Intervention en faveur de l'arbitrage.** Le droit français est salubre pour l'arbitrage dans la mesure où il encadre strictement l'intervention de juge étatique s'agissant des mesures provisoires et la circonscrit simplement dans un objectif de support à l'arbitrage, à la faveur

---

<sup>769</sup> C. Seraglini & J. Ortscheidt, op. cit.

<sup>770</sup> Kröll, Lew, Mistelis, Comparative International Commercial Arbitration, Chapter 23 Interim and conservatory measures, p.622.



de l'efficacité de l'arbitrage international<sup>771</sup>. Toutefois, en pratique, les parties ont tendance à s'exécuter volontairement, afin de ne pas contrarier l'arbitre alors qu'il n'a pas encore rendu sa sentence finale. Également, les parties peuvent volontairement prévoir d'exclure l'intervention des juges étatiques dans la convention d'arbitrage, il ne s'agit donc pas d'une intervention imposée. Une telle renonciation est discutable dans la mesure où il s'agirait de la compenser avec un mécanisme efficace afin d'éviter tout déni de justice dans le cas où la limitation des pouvoirs du tribunal arbitral en matière de mesures provisoires empêcherait ces dernières d'être efficacement exécutées. En tout état de cause, même sans renonciation explicite, l'intervention du juge étatique en matière de mesures provisoires est possible uniquement lorsque l'urgence est caractérisée.

**573. Compétence du juge des référés.** Il s'agit d'une compétence classique du juge des référés prévue par l'article 1449 du Code de procédure civile, et à l'arbitrage international par le biais de l'article 1506 du Code de procédure civile, qui prévoit que des mesures provisoires peuvent être requises par une partie malgré l'existence d'une convention d'arbitrage efficace. Tant que la condition d'urgence est respectée, et que le tribunal arbitral n'est pas constitué les parties peuvent saisir les tribunaux étatiques afin de requérir une mesure conservatoire ou provisoire. Une telle position est étendue à toutes les mesures urgentes qui peuvent être requises auprès du président du tribunal de grande instance ou du tribunal de commerce, ainsi que toutes les mesure d'instructions in futurum.

**574. Compétence exclusive des juridictions étatiques.** Dans le cas des mesures provisoires, l'intervention des juridictions étatiques est résiduelle et strictement conditionnée. Toutefois, dans d'autres cas, comme les voies d'exécution et les injonctions aux tiers, la compétence des juridictions nationales est alors exclusive. Effectivement, le tribunal arbitral ne possède aucun pouvoir de coercition, ce pouvoir étant un monopole de l'État, et relève des juridictions étatiques. L'article 1468 du Code de procédure civile, transposable à l'arbitrage international du fait de l'article 1506 du Code de procédure civile retient ainsi que seules les juridictions étatiques ont le pouvoir d'ordonner des saisies conservatoires et sûretés judiciaires. Par ailleurs, la convention d'arbitrage n'étant en principe pas applicable au tiers, dans le cas où l'intervention de ce dernier se révèle utile pour la bonne tenue de la procédure, l'article 1469 du Code de procédure civile, transposé à l'arbitrage international par le biais de l'article 1506

---

<sup>771</sup> Article 1449 du Code de procédure civile

du même Code, prévoit qu'un tiers peut être assigné devant le président du tribunal de grande instance afin de produire un document dans le cadre d'une procédure arbitrale. Ces exemples illustrent l'impossibilité d'exclure totalement les juridictions étatiques de la procédure arbitrale, et l'utilité de l'intervention de ces dernières au soutien de la procédure arbitrale et de sa bonne conduite. En tout état de cause, le droit français est favorable à l'efficacité de l'arbitrage, et sa construction est telle que ces interventions demeurent limitées et exceptionnelles.

## **B. Le conditionnement laxiste des dérogations en droit marocain**

La compétence exclusive du tribunal arbitral est écartée s'agissant de l'aide à la constitution du tribunal arbitral (**Paragraphe 1**), ou la demande de mesures provisoires (**Paragraphe 2**).

### Paragraphe 1 : Aide à la constitution du tribunal arbitral

**575. Confusions juridiques en droit marocain.** En droit marocain, la législation est contradictoire. Effectivement, la loi 08-05 a prévu de sanctionner le défaut de désignation du tribunal arbitral d'une nullité absolue, alors même que l'article 327-5 du Code de procédure civile<sup>772</sup> envisage une intervention du juge étatique pour couvrir l'irrégularité du défaut de désignation. Comme vu précédemment, la jurisprudence marocaine ne se positionne pas en faveur de la convention d'arbitrage à ce sujet, et retient la nullité à chaque fois qu'un cas de défaut de désignation du tribunal arbitral ou des modalités entourant sa désignation lui est soumis. De telles contradictions sont sources d'inefficacité juridique, en particulier face à une jurisprudence méfiante à l'égard de l'arbitrage dans la mesure où elle ne lui donne pas pleine efficacité, alors même qu'un fondement légal lui en donne l'occasion. Il s'agit d'épurer en urgence la législation marocaine de ces contradictions qui nuisent manifestement à son efficacité.

**576. Efficacité du nouveau code de l'arbitrage.** La réforme ratifiée le 13 juin 2022 est toutefois louable puisqu'elle ne mentionne plus la nullité en cas de défaut de désignation du tribunal arbitral. Effectivement l'article 23 du Code de l'arbitrage prévoit l'intervention du juge étatique pour compenser la carence des parties s'agissant de la constitution d'un tribunal arbitral. Cet article est louable du fait de son exhaustivité, détaillant l'intervention d'une

---

<sup>772</sup> Article 23 du Code de l'arbitrage ratifié le 13 juin 2022, issu de Loi n° 95-17 relative à l'arbitrage et à la médiation conventionnelle, ratifiée le 13 juin 2022, BO 7099

juridiction compétente pour chaque cas de figure, selon que l'arbitrage prévoit l'intervention d'un arbitre unique, de plusieurs arbitres ou encore dans le cas d'un arbitrage multipartite. Il s'agit d'une avancée considérable dans une perspective d'efficacité dans la mesure où le défaut de constitution d'un tribunal arbitral ne s'érige plus en obstacle à la tenue de la procédure et est dès lors aisément solutionné. Par ailleurs, la décision de la juridiction compétente en matière de constitution du tribunal arbitral est non susceptible de recours, approche que nous approuvons puisque l'intervention de la juridiction étatique constitue en elle-même un dernier recours après défaut de constitution volontaire du tribunal arbitral par les parties. Un recours contre cette décision serait l'opportunité pour les parties de mauvaise foi de retarder le déclenchement de la procédure.

#### Paragraphe 2 : Les mesures provisoires

**577. Pouvoir du juge des référés en droit marocain.** En droit marocain, le principal juge qui intervient pendant la procédure arbitrale est le juge des référés, afin d'obtenir des mesures provisoires ou conservatoires. Effectivement, l'article 327-1 du CPC<sup>773</sup> énonce que « *la convention d'arbitrage ne fait pas obstacle aux parties, soit avant d'engager la procédure d'arbitrage soit au cours de celle-ci, d'avoir recours au juge des référés en vue de prendre toute mesure provisoire ou conservatoire conformément aux dispositions prévues par la présente loi.* ». Cet article, repris textuellement par le nouveau Code de l'arbitrage, ouvre ainsi la possibilité aux parties de saisir le juge étatique malgré l'existence d'une convention d'arbitrage.

**578. Strict conditionnement.** Toutefois, une telle entrave à l'autonomie de l'arbitrage et au pouvoir des arbitres est strictement conditionnée. De prime abord, « *le caractère urgent de la situation constitue, à cet égard, la justification première du recours au juge des référés* »<sup>774</sup>. Il faut donc que la situation soit telle, qu'il fasse appel au pouvoir coercitif exclusif au juge étatique pour pouvoir prévenir un dommage. En tout état de cause, le référé ne peut être retenu sans que la caractéristique d'urgence soit qualifiée. Il faut que la violation du droit soit d'emblée constatable et ne nécessite pas une analyse de fond de la part du juge. L'atteinte doit être discernée *prima facie*.

---

<sup>773</sup> Article 19 du code de l'arbitrage ratifié le 13 juin 2022, issu de Loi n° 95-17 relative à l'arbitrage et à la médiation conventionnelle, ratifiée le 13 juin 2022, BO 7099

<sup>774</sup> M. D. Toumilt & A. A. Toumilt, op. cit., p. 359

**579. Reconnaissance jurisprudentielle préalable.** L'analyse de la jurisprudence marocaine nous a permis de déduire que la capacité des parties à saisir le juge des référés était reconnue bien avant la loi 08-05. Par exemple, une ordonnance du Président du Tribunal de première instance de Casablanca a retenu que :

*« Que dès lors, la défenderesse n'avait pas, en l'espèce à couper le courant de son propre chef, sans avoir recours à l'arbitrage ;*

*Qu'il s'ensuit que la partie adverse est fondée à saisir le juge des référés, et que sa demande est donc recevable en la forme ;*

*Attendu d'autre part que la société bailleuse ne doit en aucune manière troubler la jouissance du locataire ou l'en priver, même partiellement ;*

*Que la défenderesse, en coupant le courant, a méconnu cette obligation et occasionné un préjudice certain à la demanderesse compte tenue de l'importance de l'électricité dans l'activité de son usine, d'où il résulte un état d'urgence nécessitant l'intervention du juge des référés en vue de protéger la partie lésée. »<sup>775</sup>.*

Ainsi, la motivation du juge se concentre sur le critère d'urgence pour justifier l'intervention du juge des référés, du fait d'une analyse factuelle en vertu de laquelle il a été déduit que l'urgence était caractérisée. Effectivement, le comportement du bailleur a paralysé l'activité professionnelle de son locataire ce qui définit bien une situation d'urgence.

Une seconde décision rendue par le Président du Tribunal de commerce d'Agadir a retenu que :

*« Que la présence d'une clause compromissoire dans les statuts de la société n'interdit nullement aux parties de mettre en œuvre la procédure de référé prévue par la loi, aux fins de voir ordonner toute mesure judiciaire visant à inciter les organes de la société, dont le laxisme est avéré, à exécuter leurs obligations légales et contractuelles, et ceci sans statuer sur les points litigieux résultat de l'exécution du contrat, lesquels doivent être tranchés par la juridiction du fond ou par l'autorité arbitrale choisie par les parties. »<sup>776</sup>.*

---

<sup>775</sup> TPI Casablanca Ain Sebaa, ord.-réf., 19. Avr. 1991

<sup>776</sup> Trib. Com. Agadir ord. Réf., 24 juillet 2002, doss n°163/2002, rapp. Par O. Azouggar et A. El Alami op. cit., p. 119

**580. Jurisprudence constante.** La jurisprudence est donc ancienne et constante à ce sujet. Elle s'est maintenue après l'entrée en vigueur de la loi 08-05, notamment par un arrêt de la Cour de cassation ayant retenu que la saisine du juge des référés était justifiée et n'affectait pas l'application de la clause compromissoire incluse dans le contrat<sup>777</sup>.

Toutefois, cette consécration n'est pas absolue et la saisine du juge doit demeurer exceptionnelle. Ainsi, un arrêt un peu plus récent a condamné la saisine du juge des référés car le motif, qui était une demande d'expertise pour examiner le compte bancaire du cocontractant, ne figure pas dans la liste visée par les dispositions du Code de procédure civile<sup>778</sup>. Ainsi, la demande de mesures provisoires demeure strictement conditionnée et les articles qui l'encadrent doivent être analysés de façon stricte.

**581. Quid de la saisine du tribunal pour obtenir une injonction de payer ?** Cette procédure est encadrée par les articles 155 et suivants du Code de procédure civile et qui ouvre la possibilité de saisir le juge des référés pour toute créance supérieure à 1000 DHS. Pour autant, la jurisprudence est catégorique quant à l'exclusion de cette procédure lorsqu'un arbitrage est ouvert<sup>779</sup>. La doctrine approuve cette position considérant que « *d'une part, l'urgence fait défaut, et que, d'autre part, la mise en œuvre de la procédure précitée vise à condamner le défendeur au paiement de la dette « présumée (...) le président du tribunal trancherait donc le fond du litige, et ne saurait de ce fait être considérée comme prescrivant une simple mesure conservatoire ou provisoire* »<sup>780</sup>. Nous approuvons cette position doctrinale dans la mesure où le risque de préjuger le fond et d'empiéter sur la compétence du tribunal arbitral est trop important dans ce type de situation.

**Conclusion de la Section 2 :** Nous avons démontré tout au long de cette étude le caractère extensif des pouvoirs de l'arbitre et du tribunal arbitral, qui est d'une importance telle qu'il peut être comparé aux pouvoirs détenus par le juge étatique. Toutefois, ce pouvoir n'est pas illimité, et l'intervention du juge étatique se révèle parfois nécessaire notamment du fait de son monopole de l'impérium qui lui accorde une force coercitive que l'arbitre n'a pas. Le juge

---

<sup>777</sup> CS ch. Mixte, 21 mai 2008, BACS, partie I, 2009, p. 14

<sup>778</sup> CAC Casablanca, 9 juill. 2010, doss n°1879/2010/4, rapp. par O. Azougar et A. El Alami op. cot. P. 224

<sup>779</sup> CS com., 2 juill. 2008, doss n°1622/3/2/2007, rapp. par O. Azougar et A. El Alami. Op. cit. p. 16

<sup>780</sup> M. D. Toumilt & A. A. Toumilt, Le droit de l'arbitrage au Maroc, Les éditions Maghrébines, 2014, p. 365

étatique peut également être amenée à intervenir au soutien de l'arbitrage, ce qui démontre la complémentarité et la possibilité pour ces deux entités de travailler en concert, à l'opposé de la méfiance et la concurrence historique dont ils ont pu être accusés. C'est ainsi que le juge peut intervenir pour soutenir la constitution du tribunal arbitral. A ce sujet, le droit marocain a longtemps été extrêmement chaotique dans la mesure où la loi 08-05 a introduit des dispositions contradictoires qui prévoyait à la fois l'intervention du juge étatique en cas de carence des parties dans le cadre de la désignation du tribunal arbitral, tout en sanctionnant le défaut de désignation de nullité. La loi 9-17 est louable puisqu'elle ne mentionne plus la nullité pour défaut de désignation du tribunal arbitral, et clarifie les conditions d'intervention du juge étatique. Il s'agit d'une grande avancée en termes d'efficacité de la convention d'arbitrage.

**Conclusion du Chapitre 2 :** Le principe de compétence-compétence est au cœur de la problématique de l'efficacité de la convention d'arbitrage dans la mesure où il accentue l'autonomie de cette dernière et son fonctionnement indépendant de toute juridictions étatiques. Ce principe n'est pas un effet de la convention d'arbitrage, mais de l'arbitrage, mais il n'en est pas moins un préalable nécessaire à vérifier avant d'étudier les obligations applicables à l'arbitre. Ces obligations traduisent l'efficacité de la mission juridictionnelle ce qui en justifie l'importance, et le fait qu'elles soient associées à des sanctions sévères telle que la récusation du juge. Enfin, il convient de mentionner que la compétence de l'arbitre n'est pas absolue et que plusieurs cas de figures nécessitent l'intervention de la justice étatique. Cette intervention ne ternit en aucun cas l'efficacité de la procédure arbitrale, mais vient au contraire en appui et en garantie de cette dernière pour en accroître l'efficacité.

**Conclusion du Titre 2 :** La convention d'arbitrage produit ainsi des effets à la fois à l'égard des parties et des arbitres. Le droit français et le droit marocain admettent de façon équivalente les effets positifs et négatifs de la convention d'arbitrage à l'égard du tribunal arbitral. Le droit marocain est louable du fait de l'efficacité qu'il accorde à la reconnaissance des effets négatifs du principe de compétence-compétence alors même qu'il s'agit d'un point non-uniforme en droit comparé. Du fait de la convergence de ces effets, la convention d'arbitrage offre des garanties bien établies assurant une pleine compétence du tribunal arbitral. Toutefois, les juridictions étatiques ne sont pas complètement exclues de la procédure, et une certaine compétence de ces juridictions est préservée par le biais de l'octroi des mesures provisoires et de l'intervention en cas de carences à désigner le tribunal arbitral. Une telle compétence démontre que la méfiance historique, ainsi que la concurrence entre les juridictions étatiques

et les tribunaux arbitraux s'estompent progressivement, laissant place à des compétences complémentaires et allant de concert, du fait du soutien que les juridictions étatiques apportent à l'arbitre.

## **Conclusion générale**

A la question « l'arbitrage doit-il encore faire preuve de son efficacité ? »<sup>781</sup>, M. Clay considère que « la réponse est évidemment négative »<sup>782</sup>. L'efficacité traduit un principe cardinal qui gouverne le droit de l'arbitrage en droit comparé, à travers les différents ordres juridiques, pays ou systèmes de droit. La souplesse intrinsèque à cette matière qui s'est érigée en concurrent procédural et juridictionnel des juridictions étatiques, nécessite d'elle une mouvance et une adaptation constante pour survivre. La naissance de ce mode de résolution des conflits est ancienne, et son développement a été lors de ces dernières décennies fulgurant comme en manifeste la multiplication des conventions internationales gouvernant l'arbitrage. A ce soutien législatif et conventionnel s'est ajoutée une extraordinaire faveur de la jurisprudence qui fait preuve d'une extension continue de la portée des effets de la convention d'arbitrage.

Nous avons pu constater au cours de cette étude que le droit de l'arbitrage a fait face à de nombreux obstacles d'ordre législatif, jurisprudentiel, mais également du fait de la mauvaise foi des parties. La culture juridique française a fait face à ces obstacles de façon efficace et pertinente, mettant en place à un arsenal juridique assurant des garanties à la conduite de la procédure arbitrale équivalente à celles fournies en matière de justice étatique. Aujourd'hui, en droit français, la doctrine considère même que la convention d'arbitrage est « indestructible »<sup>783</sup>.

Le droit marocain peut être respecté pour ses efforts, dans la mesure où depuis l'entrée en vigueur de la loi n°08-05 venant remplacer le chapitre VIII du Titre V du Code de procédure civile relatif à l'arbitrage en 2007, la volonté de moderniser la législation et de s'adapter aux standards internationaux est manifeste. Le législateur marocain a cherché à se délier de ses acquis traditionnels portés par la méfiance à l'égard de l'arbitrage, pour combiner une inspiration flagrante du droit français à la signature de nombreuses conventions internationales relatives à l'arbitrage. Toutefois, malgré cette réforme, la législation n'en demeure pas moins chaotique, comportant de nombreuses contradictions à la source de l'inefficacité de l'application de la convention d'arbitrage, et des méandres de méfiance qui

---

<sup>781</sup> T. Clay, L'efficacité de l'arbitrage, Petites affiches n°197, LPA, 2 Octobre 2003, p. 4

<sup>782</sup> *ibid*

<sup>783</sup> *ibid*



se manifestent notamment par la facilité avec laquelle la nullité de la convention d'arbitrage est retenue.

Une seconde réforme a été nécessaire, et est louable dans la mesure où elle a grandement participé à purifier la législation marocaine de ses contradictions. Nous avons pu espérer que le projet de Code de l'arbitrage marocain insuffle un renouveau d'efficacité, posant des règles claires, précises et exempts des confusions et des contradictions qui sont actuellement source de confusion et de contentieux. Nous souhaitons également qu'elles soient sévères dans leur forme, afin de laisser peu de marge de manœuvre aux juges sceptiques qui s'engouffrent dans les brèches d'hésitations rédactionnelles pour ôter à la convention d'arbitrage son efficacité.

Dans les faits, cette loi va entraîner la création d'un véritable Code de l'arbitrage, ce qui symbolise l'importance que le législateur accorde à l'arbitrage, lui accordant une place à part entière en tant que mode juridictionnel concurrent des juridictions étatiques. Elle vise à s'inscrire dans le cadre d'une politique de modernisation de la législation marocaine dans un objectif d'ouverture vers l'extérieur et de développement économique à l'échelle internationale. Elle a pourtant été critiquée dans la mesure où elle maintient une grande partie du régime préalable à son adoption. Toutefois, elle a clairement apporté de la flexibilité au régime, élargissant la définition de la convention d'arbitrage en l'adaptant aux nouvelles technologies, et réduisant les causes de nullité pouvant affecter la convention d'arbitrage. Elle cherche également à lutter contre les dérives de la pratique, en établissant par exemple une liste d'arbitres inscrits auprès de la Cour d'appel, afin d'éviter que des individus malveillants détournent la procédure. Certains reculs sont tout de même à noter, telle que l'introduction du principe du contradictoire qui risque d'alourdir et d'allonger la procédure d'exequatur.

Au-delà des considérations législatives, l'efficacité de l'arbitrage dépend intrinsèquement du comportement des protagonistes qui y prennent part. Ainsi, juges, arbitres et parties se doivent de travailler en concert pour pouvoir assurer l'efficacité de la convention d'arbitrage. Ceci se justifie notamment par sa nature hybride, qui associe un fondement contractuel, nécessitant la participation active des parties, à une mission juridictionnelle portée principalement par les arbitres, mais soutenue par les juges qui détiennent le monopole de l'impérium dont ils peuvent faire usage pour aider à l'application de l'arbitrage. Il a été démontré que juges et arbitres « *peuvent tout aussi bien être le moteur de l'évolution, comme le frein à toute évolution* »<sup>784</sup>. Les juges marocains illustrent bien une telle affirmation, ayant été longtemps

---

<sup>784</sup> L. Chedly, op. cit.

réticents à la portée extensive de la convention d'arbitrage, et érigés de nombreux obstacles en adoptant une approche sévère. L'efficacité de la convention d'arbitrage a longtemps été freinée par des pratiques judiciaires néfastes avortant l'efficacité optimale que pourrait atteindre la convention d'arbitrage. Cette approche sévère s'est progressivement assouplie, mais des contradictions demeurent entre les diverses juridictions du Royaume, qui n'adoptent pas un front uni sur les questions relatives à l'arbitrage.

Globalement, le droit marocain est très moderne, en comparaison avec les pays voisins, mais les dérives de la pratique, et la méfiance maintenue des juges étatiques l'empêchent d'atteindre sa pleine réalisation optimale. L'arbitrage est ainsi encore trop peu démocratisé vis-à-vis du potentiel qu'offre le Maroc en termes de commerce international, du fait de sa position stratégique géographique, et des garanties législatives qu'il multiplie constamment. Un changement des mentalités est impératif pour pouvoir atteindre l'efficacité optimale de la convention d'arbitrage. Dans cette perspective, l'approche de droit comparé traduit un outil indispensable dans la mesure où elle a permis l'étude pratique d'un droit civiliste, fortement imprégné du droit français, mais dans un contexte socio-culturel radicalement différent. Le maintien de l'empreinte locale, et le caractère plus récent de l'adoption d'une législation moderne, apportent un résultat plus mitigé en termes d'efficacité, et une difficulté d'adaptation pour les praticiens malgré un cadre législatif assez satisfaisant. Effectivement, la législation marocaine fait preuve de conformité vis-à-vis des grandes lignes nécessaires à l'efficacité de la convention d'arbitrage, tel que l'autonomie consacrée de la convention d'arbitrage, l'admission d'une définition large de la convention d'arbitrage en elle-même, mais aussi du champ d'application en termes d'arbitrabilité, ou encore l'extension progressive de l'admission du consensualisme. Cela n'a pas empêché la jurisprudence d'adopter dans certains cas une position inutilement sévère, et même incompréhensible, notamment en sanctionnant le défaut de désignation des arbitres par la nullité alors même que la loi propose une alternative à la carence des parties par le biais de l'intervention du juge étatique.

Ceci questionne également sur les limites de la comparaison, et surtout sur l'exportation de certains modèles. Si l'harmonisation des lois et la standardisation des législations par le biais de conventions internationales est louable, et même nécessaire dans le cas de matières internationales ou relevant du commerce international, comme c'est le cas de l'arbitrage, cela ne peut en pratique pas aboutir sur un « clonage des systèmes législatifs », du fait du maintien nécessaires de vestiges de l'empreinte locales, et des comportements des praticiens qui peuvent varier d'un pays à l'autre.

Enfin, cette étude nous a démontré que l'efficacité en elle-même n'est pas une recherche absolue ou aveugle, et doit être tempérée par le maintien et le respect d'une prévisibilité juridique et d'une sécurité juridique. Il s'agit de s'interroger sur cette recherche d'équilibre entre efficacité et sécurité juridique, qui peuvent paraître contradictoire, mais qui en réalité se complètent dans la mesure où la recherche excessive d'efficacité entraîne une inefficacité pratique de la convention d'arbitrage du fait des dérives qu'elle peut voir naître. Il s'agit donc en réalité, au-delà de l'atteinte aveugle de la pleine efficacité, de rechercher le parfait équilibre entre efficacité et sécurité.



## **Plan détaillé**

### **Partie Préliminaire : Autonomie et Loi Applicable**

#### **I. Autonomie et loi applicable en droit français**

*Section 1 : La consécration du principe d’autonomie en droit français*

- A. Une consécration bien ancrée de l’autonomie**
- B. Les effets du principe d’autonomie de la convention d’arbitrage**

*Section 2 : La recherche de la loi applicable*

- A. L’évolution des méthodes de recherche de la loi applicable**
- B. Les critiques de ces méthodes**

#### **I. Autonomie et loi applicable en droit marocain**

*Section 1 : La consécration de l’autonomie en droit marocain*

- A. Des lacunes législatives en droit de l’arbitrage comblées par les principes de droit international privé marocain**
- B. La consécration législative des acquis jurisprudentiels**

*Section 2 : Consécration des méthodes de détermination de la loi applicable en marocain*

- A. Les méthodes applicables**
- B. Le maintien d’une empreinte locale dans la pratique marocaine**

## **Partie 1 : La formation de la convention d'arbitrage**

### **Titre 1 : Les conditions de validité de la convention d'arbitrage**

#### **Chapitre 1 : Le cadre d'application de la convention d'arbitrage**

##### *Section 1 : Arbitrabilité et efficacité*

- A. Une approche de la notion d'arbitrabilité élargie en droit français**
- B. Une approche de la notion d'arbitrabilité progressive en droit marocain**

##### *Section 2 : Le consentement à l'arbitrage*

- A. Le consensualisme, expression significative de l'efficacité des conventions d'arbitrage**
- B. L'offre et l'acceptation, matérialisation classique du consentement en matière contractuelle**
- C. Les vices propres au droit des contrats**
- D. Les pathologies spécifiques à la convention d'arbitrage**

#### **Chapitre 2 : Les conditions de forme de formation de la convention d'arbitrage**

##### *Section 1 : L'exigence d'écrit*

- A. La flexibilité des contours de l'exigence d'écrit en droit français à l'aune du consensualisme**
- B. La sévérité des contours de l'exigence d'écrit en droit marocain issue d'une législation imprécise**

##### *Section 2 : L'exigence de signature*

- A. L'exigence de signature en droit français**
- B. L'exigence de signature en droit marocain**

## **Titre 2 : Le contenu de la convention d’arbitrage**

### **Chapitre 1 : Le contenu obligatoire**

#### *Section 1 : La détermination du siège de l’arbitrage*

- A. Définition du siège**
- B. Critères encadrant le choix d’un siège efficace**

#### *Section 2 : La désignation du tribunal arbitral*

- A. L’efficacité des modalités de désignation en droit français**
- B. Le maintien de contradictions législatives entourant les modalités de désignation en droit français**

### **Chapitre 2 : Le contenu optionnel**

#### *Section 1 : La combinaison de la convention d’arbitrage avec d’autres modes amiables de règlement des conflits*

- A. La combinaison de la convention d’arbitrage avec d’autres modes amiables de règlement des conflits en droit français**
- B. La combinaison de la convention d’arbitrage avec d’autres modes amiables de règlement des conflits en droit marocain**

#### *Section 2 : Les mesures provisoires*

- A. Le pouvoir extensif de l’arbitre en droit français**
- B. L’admission des mesures provisoires en droit marocain similaire à la position du droit français**

## **Partie II : L'application de la convention d'arbitrage**

### **Titre 1 : L'application de la convention d'arbitrage aux parties**

#### **Chapitre 1 : L'efficacité de l'effet obligationnel de la convention d'arbitrage**

*Section 1 : L'efficacité de l'effet obligationnel en droit français*

**A. L'efficacité de la convention d'arbitrage à la lumière de son champ d'application razione personae : étude de l'effet relatif**

**B. L'efficacité de la convention d'arbitrage à la lumière de son effet obligationnel : la soumission des litiges au tribunal arbitral**

*Section 2 : L'efficacité de l'effet obligationnel en droit marocain*

**A. Les contours du principe de l'effet relatif**

**B. Les contours de l'effet obligationnel**

#### **Chapitre 2 : La renonciation aux privilèges de juridictions et aux immunités d'exécution**

*Section 1 : La renonciation aux privilèges de juridictions et d'exécution en droit français*

**A. Les contours de la renonciation aux privilèges de juridictions et aux immunités**

**B. Les limites de la renonciation aux immunités d'exécution**

*Section 2 : La renonciation aux privilèges de juridiction et d'exécution en droit marocain*

**A. Les contours de la renonciation aux privilèges de juridictions et aux immunités d'exécution**

**B. Les limites à la renonciation aux privilèges de juridiction et d'exécution**



## **Titre 2 : L'application de la convention d'arbitrage à l'arbitre**

### **Chapitre 1 : L'effet positif attributif de compétence**

*Section 1 : L'effet positif attributif de compétence en droit français*

- A. L'effet positif du principe de compétence-compétence**
- B. L'obligation du tribunal de résoudre les litiges couverts par la convention d'arbitrage**

*Section 2 : L'effet positif attributif de compétence en droit marocain*

- A. Le principe de compétence-compétence en droit marocain**
- B. L'obligation du tribunal de résoudre les litiges couverts par la convention d'arbitrage**

### **Chapitre 2 : L'effet négatif entraînant l'incompétence des juridictions étatiques**

*Section 1 : L'établissement du principe d'incompétence des juridictions étatiques*

- A. L'effet négatif en droit français**
- B. L'effet négatif en droit marocain**

*Section 2 : Les dérogations autorisant la compétence des juridictions étatiques*

- A. Le strict conditionnement des dérogations en droit français**
- B. Le conditionnement laxiste des dérogations en droit marocain**



## **Bibliographie**

### **Ouvrages**

- **ABOULOU Hygin Didace**, Le droit de l'arbitrage et des institutions de médiation dans l'espace OHADA, L'Harmattan, 2015
- **ALAMI MACHICHI Mohamed**, Droit commercial fondamental au Maroc, Fédala, Rabat, 2006
- **ANCEL Bertrand**, Eléments d'histoire du droit international privé, Editions Panthéon-Assas, 2017
- **ANCEL Marie-Elodie, d'AVOUT Louis, FERNANDEZ ROZAS José Carlos, GORE Marie, JUDE Jean-Michel**, Le droit à l'épreuve des siècles et des frontières - Mélanges en l'honneur du Professeur Bertrand Ancel, L.G.D.J, Iprolex, Paris/Madrid, 2018
- **AZZIMAN Omar**, Droit civil, droit des obligations : Le contrat, Le Fennec, 1995
- **AZOUGGAR Omar & EL ALAMI AMINE**, Guide pratique de l'arbitrage au Maroc, Annajah Al Jadida, 1<sup>ère</sup> éd, 2012
- **BEGUIN Jacques & MENJUCQ Michel**, Droit du commerce international, LexisNexis, 2011
- **BENABENT Alain**, Droit des contrats spéciaux civils et commerciaux, LGDJ, coll. Domat, 12e éd., 2017
- **BERNHEIM van de CASTEELE Laure**, Les principes fondamentaux de l'arbitrage, préf. T. Clay, Bruylant, 2012
- **BESSON Sébastien & POUDRET Jean-François**, Droit comparé de l'arbitrage international, Schulthess, LGDJ, Bruylant, 2002
- **BORN B. Gary**, International Commercial Arbitration, Wolters Kluwer, Law & Business, 2014
- **BOUDAHRAIN Abdellah**, L'arbitrage commercial interne et international au regard du Maroc, Editions Al Madariss, 1999

- **BOULAALAF Abdellah**, Le recours en annulation contre le jugement arbitral, étude en droit marocain et comparé, Dar Alafak, 2011
- **CARON David & CAPLAN Lee**, The UNCITRAL Arbitration Rules : A Commentary, Oxford Commentaries on International Law, 2nde éd., 2013
- **CHEDLY Lotfi**, L'efficacité de l'Arbitrage commercial International (Volume 400), Brill, 2018
- **CLAY Thomas**, L'arbitre, Préface de Ph. Fouchard, Dalloz, 2001
- **DAVID René**, Arbitrage et droit comparé, Revue internationale de droit comparé, 1959
- **DAVID René**, L'arbitrage dans le commerce international, Economica, 1982
- **DIALLO Ousmane**, Le consentement des parties à l'arbitrage international, Préface de Jean-Michel Jacquet, P.U.F, Collection de l'Institut universitaire des Hautes Etudes Internationales, Genève, 2010
- **EL-ADHAB Jalal**, L'arbitrage dans les pays arabes, Economica, 1988
- **EL OUALI Abdelhamid**, Effets juridiques de la sentence internationale, contribution à l'étude de l'exécution des normes internationales, LGDJ, 1984
- **HASCHER Dominique**, Principes et pratique de procédure dans l'arbitrage commercial international, Brill, 2000
- **FOUCHARD Philippe**, L'arbitrage commercial international, Préface de B. Goldman, Dalloz, 1965.
- **FOUCHARD Philippe, GAILLARD Emmanuel, GOLDMAN Berthold**, Traité de l'arbitrage commercial international, Revue international de droit comparé, 1997
- **GLASSON Ernest Désiré, MOREL René, TISSIER Albert**, Traité théorique et pratique d'organisation judiciaire, de compétence et de procédure civile, t. V, 1936, Sirey, no 1821
- **HANOTIAU Bernard**, Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye n°296, Kluwer, 2002
- **HAYDAR Ali**, Dourar al-Houkkam fi Charh al-Hakkam, traduit en arabe par F. Al Houssayni, éd. Maktabat annahde

- **JARROSSON Charles**, La notion d'arbitrage, Préface de B. Oppetit, L.G.D.J., 1987.
- **OPPETIT Bruno**, Théorie de l'arbitrage, PUF, 1998
- **LINANT DE BELLEFONDS Yvon**, Théorie Générale de l'Acte Juridique : Aus : Traité de Droit Musulman Comparé, Mouton & Co, 1965
- **LOQUIN Eric**, L'arbitrage du commerce international, Joly Editions Lextenso Editions, 2015
- **MALAURIE Philippe, AYNES Laurent, STOFFEL-MUNCK Philippe**, Droit des obligations, 8 e éd., LGDJ, 2016
- **NAJJAR Nathalie**, L'arbitrage dans les pays arabes face aux exigences du commerce international, Bibliothèque de droit privé Tome 422, L.G.D.J, 2004
- **RACINE Jean-Baptiste**, Droit de l'arbitrage, Thémis droit PUF, 2016
- **ROBERT Jacques**, Libertés – Mélanges, Montchrestien, 1998
- **ROUSSET Michelle & GARAGON Jean**, Droit Administratif Marocain, Remald, 2014
- **SCHWEBEL M. Stephen**, International Arbitration: Three Salient Problems, Grotius Publications, Cambridge, 2020
- **SERAGLINI Christophe & ORTSCHEIDT Jérôme**, Droit de l'arbitrage interne et international, Précis Domat Droit Privé, 2019
- **SOSSI ALAOUI ABDELKABIR**, Contrôle de la justice sur l'arbitrage : Etude du droit marocain et du droit comparé, Dar Al Qalam, première édition, juin 2012, Rabat
- **TOUMILY Mohamed-Diyaa & TOUMILT Ahmed-Alaa**, Le droit de l'arbitrage au Maroc, Les Editions Maghrébines, 2014
- **ZAHER Khalid**, Conflits de civilisations et droit international privé, l'Harmattan, 2009

## Thèse

- **ALAMI-HAMEDANE**, Fondements théoriques des intégrations économiques régionales : le cas du Maroc et de l'Union Européenne, sous la direction de M. François-Paul Blanc, 2003
- **ASFAR Caroline**, L'intervention du juge étatique dans l'arbitrage interne et international, sous la direction de M. Bertrand Ancel, 1999
- **BERNHEIM Laure**, Les principes fondamentaux de l'arbitrage, sous la direction de M. Thomas Clay, 2010
- **BAALOUK BENACHIR**, La loi applicable aux contrats en droit international, sous la direction de M. Yvon Loussouarn, 1984
- **BOUCARON-NARDETTO Magali**, Le principe de compétence-compétence en droit de l'arbitrage, sous la direction de M. Jean-Baptiste Racine, 2013
- **CHABBI Iskander**, La mondialisation du Droit de l'arbitrage : la contribution de la loi-type de la CNUDCI, sous la dir. de J.-B. Racine & L. Chedly, Université Côte d'Azur, 2017
- **EZZAF Tamer**, De l'arbitrage dans les contrats maritimes, étude comparée entra la France, l'Egypte et l'Angleterre, sous la direction de M. Philippe Delebecque, 2021
- **JDAINI Bouchra**, L'arbitrage commercial international en droit marocain, sous la direction de M. François-Paul Blanc, 2003
- **PARTIDA Sebastian**, La convention d'arbitrage dans le droit des nouvelles puissances économiques (Chine, Inde, Brésil, Mexique), sous la direction de M. Charles Jarrosson, 2018
- **RAHMOUNI Rabe**b, L'arbitrage international et les tiers, sous la direction de MM. Sylvain Bollée et Lotfi Chedly, 2015
- **VODOUNON-DJEGNI Comlan René**, L'exécution des sentences arbitrales contre les personnes publiques de l'OHADA, sous la direction de M. Jean-Baptiste Racine, 2022

## Articles

- **ABID Chiraz & CHAHINE HAGE Joséphine**, Une redéfinition des contours de l'arbitrabilité du litige, Bulletin Juridique des Assurances n°61, Janvier 2019, n° 1
- **ANCEL BERTRAND**, Familles de droits (classification) » in D. ALLAND, S. RIALS, dir., Dictionnaire de la culture juridique, Lamy-Puf, coll. Quadrige-dicos poche, 2003, p. 701
- **ANCEL Jean-Pierre**, L'actualité de l'autonomie de la clause compromissoire ; in Travaux du Comité français de droit international privé 1991-1993, 1994, p. 75.
- **ANCEL Pascal**, Arbitrage et novation ; Rev. arb. 2002, p. 3
- **ARMEL IBONO Ulrich**, L'immunité d'exécution des personnes morales de droit public à l'épreuve de la pratique en droit OHADA, Revue de l'ERSUMA n°3, Septembre 2021
- **ARKINS Jonathan R. C.**, Borderline Legal: Anti-Suit Injunctions in Common Law Jurisdictions, Journal of International Arbitration 2001, p. 60
- **ACQUAVIVA ANTOINE**, La condition civile des étrangers au Maroc, Sirey, 1937, p. 154
- **ANCEL Jean-Pierre**, L'actualité de l'autonomie de la clause compromissoire, Trav. comité fr. DIP 1991-1992.81).
- **D'AVOUT LOUIS**, le consentement à l'arbitrage international sans l'appui de la règle de droit (retour critique sur la jurisprudence Dalico/Zanzi/Soerni), Rev. Arb. 2016, p. 818.
- **BANIFATEMI Yas**, Expedited Proceedings in International Arbitration, in L. Levy & M. Polkinghorne (ed.), Expedited Procedures in International Arbitration, Dossiers ICC Institute, 2017, p. 9
- **BARRAUD Boris**, Le droit comparé , in La recherche juridique (les branches de la recherche juridique), 2016
- **BATTIFOL Henri**, L'ouverture des travaux du congrès international de l'arbitrage de Paris, 11 au 13 mai 1961, RA, 1961, p. 45
- **BELGHAZI Naoufal**, l'Etat, désormais soumis à l'arbitrage, l'Economiste, 2 Mars 2006.
- **BELLADORE-PALLIERI**, L'arbitrage privé dans les rapports internationaux, Sirey, 1935, p. 286
- **BESSON Sébastien**, L'importance du siège de l'arbitrage ; RBA 2007, p. 107

- **BOLLEE Sylvain**, Quelques remarques sur la pérennité (relative) de la jurisprudence Dalico et la portée de l'article IX de la Convention européenne de Genève par Sylvain Bollée, *Journal du droit international (Clunet)* n° 1, Janvier 2006
- **BOLLEE Sylvain**, La circulation de la clause compromissoire dans les chaînes de contrats translatifs de propriété; *D.* 2007, p. 2077
- **BOLLEE Sylvain**, La clause compromissoire et le droit commun des conventions; *Rev. arb.* 2005, p. 917
- **BOND Stephen R.**, How to Draft an Arbitration Clause (Revisited), *Bull. CCI* 1990, p. 14, réédité in Christopher R. Drahozal & Richard W. Naimark, *Towards a Science of International Arbitration: Collected Empirical Research* 69-70 (2005)
- **BORN B. GARY**, Chapter 8: Effects and Enforcement of International Arbitration Agreements, *International Commercial Arbitration*, 3rd edition, Kluwer Law International, 2021
- **BORN. B. GARY**, Chapter 2: International Arbitration Agreements: Legal Framework, *International Arbitration: Law and Practice*, 3rd edition, Kluwer Law International; Kluwer Law International, 2021
- **BORN. B. GARY**, Chapter 7: International Arbitration Agreements and Competence-Competence, *International Commercial Arbitration*, 3rd edition, Kluwer Law International, 2021
- **BORN B. Gary**, 'Chapter 17: Provisional Relief in International Arbitration' in Gary Born (ed.) (*International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International 2014, 2nd edn.), pp. 2424-2563.
- **BOUABDALLAH Safia**, La comparaison des droits, in P. Deumier (sous la dir.), *Le raisonnement juridique, Méthodes du droit*, Dalloz, 2013, p. 202 et s.
- **BRAHMA Aïcha**, 'Chapter 4.4: Morocco', in Lise Bosman (ed), *Arbitration in Africa: A Practitioner's Guide*, Kluwer Law International; Kluwer Law International 2021, pp. 457 – 464
- **BRAHMA Aïcha**, 'Quick Answers on Drafting Agreements – Morocco', *Quick Answers on Drafting Agreements*, Kluwer Law International, Dernier accès 2022
- **CADIET LOIC**, La renonciation à se prévaloir des irrégularités de la procédure arbitrale , *Rev. Arb.* p. 3, spéc n°10 1996



- **CHAINAIS Cécile**, Les mesures provisoires dans le nouveau droit français de l'arbitrage, in A. Saletti, J. Van Compernelle et J.-F. Van Drooghenbroeck (dir.), *L'arbitre et le juge étatique, étude de droit comparé à la mémoire de Giuseppe Tarzia*, Bruylant, 2014, p. 281.
- **CHAINAIS Cécile & JARROSSON Charles**, L'urgence avant la constitution du tribunal arbitral, in S. Azzali, S. Besson et al. (dir.), *L'arbitre international et l'urgence*, Francarbi, Bruylant, 2014, p. 61
- **CHAN Kai-Chieh & CHUANYU Fan**, Arbitrage - Contra proferentem : in favorem validitatis ?, *Journal de l'arbitrage de l'Université de Versailles - Versailles University Arbitration Journal* n° 1, Janvier 2019, étude 9
- **CLAVEL Sandrine**, Anti-suit injunctions et arbitrage ; *Rev. arb.* 2001, p. 669
- **CLAY Thomas**, L'appui du juge à l'arbitrage ; *CAPJIA* 2011, p. 331
- **COHEN Daniel**, Immunité d'exécution des Etats et arbitrage international, in *Mélanges en l'honneur du Professeur Pierre Mayer*, 2015
- **DE BOISSESON Matthieu**, Effets d'une convention d'arbitrage à l'intérieur d'un groupe de société, *Matthieu de Boisséson, Bulletin Joly sociétés* n°12, p. 999
- **DERAINS Yves**, Améliorer l'efficacité de la production de documents devant les tribunaux arbitraux - Un point de vue continental ; in *La production de documents dans l'arbitrage international - Supplément spécial, Bull. CCI*, 2006, p. 89
- **EISEMANN FREDERIC**, La Clause d'arbitrage pathologique, in *Études Minoli, UTET* 1974, p. 120 s.
- **EL ADHAB Jalal & STACKPOOL-MOORE Ruth**, 'Arab Arbitration v. International Arbitration? The Case for a Reconciliation', *Journal of International Arbitration*, (© Kluwer Law International; Kluwer Law International 2008, Volume 25 Issue 2) pp. 275 – 288
- **EL HARTI ALONSON MUNIA**, African Dynamism: Morocco as a Potential Hub for International Arbitration, *KI Note relative à la divulgation par les arbitres de conflits d'intérêts du 12 fév. 2016*, dans le cadre de note aux parties et aux tribunaux arbitraux sur la conduite de l'arbitrage selon le Règlement d'arbitrage CCI, *Kluwer Arbitration Blog*, 4 Juin 2019
- **FADLALLAH Ibrahim**, *Clauses d'arbitrage et groupes de sociétés, Travaux du Comité français de droit international privé, CNRS*, 1984-85

- **FAKHOURI Idris**, La protection du consommateur face aux clauses abusives, R.E.M.E.D., n°3, 2001, p. 73.
- **FAKHRY Riad**, The Procedural Steps to Enforce Domestic Arbitral Awards in Morocco, International Journal of Arab Arbitration, Volume 2, Issue 3, 2010
- **FAUVARQUE-COSSON Bénédicte**, La Société de législation comparée dans le XXI<sup>e</sup> siècle ; in B. Fauvarque-Cosson (dir.), Le droit comparé au XXI<sup>e</sup> siècle - Enjeux et défis, Journées internationales de la Société de législation comparée, 8-9 avril 2015, Société de législation comparée, 2015, p. 19
- **FRANCECAKIS Philippe**, Le principe jurisprudentiel de l'autonomie de l'accord compromissaire : Rev. arb. 1974, p. 67. – H. Motulsky, Écrits, t. 2, Études et notes sur l'arbitrage, Dalloz 1974, p. 335 s.
- **FAGE Bertrand**, La confidentialité de l'arbitrage à l'épreuve de la transparence financière : Rev. arb., 2000
- **GAILLARD Emmanuel**, Actualité de l'effet négatif de la compétence-compétence, in Mélanges Bertrand Ancel, LGDJ, 2018, p. 677
- **GAILLARD Emmanuel**, Souveraineté et autonomie : réflexions sur les représentations de l'arbitrage international ; JDI n°4, oct. 2007, p. 1163
- **GAILLARD Emmanuel**, Du bon usage du droit comparé dans l'arbitrage international ; Rev. arb. 2005, p. 375
- **GAILLARD Emmanuel**, Convention d'arbitrage et immunités de juridiction et d'exécution des Etats et des organisations internationales ; Bull. ASA 2000, p. 471.
- **GAILLARD Emmanuel**, L'effet négatif de compétence-compétence, in J. Haldy, J.-M. Rapp, Ph. Ferrari, Etudes de procédure et d'arbitrage en l'honneur de Jean-François Poudret, Lausanne, 1999, p. 387.
- **GAILLARD Emmanuel**, Arbitrage Commercial International - Convention d'arbitrage – Autonomie et principe de validité – Droit applicable, JurisClasseur Droit international Fasc. 703, Septembre 1994
- **GAILLARD Emmanuel**, Arbitrage Commercial International - Convention d'arbitrage – Capacité et pouvoir . – Consentement, Fasc. 704, 10 Septembre 1994
- **GAILLARD Emmanuel**, Arbitrage Commercial International - Convention d'arbitrage – Effets– Droit commun et droit conventionnel, Fasc. 706 10 Septembre 1994

- **GAILLARD Emmanuel & SAVAGE John**, Part 2: Chapter III - Effects of the Arbitration Agreement, in Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration, Kluwer Law International; Kluwer Law International, 1999 pp. 381 – 416
- **GAILLARD Emmanuel**, La jurisprudence de la Cour de cassation en matière d'arbitrage international, Texte de conférence donnée à la Cour de cassation, 13 mars 2007
- **GOLDMAN Berthold**, La lex mercatoria dans les contrats et l'arbitrage internationaux : réalité et perspectives : JDI, 1979
- **GRAHAM J. A.**, Chronique de jurisprudence étrangère, Mexique, préc., spéc. p. 233 et 234
- **HAMMOUD Lara Hammoud & HOUERBI Sami**, 'ICC Arbitration in the Arab World', Kluwer Law International, Journal of International Arbitration, 2008 pp. 231 – 240
- **HANOTIAU Bernard**, Consent to Arbitration: Do We Share A Common Vision?; Arbitration International 2011, p. 539
- **HOLTZMANN Howard. & NEUHAIS E. Joseph et al.**, Un guide du 2006 Amendements à la loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international: Historique législatif et commentaire, Kluwer Law International, 2015
- **HOUERBI Sami**, 'Chapter 4: Arbitration in North Africa: An Overview', in Lise Bosman, Arbitration in Africa: A Practitioner's Guide, 2021, pp. 383 – 412
- **JARROSSON Charles**, La notion d'arbitrabilité ; RBA 2003, p.173
- **JARROSSON Charles**, Qui tient les rênes de l'instance arbitrale ?, note sous Paris, 19 mai 1998, 3 déc. 1998 et 19 janv. 1999; Rev. arb. 1999, p. 601
- **JARROSSON Charles**, Convention d'arbitrage et groupes de sociétés ; Bull. ASA 1994, série spéciale, n° 8, p. 209
- **JARROSSON Charles**, Les frontières de l'arbitrage, Rev. Arb. 2001 p.5, n°34
- **KAUFMANN-KOHLER Gabrielle**, The Arbitrator and the Law: Does He/She Know It? Apply It ? How ? And a Few More Questions; Arbitration International, 2005, p. 631
- **KIESOW Rainer Maria**, Modèles européens dans la mondialisation juridique. Un aperçu ; in B. Fauvarque-Cosson (dir.), Le droit comparé au XXIe siècle – Enjeux et défis, Journées

internationales de la Société de législation comparée, 8 -9 avril 2015, préc., p. 151, spéc. P. 153

- **KOUDANNE MOHAMED**, L'arbitrage et l'Etat, GTM n.s. n°72, novembre-décembre 1994, p. 39
- **LALIVE JEAN-FRANCOIS**, Quelques observations sur l'immunité d'exécution des États et l'arbitrage international, in Y. Dinstein (Ed.), *International Law at the Time of Perplexity*, Kluwer Academic Publishers, 1989, p. 369, spéc. p. 380
- **LALIVE Pierre**, Le choix de l'arbitre ; in *Libertés. Mélanges Jacques Robert*, Préface de G. Vedel, Montchrestien, 1998, p. 353
- **LATHAM & WATKINS** – Guide de L'arbitrage international
- **LOQUIN Eric**, Arbitrage : Aperçu historique – Aperçu de droit comparé, *JurisClasseur Procédure civile*, Fasc. 1010, 21 Octobre 2015
- **LOQUIN Eric**, Compromis et clause compromissoire, *LexisNexis Fasc. 1020* 26 novembre 2020
- **LOQUIN Eric**, La dualité des fonctions de l'obligation de révélation, *Mélanges Philippe Merle*, 2013
- **LOQUIN Eric**, L'arbitre d'urgence, un objet juridique non identifié, *Rev. Int. Dr. Proc.* 2012, n°2, p. 261
- **LOQUIN Eric**, Arbitrage – Compétence arbitrale . – Conflit entre la compétence arbitrale et la compétence judiciaire, *Fasc. 1800-60*, 30 Juillet 2021
- **LOQUIN Eric**, À la recherche du principe d'égalité des parties dans le droit de l'arbitrage ; *CAPJIA* 2008-2, p. 5
- **LOQUIN Eric**, Différences et convergences dans le régime de la transmission et de l'extension de la clause compromissoire devant les juridictions françaises ; *Cah. arb.*, vol. II, *Gaz. Pal.*, 2004, p. 49
- **LOWE Vaughan**, “The Problems of Extraterritorial Jurisdiction: Economic Sovereignty and the Search for a Solution”, *International and Comparative Law Quarterly*, 1985
- **MAYER Pierre**, Les limites de la séparabilité de la clause compromissoire : *Rev. arb.* 1998, p. 361

- **MAYER Pierre**, La circulation des conventions d'arbitrage ; JDI 2005, p. 251
- **MAYER Pierre**, Le pouvoir des arbitres de régler la procédure. Une analyse comparative des systèmes de Civil Law et de Common Law ; Rev. arb. 1995, p. 163
- **MOREAU Bertrand, BEREGOI Andrian, DESCOURS-KARMITZ, MALLET E. Paul, LELEU Adrien**, Arbitrage en droit interne, Dalloz, Répertoire de procédure civile, Décembre 2019
- **MOTULSKY Henri**, Ecrits, études et notes sur l'arbitrage, Paris, Dalloz, 1974
- **MOTULSKY Henri**, La nature de l'arbitrage ; in *Écrits. Études et notes sur l'arbitrage*, Dalloz, 1974, réed. 2010, p. 5
- **MOTULSKY Henri**, Question préalable et question préjudicielle en matière de compétence arbitrale ; JCP 1957, I, p. 1388
- **MOTULSKY Henri**, Le respect de la clause compromissoire ; Rev. arb. 1955, p. 13
- **MOUMI Saad**, le règlement des litiges à deux vitesses en matière d'arbitrage interne et international, in *La jurisprudence et l'arbitrage commercial*, Colloque organisé à rabat en date du 5 Mars 2004 par la Cour suprême marocaine et la Cour de cassation égyptienne
- **NAJJAR Nathalie**, 'Chapter 24: The Arab World', in Arnold Ingen-Housz (ed), *ADR in Business: Practice and Issues across Countries and Cultures II*, Kluwer Law International 2010
- **NARIMAN Fali S.**, East meets West: tradition, globalization and the future of arbitration; *Arbitration international* 2004, n° 2, p. 123.
- **NASER JUMANA**, Jumana Naser, *Droit Comparé, le droit comparé et son utilité*, Juriblogue, 15 Avril 2019
- **PIGNARRE Louis-Frédéric**, *Convention d'arbitrage – Effets de la convention d'arbitrage*, Dalloz - Répertoire de droit civil, Décembre 2013
- **PINSOLLE Philippe**, La renonciation au recours en annulation en matière d'arbitrage international, in *Mélanges Pierre Mayer*, LGDJ, 2015, p. 697

- **RACINE Jean-Baptiste**, Convention d'arbitrage – Formation, JurisClasseur Contrats -Fasc. 191 7 Janvier 2012
- **RACINE Jean-Baptiste**, Convention d'arbitrage. – Conflit de lois (non). – Règles matérielles. – Contrat principal. – Exécution du contrat. – Extension de la clause compromissoire, Journal du droit international (Clunet) n° 1, Janvier 2021
- **RACINE Jean-Baptiste**, Arbitrage international. – Convention d'arbitrage. – Conflit de lois (non). – Règles matérielles. – Contrat principal. – Exécution du contrat. – Extension de la clause compromissoire, Journal du droit international (Clunet) n° 1, Janvier 2021
- **RACINE Jean-Baptiste**, Brefs propos sur la notion de besoins du commerce international : RDAI 2019, n° 4, p. 375
- **RACINE Jean-Baptiste**, Sur l'idéologie de la transparence en droit de l'arbitrage, in Mélanges P. Mayer, Lextenso, 2015, p. 727
- **RACINE Jean-Baptiste**, Le principe de validité de la convention d'arbitrage international en droit français : un principe dynamique ; Rev. inter. dr. proc. 2013, p. 4
- **RACINE Jean-Baptiste**, Réflexions sur l'autonomie de l'arbitrage commercial international ; Rev. arb. 2005, p. 305
- **RACINE Jean-Baptiste & JARROSSON Charles**, Les dispositions relatives à l'arbitrage dans la loi de modernisation de la justice du XXie siècle ; Rev. arb. 2016, p. 1007
- **RACINE Jean-Baptiste**, « L'arbitrage est-il un mode alternatif de résolution des conflits ? Contribution à la définition du terme alternatif », Petites affiches, n° 105, 28 mai 2001, p. 16
- **RACINE Jean-Baptiste**, « Les raisons de la libéralisation du droit de l'arbitrage international dans les pays émergents (le cas particulier de l'Algérie) », in L'Algérie en mutation. Les instruments juridiques de passage à l'économie de marché, L'Harmattan, 2001, p. 267
- **RACINE Jean-Baptiste**, « Vers un droit mondialisé de l'arbitrage : le rôle de la soft law » in La Lettre de la Chambre arbitrale internationale de Paris (journal électronique), avril 2017
- **RACINE Jean-Baptiste**, « L'application par les juridictions françaises du droit uniforme et des conventions internationales », in L'application du droit étranger, D. Hascher (dir.), Société de législation comparée, 2018, p. 19
- **RACINE Jean-Baptiste**, « Les besoins du commerce international : une notion mystérieuse ? », in Le sens des libertés économiques de circulation, J.-S. Bergé et G.-C. Giorgini (dir.), Bruylant, 2020, p. 187

- **RAZON JEAN-PAUL**, Les institutions judiciaires et la procédure civile au Maroc, Annajah Al Jadida, 1988
- **ROBERT Jean**, L'arbitre est-il compétent pour statuer sur la validité de la clause compromissoire ?, note sous Com., 6 oct. 1953 ; S. 1954, 1, p. 149
- **SCHERER Matthias**, Damages as a Sanction for Commencing Court Proceedings in Breach of an Arbitration Agreement, ASA Bulletin; LALIVE, February 21, 2014
- **SEFRIQUI Abdelhay**, L'arbitrage dans le Monde arabe : pratique de l'arbitrage et tendances réformatrices nouvelles, Amman, 1989
- **SERAGLINI Christophe**, Synthèse – Arbitrage international, la convention d'arbitrage, Lexis 360 30 Novembre 2020
- **SERAGLINI Christophe**, Droit de l'arbitrage, La Semaine Juridique Edition Générale n° 24, 14 Juin 2006, I 148
- **TERRAB Mostafa**, Observations concernant le référé, rev. Al Moulhak Al Kadai, n°36, mars 2003, p. 3
- **TRAIN François-Xavier**, L'extension de la clause compromissoire - Chronique des années 2012-2017 ; Rev. arb. 2017, p. 389.
- **TRAIN François-Xavier**, Mode d'exercice de l'activité d'arbitre et conflits d'intérêts ; Rev. arb. 2012, p. 725.
- **VIDAL DURANT MATHILDE**, Etudes – Utilisation des clauses combinées en arbitrage commercial international : l'exemple du traitement des clauses combinées dans les arbitrages CCI, 2015

## **Jurisprudence Française**

- CA Paris, 10 déc. 1901, JDI 1902. 314
- Req. 17 juill. 1937, *Roses c/ Moller*, D. 1938. 1. 25
- Cass. Civ. 1, 7 mai 1963, *Gosset* : JCP G 1963, II, 13405, note B. Goldman ; JDI 1964, p. 82, 1re esp., note J.-D. Bredin ; Rev. crit. DIP 1963, p. 615, note H. Motulsky ; D. 1963, p. 545, note J. Robert
- Cass. Civ. 1, 18 mai 1971, *Impex*, préc. n° 2.
- Cass. Civ. 1, 6 déc. 1988, *Navimpex* : Rev. arb. 1989, p. 641, note B. Goldman
- Cass. Civ. 1, 20 déc. 1993 : JDI 1994, p. 432, note E. Gaillard ; JDI 1994, p. 690, note E. Loquin ; Rev. arb. 1994, p. 116, note H. Gaudemet-Tallon ; Rev. crit. DIP 1994, p. 663, note P. Mayer
- CA Paris, 8 oct. 1998 : JurisData n° 1998-133390 ; Rev. arb. 1999, p. 350, P. Ancel et O. Gout
- Cass. Civ. 2, 4 avr. 2002, *Barbot c/ Bougyues Bâtiment*, Rev. arb. 2003, p. 103 (Aere esp.), note P. DODOER; JCP G 2003, I 105, n°2, obs. Ch. Seraglini; D. 2003, p. 1117, note L. Degos.
- Cass. Com., 9 avr. 2002, *Toulousy c/ Philan*, Rev. Arb. 2003, p. 103 (2e esp.), note P. Didir; JCP G 2003, I, 105, n°2, obs. Ch. Seraglini; D. 2003, p. 117, not L. Degos et som. P. 2470, obs. th. Clay
- Cass. Civ. 2, 4 avr. 2002, n° 00-18.009 : JurisData n° 2002-013915 ; Rev. arb. 2003, p. 103, P. Didier
- Cass. Civ. 1, 6 déc. 1988, 87-15.083
- CA Paris, 24 mai 2000, n° 2000/01918 : JurisData n° 2000-117311 ; Rev. arb. 2001, p. 535, P. Didier
- CA Paris, 26 nov. 1981 : Rev. arb. 1982, p. 439, E. Mezger
- Cass. Civ. 1, 10 mai 1988, n° 86-13.333 : JurisData n° 1988-000963 ; Rev. arb. 1988, p. 639, Ch. Jarrosson
- CA Paris, 15 juin 1998 : Rev. arb. 2002, p. 147
- Cass. com., 22 mai 2001, n° 98-19.469 : Rev. arb. 2002, p. 145
- Cass. Civ. 1, 2 avr. 2014, n° 11-14.692 : JurisData n° 2014-006480



- Cass. Civ. 1, 25 janvier 1972, Rev. Arb. 1973, p. 158, note Ph. Fouchard, sentence dans une affaire CCI n°4504, JDI 1986, p. 118
- CA Paris, 29 avr. 1988 : Rev. Arb. 1988, p. 570 ; CA Paris, 30 nov. 988, Rev. Arb. 1989, p. 691, note P.-Y. Tschanz
- CA Paris, 19 juin 1970 : JCP G 1971, II, 1971, II, 16927, os. B. Goldman ; JDI 1971, p. 833, note B. Oppetât
- Cass. 1ère civ., 4 juillet 1972 : JDI 1972, p. 843, note B. Oppetitt ; Rev. Crit. DIP 1974
- Cass. Civ. 1., 21 mai 1997, Rev. Arv. 1997, p. 537, note E. Gaillard
- Cass. Civ. 1, 5 janv. 1999, Rev. Arb. 1999, p. 260 ; note Ph. Fouchard
- CA Paris, 26 Mars 1991, préc. N°48
- Cass., Civ. 1, 5 janv. 1999, Zanzi c/ J. de Coninck et autres ; Rev. Crit. DIP 1999, p. 546, note D. Bureau
- Cass., Civ. 1, 30 mars 2004, Uni-Kod c/ Sté Ouralkali ; Rev. Arb. 2005, p. 959, note Ch. Serraglini – S. Bollée
- CA. Paris, 23 juin 2020. – n° 17/22943. – Sté Kout Food Group
- Cass. Civ. 1, 28 mars 1960, Rev. Crit. Dr. Int. Pr., 1960, p. 208
- Cass. Civ. 1, 9 nov. 1993, JDI (Clunet) 1994, p. 690, X. BOUCOBZA, Rev. arb. 1998, p. 495
- Cass. Civ. 1, 9 nov. 1993, Rev. arb.1994, p. 108 (113), E. LOQUIN
- Cass. Com. 9 nov. 1993, 91-20.442
- Cass. Civ. 1, 20 déc. 1993, 92-11.385, JDI (Clunet) 1994, p. 690 (694)
- Cass. Civ. 1, 9 nov. 2016: JCP G 2016, 1430, n° 2 , obs. J. Ortscheidt
- CA Paris, 29 mars 2007, n° 05/25015: inédit ; extraits in : Gaz. Pal. 17 juill. 2007, n° 198, p. 43
- Cass. Civ. 1, 2 nov. 2005: Bull. civ. I, n° 420 ; Rev. arb. 2006, p. 437 , note O. Cachard
- Cass. Civ. 1, 21 janv. 199, RTD com. 1999, p. 847, obs. E Loquin; Rev. arb 2003, p. 1341 (3° esp.) obs. C. Legros
- Cass. Civ. 1, 3 mars 1992, Rev. arb. 1993, p. 273, note P. Mayer ; JDI 1993, p. 140, note B. Audit
- Cass. Civ. 1, 6 janv. 1987 : JDI 1987, p. 638 , note B. Goldman ; Rev. arb. 1987, p. 469 , note Ph. Leboulanger. Adde

- CA Paris, 16 juin 1988, Swiss Oil : Rev. arb. 1989, p. 309 , spécialement p. 313, note Ch. Jarroson. – Sur le contrôle exercé sur la cour d'appel par la Cour de cassation dans ce domaine
- Cass. Civ. 1, 8 mars 1988, SOFIDIF : Rev. arb. 1989, p. 481 , note C. Jarroson, cassant CA
- CA Paris, 19 déc. 1986 : Rev. arb. 1987, p. 359 et l'article de E. Gaillard, p. 275
- Cass. Com. 13 mars 1978, Rev. Arb. 1979, p. 339, note Ph. Foucaud
- CA Paris, 10 mars 1995, Rev. Arb. 1996, p. 143, obs. Y. Derains
- CA Paris 1, 2 juin 2004, rev. Arb. 2005, p. 673 (2<sup>e</sup> esp.), note J.-B. Racine
- Cass. Civ. 1, 28 mai 2002, GP 2002 som. p.1811
- CA Paris, Civ. 1, 7 février 2002, SA Alfac c/ société Irmac Importacao, Rev. Arb., 2002
- Cass. Civ. 1, 11 oct. 1989, Bomar Oil I, Rev. arb. 1990, p. 134, note C. KESSEDJIAN, JDI (Clunet) 1990, p. 633, note E. LOQUIN.
- Cass. Civ. 1, 9 nov. 1993, JDI (Clunet) 1994, p. 690 (695)
- Cass. com., 16 juill. 1964 : Gaz. Pal. 1964, 2, p. 371
- CA Paris, 8 mai 1970 : D. 1970, p. 635, note Robert et, sur pourvoi Cass. 2<sup>e</sup> civ., 13 avr. 1972 : D. 1973, p. 2, note Robert
- CA de Paris, 8 mai 1970, Arrêt rapporté par M. de Boissezon, le droit français de l'arbitrage interne et international, op. cit., p. 235 ; Mohamed Diyaa Toumilt & Ahmed Alaa Toumilt, Le droit de l'arbitrage au Maroc, Edition 2014 ; p. 83
- CA Paris, 2 avr. 2003 : Rev. arb. 2005, p. 118, note Boucobza
- Cass. civ., 8 avr. 1957, RMD, 1960, p. 107
- Cass. civ., 1<sup>re</sup>, 28 mars 2002 Middle East Agricultural & Trading Cy Ltd c. société Avicola Bucuresti
- CA Paris, 10 mars 1995, Rev. Arb 1996
- CA Paris, 19 févr. 1988 : Rev. arb. 1990
- Cass. Civ. 1, 18 févr. 1992 : Rev. arb. 1993
- Cour d'appel de Paris, 10 mars 1995, Rev. Arb 1996
- CA Paris, 28 oct. 1997, n°9999
- Cass. Civ. 1, 1<sup>er</sup> Février 2005, n°03-16.905
- Civ. 2, 13 avr. 1972, Ury c/ Galeries Lafayette ; JCP 1972 II.17189, note P. Level ; D. 1973.2, note J. Robert ; Rev. arb. 1975, p. 235, note E. Loquin
- Cass Civ. 2, 31 janv. 2002, JCP G 2003, I, 105, n°5 obs. Ch. Seraglini
- CA Paris, 16 nov. 1999, Rev. Arb., 2000, p. 314

- Cass Civ. 2, 31 janv. 2002, JCP G 2003, I, 105, n°5 obs. Ch. Seraglini
- Cass. Civ. 1, 7 janv. 1992, Rev. Arb. 1992, p. 470, note P. Bellet
- Cass. Civ. 1, 18 sep. 2005, Rev. arb. 2005, 1022, note L. Franc-Menget
- Cass. Civ. 1 20 oct. 2010, JCP G 2011, I, 1286, n°1, obs. Ch. Seraglini; LPA 2011, p. 17 note M. HENRY, D. 2010, Pan., p. 2933, obs. Th. CLAY
- T. Com. Paris, 6 juill. 2004, D. 2005, Pan, p. 3056, obs. Th. Clay; Rev. arb. 2005, p. 709
- CA Paris, 12 nov. 1998, n°96-18.041
- Cass. Civ. 1, 26 octobre 1976, Bull. civ. I n°305
- CA Paris, 7 février 2002, Rev. Arb 2005, p.1056
- CA Paris, 7 oct. 2004, JDI 2005, p. 341, note A. Mourre et P. Pedone ; JCP 2005, II, 10071, note J.-M. Jacquet ; Rev. Arb. 2005, p. 737, note E. Jeuland
- CA Paris, 20 avr. 1988 : Rev. arb. 1988, p. 570 et comm. J.-L. Goutal, p. 439
- Cass. Civ. 1, 16 juill. 1992, n°89-14.254, Bull civ. I, n°232; JCP 1992. IV. 2678
- CA Paris, 18 mars 1983, Rev. Arb. 1983, p. 491, note J. Robert
- Cass. Civ. 1, 29 avril 1933, Recueil Marocain Penant, 1934.II.46
- CA Paris, 21 févr. 2002, Rev. Arb. 2002, p. 955, note F.-X. Train
- T. com. Bobigny, 29 mars 1990, Rev. arb. 1992. 66, note Aynès. – Paris, 30 oct. 1989, Rev. arb. 1992. 90, note Aynès
- Cass. Civ. 1, 14 mai 1996, n° 93-15.138 : JurisData n° 1996-001836 ; Rev. arb. 1997, p. 535
- CA Paris, 1re ch., sect. C, 29 nov. 1991 : JurisData n° 1991-024496 ; Rev. arb. 1993, p. 617, note L. Aynès
- CA Paris, 23 nov. 1999, Rev. arb. 2000. 501, note LI ; RTD com. 2001. 59, obs. Loquin
- CA Paris, 1re Ch.suppl., 21 octobre 1983, Chemical c/ Isover-Saint-Gobain, Rev. Arb. 1984, 98, note A. Chapelle ; JDI 1983, 899, obs.Derains
- CA Paris, 28 nov. 1989, rev. Arb. 1990, p. 675, 1ère esp. Note P. Mayer
- Cass. Civ. 1, 27 mars 2007, Rev. Arb. 2007, p. 785 ; note J. El Adhab
- CA Paris, 23 juin 2020. – n° 17/22943. – Sté Kout Food Group.
- Cass. Civ. 1, 8 févr. 2000, Rév. Arb. 2000, p. 281, note P.-Y. Gautier
- Cass. Civ. 1, 28 mai 2002, RTD com. 2002, p. 667, obs. E. Loquin
- Cass. Civ. 1, 6 fév. 2001, Rev. Arb. 2001, p. 765, note D. Cohen
- CA Paris, 10 mars 1995, Rev. arb. 1996. 143, obs. Derains ; RTD com. 1996. 653, obs. Loquin
- Cass. 2ème civ. 3 mai 1957, Rev. Arb. 1957, p. 132

- Cass. Com., 8 nov. 1982, rev. Arb. 1983, p. 177, note J. Rubellin-Devichi
- Cass. Civ. 2, 2 févr. 1999, Rev. Arb. 1999, p. 299, 1ère esp. Note Ph. Pinsolle.
- Cass. Com. 5 janv. 1959, Bull. civ. III, no 1
- Cass. Civ. 1re, 4 juin 2009, no 08-13.983 , D. 2009. 2959, obs. Clay
- Cass. Civ. 1re, 4 juin 2009, no 08-13.983 , D. 2009. 2959, obs. Clay
- CA Paris, 7 févr. 1991, Rev. Arb. 1992, p. 630, obs. J. Pellerin
- Cass. Civ. 1, 19 décembre 2018, n° 17-28951
- Cass. Civ. 1, 22 janv. 1849, 1849.1.81
- Cass. Civ. 1, 11 juin 1991, JDI 1991, p. 1005, note E. Gaillard ; Rev. Arb. 1991, p. 637, note A. Broches ; RCDIP 1992, p. 331, note P. Lagarde
- Cass. Civ. 1, 6 juill. 2000, Creighon Ltd, RTD com. 2001, p. 410, obs. E. Loquin
- CA Paris, 12 déc. 2001, Rev. Arb. 2003, p. 417, note PH. Leboulanger
- Cass. Civ. 1, 10 janv. 2018, République du Congo c/ société Commissions Import Export (Commisimpex); Rev. arb. 2018, p. 382, note D. Cohen
- Cass. Civ. 1, 3 nov. 2021, obs. FS-B, n° 19-25.404
- CA Paris, 22 janv. 1957 : Rev. crit. DIP 1957, p. 486, note E.M
- CA Paris, 31 janv. 2013, Rev. Arb. 2013, p. 460
- Cass. Com. 22 févr. 1949, JCP 1949, II, 4899, note. H. Motulsky ; S. 1949,, 1, 73
- Cass. Com., 6 oct. 1953, JCP , 1954, II, 8293; D. 1954, p. 25.
- Civ. 1ère 5 janv. 1999, Rev. Arb. 1999, p. 260, note Ph. Fouchard ; Rev. Crit. DIP 1999, p. 546, note D. Bureau ; JDI 1999, p. 784, obs. S. Poillot-Perruzzetto ; RTD com. 1999, p. 380, obs. E. Loquin
- Cass. Com., 6 oct. 1953, Courtieu, D. 1954, jurispr., p. 25; JCP 1954, II, 8293
- Paris. 28 févr. 2001, Rev. Arb. 2001, p. 235
- CA Paris, 12 janv. 1988 : Rev. arb. 1988, p. 570
- CA Paris, 5 mai 1989, Dutco : Rev. Arb. 1989, p. 723, note P. Bellet
- CA Paris, 16 janvier 2003, n°2000/22031
- CA Paris, 18 févr. 1986 : D. 1987, p. 339
- T. com. Paris, ord. réf., 22 févr. 1999 : Rev. arb. 2003, p. 189,
- Cass. 1ère civ. 28 mai 2015, Rev. Arb. 2015, p. 656
- Cass. 1ère civ., 28 mai 2015, Rev. Arb. 2015, p. 656
- Cass. Civ. 1, 6 déc. 2005, n°03-15.588

- Civ. 1, 17 nov. 2010, Rev. arb. 2011, p. 243, note Ch. Jarrosson
- CA Paris, 12 oct. 1995, Rev. Arb. 1999, p. 324, note Ph. Fouchard,
- TGI de Paris, 9 déc. 1992, Rev. Arb. 1996, p. 483 (3<sup>è</sup> esp.)
- Civ. 1, 15 janv. 2014, Cah. Arb. 2014, p. 299, note L. Aynés
- Cass. 1<sup>ère</sup> civ. 15 jan. 2014, Rev. Arb. 2016, p. 493, note J.-S. Borghetti
- Civ. 1, 4 juil. 2012, Rev. arb. 2012, p. 209
- Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 25 juin 2014, Rev. Arb. 2015, p. 85
- Cass. Crim., 19 déc. 1956, 53-01.024
- Cass. Civ. 1., 21 sept. 2016, n°15-28.941
- CA Paris, 9 mars 1972, Rev. trim. dr. com. 1972, p. 344, obs. Boitard & Dubarry
- CA Paris, 19 nov. 2013, Gaz. Pam. 8 mars 2014, n°67, p. 17, obs. D Bensaude
- CA Paris, 26 fév. 2013, Rev. Arb. 2013, p. 746, 2<sup>e</sup> esp. Note F.-X. Train
- Civ. 1, 20 févr. 2007, Rev. Arb. 2007, p. 775, note F.-X. Train
- Cass. Civ. 1, 6 nov. 2013, JCP G 2013, 1391, n°3, obs. Ch. seraglini
- Cass. Soc. 30 nov. 2011, rev. Arb. 2012, p. 333, 1<sup>ère</sup> esp. note M. Boucaron-Nardetto ;  
procédure 2012, n°2, 42, obs. L. Weiller
- Cass., Civ. 1, du 21 mai 1997, 95-11.429
- Cass., Civ. 1, du 30 mars 2004, 02-12.259
- Cass. Civ. 1 29 janv. 2014, Rev. Arb. 2017. P. 903, note Th. Dufour
- Cass. Civ. 1, 23 janv. 2007, Rev. Arb. 2007 p. 290, ons. E. Teynier et P. Pic
- Cass. Civ. 1, 6 nov. 2019, n° 18-18.292 : Dalloz actualité, 6 janv. 2020, obs. J. Jourdan-  
Marques ; JCP E 2020, 1172 , note P. Casson ; Procédures 2020, 65, note L. Weiller
- TGI de Paris, 23 oct. 2013, Rev. Arb. 2014, p. 214
- TGI de paris, 8 oct. 2002, Rev. Arb., 2003, p. 199, note L. Jaeger
- Cass. Civ. 2, 16 mars 1999, RTD com. 2000, p. 583, obs. E. LOQUIN
- Cass. Civ. 1, Ch. 15 juin 1994, Dégrémont c. La communauté urbaine de Casablanca, Rev.  
Arb., 1995, p. 90
- CA Paris 15 Juin 2006, 2007 Rev. Arb. 90, 94 (Paris Cour d'Appel), Note, Bollée; Debourg,  
Imbroglio d'Outils de Résolution des Inconciliabilités de Décisions: Ordre Public  
International, Autorité de Chose Transigée et Perte de Fondement Juridique, 2013 Rev. Arb.  
420, 432.
- Cass. Civ. 1 28 Mar. 2013, Sté Emirates Telecommc'ns Corp. v. Sté Planor Afrique, 2013  
Rev. Arb. 411, 415

- Civ. 2, 10 mai 1995, Société Coprodag et autre c. dame Bohin ; Note. E Gaillard, Rev. arb. 1995, p. 618, spéc. p. 619

## **Jurisprudence Marocaine**

- CA Rabat, 28 Mars 1928, CA Rabat, 30 oct. 1930, GTM, 19131, n°451, p. 170.
- CA Rabat, 7 févr. 1922, R.A.C.A.R., t I, p. 267
- CA Rabat, 3 nov. 1926, R.A.C.A.R., t. IV p. 45
- CA Rabat, 17 mai 1930, R.A.C.A.R., t. BI, p.117
- CA Rabat, 13 avr. 1920, R.A.C.A.R., t. p. 61
- CA Rabat, 5 janv. 1926, rapp. par B. Baalouk, thèse, p. 150
- CA Rabat, 27 juin 1923
- CA Rabat, 24 nov. 1923, R.A.C.A.R., t. I, p. 379
- CAC Casablanca, 21 nov. 2006, rev. Rihab Al Mahakim, n°8, octobre 2010, p. 137
- CS ch. Mixte, 22 oct. 2008, Revue de la Jurisprudence Civile, n°5, 2012, p. 205
- CAC Marrakech 18 janv. 2005, doss. N°843/6/04, rapp. Par O. Azouggar et A. El Alami, op. cit., p. 105
- CA Paris, 8 mars 1990, Coumet, ès qual. et Ducler c/ société Polar-Rakennusos a Keythio; Rev. arb. 1990, p. 675, note P. Mayer
- CS com., 7 oct. 2009, GTM n.s., n° 124-125, février-avril 2010, p. 263.
- CS. Com., 14 nov. 2001, Le Rapport annuel de la Cour suprême, 2001, p.35
- Affaire San Carlo, Cour de cassation, 1<sup>er</sup> Avril 1964
- CA Casablanca, 24 nov. 1987, GTM n.s., n°56, 1988, p.53, note M. Mabkhout.
- CS civ., 15 mai 1996, GTM n.s., n°85, novembre-décembre 2000, p. 130
- CS civ., 20 févr. 2003, le Rapport annuel de la Cour suprême, 2003, p. 94 ; BICS, n°13, 2004, p.11.
- TPI Casablanca ord. prés., 16 oct. 1981, rapp. Par A. Darmich
- CS, 20 nov. 1976, RJL, n°130, p. 100
- CA Casablanca, 16 Mars 1982, 16/3/1983 GTM, n.s., n°56, 1988, p. 58
- CS, ch. Mixte, 17 juin 2009, in Les arrêts de la Cour suprême siégeant en chambre mixte ou en assemblée plénière, Préparation, étude et commentaire de I. Belmahjoub, t. VI, 2009 ; p. 321.
- CS, ch. Mixte, 7 mars 2007, RJCS, n°68, 2008, p. 339
- Cour suprême, 29 déc. 1958, GTM, 1959, n°1244, p.299
- TPI Casablanca, 19 févrL 1930, GTM, 1930, n°405, p. 164

- TPI Casablanca, 19 févr. 1930, GTM, 1930, n°405, p.164 ; CA Rbat, 30 oct. 1928, R.A.C.A.R., t. V, p. 39
- CA, Rabat, 7 févr. 1936, R.A.C.A.R., t. XI, p. 136
- CA Rabat, 7 févr. 1936, préc.
- CA Rabat, 25 janv. 1945, R.A.C.A.R, t. XIII, p. 97.
- CA Rabat, 8 juill. 2008, La Revue de la jurisprudence de la Cour d'appel de Rabat n°1, 2011, p.54. TPI Casablanca, 17 avr. 1939.
- CS ch. Mixte, 6 mai 2009, étude et commentaire de I. Belmahjoub, t. VI, 2009, p. 297.
- CAC Casablanca le 16 Mai 2022, Réf : 22476
- TPI Casablanca, 1<sup>er</sup> oct. 1923, GTM, 1924, b°109, p. 13.
- CA Rabat, 12 mars 1949, R.A.C.A.R., t. XV, p. 349 et GTM, 1949, n°1049, p. 124.
- CA Rabat, 31 janv. 1939, R.A.C.A.R. t. X, p. 62.
- CS ch. Mixte., 15 déc. 1976, rev. Al Makal, n°3-4, 2011, p. 295.
- CA Rabat, 18 mai 2010, La revue de la jurisprudence de la Cour d'appel de Rabat n°2, 2012, p. 84.
- CS stat. Pers., 4 janv. 2006, rev. Al Meiar, n°36, 2006, p. 208.
- CS civ., 10 déc. 1987, GTM n.s., n°50, 1987, p. 74.
- CA Rabat, 9 oct. 1917, R.A.C.A.R., t. I, p. 64. CS, ch. Mixte, 1<sup>er</sup> déc. 1976, RJCS, n°26, 1980, p. 39
- CA Marrakech, 19 oct. 2006, doss. N°1322/10/06, rapp. Par O Azougar et A. El Alami, op. cit. p. 112.
- TPI Oujda, 6 nov. 1953, GTM n°1144 du 10 février 1954, p. 23
- CS com., 4 oct. 2000, rev. Al Ichaa, n°27, 2003
- CA Casablanca, 21 juin 1983, RMD, n°17, avril-mai-juin 1988, p.117
- CAC Casablanca, 29 avr. 2008, doss. N°4213/2007/14, rapp. par O. Azougar et A. El Alami op. cit. p. 36
- CS, com., 30 déc. 1998, GTM, n.s., n°84, septembre-octobre 2000, p. 153
- CA Rabat, 13 déc. 1922 p. 140
- CA Casablanca, 2 avr. 1999, doss. Civ. N°8184/98, inédit
- CAC Casablanca, 9 févr. 2010, doss. N°5116/2009/4, rapp. par O. Azougar et A. El Alami, op. cit. p. 168
- CS com., 26 mars 2008, doss. N°697/3/2/2006, rapp. par O. Azougar et A. El Alami, op. cit., p. 48



- CS com., 30 janv. 2008, GTM, n. s., n°117, novembre-décembre 2008, p. 164
- CS com., 26 mars 2008, doss n°697/3/2/2006, préc.
- CA Casablanca, 21 juin 1983, RMD, n° 17, avril-mai-juin 1988, p. 117. 36 V.
- CAC Casablanca, 17 juill. 2007, rapporté par M. BOUNJA et N. ALLAOUAH, L'arbitrage commercial au regard de la jurisprudence marocaine, Spartel, 2014, p. 237. 38
- CS com., 7 oct. 2009, n.s., n°124-125, février-avril 2010
- CS com., 15/02/1968, Gazette des Tribunaux du Maroc, n°4, p 19
- CA Casablanca, 25 avr. 2006, doss. N°3634/2005/4, rapp. par O. Azouggar et A. El Alami
- CA Rabat, 3ème ch., 23 avril 1942, R.A.C.A.R, t. XI, 1941-1942, p. 447
- Trib. Com. Marrakech, 28 sept. 2009, doss n°943/4/09, rapp. Par O. Azouggar et A. El Alami, op. cit., p. 53
- Trib. Com. Marrakech 17 juin 2010, doss/ n°420/4/10, rapp. O. Azzouggar et A. El Alami, op. cot., p. 67
- Trib. Com. Marrakech, 28 sept. 2009, préc., (v. supra n°386)
- CAC Casablanca, 9 févr. 20&, doss. N°119/2001/13, rappo. Par O. Azouggar et A. El Alami, op. cit., p. 67
- TC Tanger, ordonnance n°301, du 03/03/2021, dossier n°852/8101/2021
- CA com. Casablanca n°102/2007 du 20 février 2007, dossier n°5738/4/2006
- TC Rabat, Ordonnance en référé n°3/6 DU 01 mars 2007, dossier n°606/1/2007
- CA Com. Casablanca n°1588/2002 du 11 juin 2002, dossier n° 374/4/2001
- CA Com. Casablanca n°852/2005, dossier n°657/2004, publié dans la revue Marocaine de la Médiation et d'arbitrage n°4, 2e édition, p.110
- CS civ., 4 oct. 1994, RJCS, n° 47, juillet 1995, p. 166
- CS civ., 2 nov. 1965, RACS, matière civile, t. II, p. 286
- CAC Casablanca, arrêt n° 3723/2010, 16 juill. 2010, doss. n°4637/2009/14, rapp. par O. AZZOUGGAR et A. EL ALAMI, Guide pratique de l'arbitrage au Maroc, Annajah Al Jadida, 1ère éd., 2012, p. 39-40
- CAC Casablanca, arrêt n° 3361/2009, 04/06/2009, doss. n° 2820/08/10, non publié. Rapporté par, O. AZZOUGGAR et A. EL ALAMI, op. cit., p. 40-41
- C.A.C, arrêt n° 220, en date du 15 Janvier 2015, doss. n° 2669/8224/2013
- CS ch. Mixte, 27 mai 1998, in Cahiers de la Cour Suprême, n°2 2005, p. 175
- CS civ. 12 déc. 2002, BICS, n°14, 2004, p. 9
- CA Rabat, 3ème chambre, 25 févr. 1932, R.A.C.A.R., t VI, 1931-1932, p. 453

- CA Rabat, 2ème ch. 27 avr. 1940, GTM, n°860 du 21 septembre 1940, p. 115
- CS com., 9 juil. 2008, GTM n.s., n°117, novembre-décembre 2008, p. 170
- CS. 2 oct. 2002, in la jurisprudence et l'arbitrage commercial, 2005, n°7 p. 128
- CS com., 2 oct. 2002, RJL, n0147, 2003, p. 291, note A. Mezouar; Remadae, n°3, septembre 2003, p. 127
- CAC Casablanca, 8 juin 2009, doss n°919/09/10, rapp. par O. Azouggar et A. El Alami, op. cit. p. 37
- CS. Com., 5 mars 2008, GTM, n.s., n°117, novembre-décembre 2008, p. 167
- CAC Casablanca, 6 oct. 2005, doss. N°4535/04/4
- CA Casablanca, 6 oct. 2005, doss. N° 4535/04/4, rapp. Par. O. Azouggar et A. EL Alami, op. cit. p. 205
- Trib. Adm. Rabat, 23 janv. 2008, GTM n.s., n°115, juillet-août 2008, p.174
- Trib. Com. Rabatn 11 nov. 1998, rapp par A. El Adraoui, op. cit. p. 157
- Trib. Adm. Rabatn 10 nov. 2006, rev. Al Meiar, n°40, décembre 2008, p. 325
- TPI Rabat ord. Prés., 2 déc. 1991, rev. Al Ichaa, n°7, juin 1992, p. 158
- CS adm., 1er mars 2006, rev. Al Mouhami n°52, juillet 2008, p.219.
- CS adm., 7 mai 2008, le Rapport annuel de la Cour suprême 2008, p. 213
- Trib. Adm. Rabat. 8 févr. 2006, rev. Al Kasr, n°15 septembre 2006, p. 235
- CAC, Casablanca, 21 nov. 2006, rev. Rihab Al Mahakim, n°8, octobre 2010, p.137
- CS ch. Mixte, 22 oct. 2008, Revue de la jurisprudence civile, n°5, 2012, p. 205
- CS soc., 21 oct. 2009, RJCS, n°72, 2010, p.284
- CA Casablanca, 12 juin 1986, GTM, n.s., n°49, mai-juin 1987, p. 81
- CS arrêt n°246, RJCS, n°30, p. 8
- CS. Com. 13 mai 2999, GTM, n. s., n°124-125, janvier-avril 2010, p. 135
- CAC Marrakech, 19 oct. 2010, doss. N°858.2.10, rapp. Par M. Bounja et N. Allaouah op. cit. p. 180
- CS, 13 mars 1985, rev. Al Mouhami, n°7, 1986, p. 83
- CS, 27 févr. 1981, RJCS, n°27, p. 176
- CS soc. 11 juin 2002, Le rapport annuel de la cour suprême, 2002, p. 11.
- CS civ. 23 mai 2007, rev. Al Milaf n°14 mars 2009, p.251
- Cass. M. Com. 22 Mars 2012, GTM n.S, n°140, mars-mai 2013, p. 97
- CS com., 7 févr 2000, Le rapport annuel de la Cour suprême, 2001, p.146

- CA Rabat, 3 déc. 2009, La Revue de la jurisprudence de la Cour d'appel de Rabat, n°1, 2011, p. 176
- CS. Soc., 25 oct. 1981, rev. Ak Louhami n°5, p. 53
- CS civ., 24 avr. 1991, rapp par M. Menkar-Bennis, Les arrêts de la Cour suprême relatifs au Code de procédure civile, Al Oumnia, 2006, p. 240
- CS civ., 4 avr. 2001, BICS, n°11, 2003, p. 9
- CS soc., 5 juin 1989, rev. Al Mouhami, n°19-20, 1991, p. 128
- Cass. M. com, 2 févr. 2012, GTM n.s., n°139, Janvier-février 2013, p. 167
- CAC Casablanca, 25 avr. 2006, doss n°3634/2005/4, rapp. par O. Azouggar et A. El Alami, op. cit. p. 100
- CS civ. 7 juillet 1992, GTM, n.s., n°75, 1995, p. 56
- CA, Casablanca, 7 juill. 2009
- CA Casablanca, 27 mars 2007
- CAC Casablanca, 24 sept. 2001, rev. Al Ichaa, n°30-21, 2006, p. 396
- CAC Casablanca, 29 avr. 2008, doss. N°4213/2007/14, rapp. par O. Azouggar et A. El Alami, op. cit ; p. 36 Casablanca, 5 avr. 1988, dossier n°429.87
- CAC, Casablanca, arrêt n° 5089. Dossier n° 2019/8230/3844, le 31-10-2019, non publié

## **Jurisprudence internationale**

- Jugement du 10 Février 2009, West Tankers, Case C-185/07
- Jugement du 27 Avril 2004, Case C-159/02 et Opinion de General Ruiz-Jarabo Colomer rendue le 20 Novembre 2003
- Jugement du 9 December 2003 Case C-11 6/02 et Opinion of Advocate General Léger rendue en Septembre 2003
- Jugement of 19 December 1997, Compañia Minera Condesa SA v. BRGM-Pérou SAS, DFT 124 III 83, 86-87
- Vedanta Res. Holdings Ltd v. ZCCM Inv. Holdings PLC, [2019] ZAGPJHC 250 (S. Gauteng High Ct.).
- Jugement of 2 October 1931, DFT 57 I 295, 305 (Swiss Fed. Trib.).
- Prima Paint Corp. v. Flood & Conklin Mfg. Co., 388 U.S. 395 (1967)
- Buckeye Check Cashing, Inc. v. Cardegna - 546 U.S. 440, 126 S. Ct. 1204 (2006)
- Jugement of 19 August 2008, DFT 4A\_128/2008, ¶4.1.1 (Swiss Fed. Trib.)
- Arthur Andersen LLP v. Carlisle, 556 U.S. 624, 630 (U.S. S.Ct. 2009)
- TFS, 10 janv. 2013, Etat X. c/ Société Z., 4A\_146/2012.
- Tam Wing Chuen v. Bank of Credit and Commerce Hong Kong [1996] 2 BCLC 69, 77
- Sentence Ad Hoc, (14 Janvier 1982), Elf Aquitaine Iran (France) v. National Iranian Oil Company, YCA 1986, at 97, 102 et seq.
- Sentence CCI n°2476, (1976), journal de droit international n°4 1977, p. 936 et s.
- Sentence CCI n°4131, (23 septembre 1982), Dow Chemical : Rev. Arb. 1984, p. 174
- Sent. CCI n°12167 (2002), JDI 2007, p. 1270, obs. S.J. t C.T.-N.V.
- Sent. CCI n°10988 (2003), JDI 2006, p. 1408, obs. B.D.V.
- Sent. CCI n° 2321 (1974), JDI 1975, p. 938 , obs. Y. Derains, Yearbook Commercial Arbitration 1976, p. 133). Sur l'ensemble de la question, V. infra n° 33 s.
- Sentence CCI n°1434, JDI 1976.978
- Sentence CCI 3 avril 1987 dans l'affaire Swiss Oil c/ Gabon, maintenue par CA Paris, 16 juin 1988 : Rev. arb. 1989, p. 309 , note Ch. Jarrosson, spécialement p. 325
- Affaire CCI No. 7110, (1999) 10 *Bulletin CCI* n°39, 44
- Sentence CCI. n° 3327, 1981, J.D.I. 1982. 971, obs. S. JARVIN
- CCI n° 3460 de 1980 : JDI 1981, p. 939
- CCI n° 2626 de 1977 : JDI 1978, p. 980

- CCI n° 4023 de 1984 : JDI 1984, p. 950 , obs. S. Jarvin.
- Sent. CCI n° 5983 rendue en 1989 : Bull. ASA 1993, p. 507
- Sentence partielle CCI, n°10709, 2000, Cahiers de l'arbitrage, 2010, n°1, p.81
- Sentence Arbitrale finale CCI, Affaire 8462, 27 janv. 1997
- Sentence partielle CCI, Affaire 6276, 29 janv. 1990
- Sentence partielle dans l'affaire CCI No.10681, Revue de Droit des Affaires Internationales, n°1, 2018
- Sentence finale dans l'affaire CCI No.10062, Revue de Droit des Affaires Internationales, n°1, 2018
- Sentence finale dans l'affaire CCI No.14287, Revue de Droit des Affaires Internationales, n°1, 2018
- Sentence provisoire dans l'affaire CCI No.12361, Revue de Droit des Affaires Internationales, n°1, 2018
- Sentence finale dans l'affaire CCI No.14287, Revue de Droit des Affaires Internationales, n°1, 2018
- Sentence provisoire dans l'affaire CCI No.10648, Revue de Droit des Affaires Internationales, n°1, 2018
- Sentence provisoire dans l'affaire CCI No.8307, Revue de Droit des Affaires Internationales, n°1, 2018
- Sentence provisoire dans l'affaire CCI No.12361, Revue de Droit des Affaires Internationales, n°1, 2018
- Sentence CIRDI des 4 et 9 févr. 1988, Soabi c/ Rép. du Sénégal : JDI 1990, p. 193, obs. E. Gaillard
- Sentence CCI n° 3896 ; JDI 1983, p. 914, spéc. p. 917

## **Règlements**

- Règlement d'arbitrage de la Chambre de commerce internationale en vigueur à compter du 1er janvier 2021
- Règlement d'arbitrage de la Cour Marocaine d'Arbitrage
- OHADA Règlement d'arbitrage de la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage Acte fait à Conakry, le 23 novembre 2017

## **Conventions**

- Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères, conclue à New York le 10 juin 1958
- Convention européenne sur l'arbitrage commercial international, conclue à Genève, du 21 avril 1961
- Convention sur l'arbitrage commercial international, conclue à Amman le 14 avril 1987

## **Rapports**

- Rapport Annuel de la Banque Mondiale, 2019
- Dernières statistiques au Recensement Général de la Population et de l’Habitat 2014 (Maroc)
- IBA, Lignes directrices de l’IBA pour la rédaction de clauses d’arbitrage international du 7 octobre 2010.
- ICC, Note aux parties et aux tribunaux arbitraux sur la conduite de l’arbitrage selon le Règlement CCI du 1er janv. 2019.



## **Codes et Lois**

- Code de procédure civile français, version en vigueur en 2022
- Code de procédure civile marocain, version en vigueur en 2022
- Code de procédure civile suisse, version en vigueur en 2022
- Code de procédure civile italien, version en vigueur en 2022
- Code de procédure civile tunisien, version en vigueur en 2022
- Code de procédure civile algérien, version en vigueur en 2022
- Dahir des obligations et des contrats, version en vigueur en 2022
- Dahir n° 1-07-169 du 30 novembre 2007 portant promulgation de la loi n° 08-05 est venu abroger et remplacer le chapitre VIII du titre V du Code de procédure civile
- Dahir n° 1-22-34 portant promulgation de la loi n° 95-17 relative à l'arbitrage et à la médiation conventionnelle, BO 7099
- Dahir sur la condition civile des Français et des étrangers dans le Protectorat Français du Maroc, Dahir du 12 Août 1913 (9e Ramadan 1331)
- Dahir n°1-11-03 du 18 février 2011 (B.O. n°5932 du 7 avril 2011)
- Federal Arbitration Act (USA), du 12 Février 1925
- Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international 1985 avec les amendements adoptés en 2006
- Acte uniforme relatif au droit de l'arbitrage, acte fait à Conakry le 23 novembre 2017

## **Sites Web**

- <https://www.international-arbitration-attorney.com/fr/provisional-measures-in-internationalarbitration/#:~:text=En%20arbitrage%20international%2C%20les%20r%C3%A8gles,pour%20statuer%20sur%20ces%20normes>
- <https://www.leboursier.ma/Actus/4724/2019/05/23/Mediation-bancaire-1.200-dossiers-traites-en-2018.ht...>
- <http://medias24.com/2020/02/11/comment-larbitrage-au-maroc-risque-de-regresser-a-cause-dune-pratique-negative/>
- <https://medias24.com/2021/07/08/fives-fcb-vs-yinna-holding-le-dossier-seternise-le-conflit-senlise/>
- <https://medias24.com/2021/06/22/deputes-et-avocats-alertent-sur-le-tableau-noir-de-larbitrage-au-maroc/>
- <https://www.leconomiste.com/article/976165-maroc-france-pres-de-10-siecles-de-diplomatie>
- <https://blogs.parisnanterre.fr/article/sens-et-portee-du-principe-dautonomie-de-la-clause-compromissoire-internationale-en-droit>
- <http://www.gautier2-avocats.com/efficacite-efficience-effectivite-le-nouvel-essor-du-concept-de-performance>
- <https://www.toupie.org/Dictionnaire/Efficacite.htm>
- <https://fnh.ma/article/alaune/mediation-le-maroc-a-realise-des-avancees-probantes>
- <https://medias24.com/2019/05/23/mediation-bancaire-1-200-dossiers-traites-en-2018-4724/>





## **INDEX ALPHABETIQUE**

(Les numéros renvoient aux paragraphes)

**Acceptation** : 188, 191

**Analphabétisme** : 219 et s

**Annulation** (recours en) : 137, 140, 165, 174, 259, 265, 275, 292, 297, 340, 405, 484, 485, 488, 516, 528

**Anti-suit injunctions** : 280, 424

**Arbitre / Tribunal arbitral**

- Pouvoirs : 138, 174
- Désignation : 288, 295, 296, 303 et s., 314 et s., 322, 323
- Nombre : 294
- Remplacement : 308
- Obligations : 487 (de trancher le litige) ; 490, 506, 507 (bonne conduite de la procédure) ; 492 (célérité) ; 494 (confidentialité) ; 495 ; 496 (révélation), 514 (ordonner des mesures d’instructions) ; 516 (ordonner une expertise) ; 524 (bonne foi)

**Arbitrabilité** : 123, 147, 154

- Critères : 127, 128
- Ratione materiae : 130, 155
- Ratione personae : 141
- Inarbitrabilité : 131

**Arbitrage maritime** : 48, 155, 161, 162, 163, 168, 431

**Autonomie** (de la convention d’arbitrage) : 3, 55, 56, 57, 69, 88, 103, 104, 502

**Barbot** 61

**Bomar Oil** : 165, 167, 170

**CIRDI** : 271, 283, 358, 394, 468

**CCI** : 68, 93, 184, 196, 271, 282, 283, 294, 295, 298, 309, 334, 356 361, 362, 365, 392, 406, 419, 423, 454, 471

**Clause d’arbitrage par référence** : 168, 169, 240, 242

**Clause pathologique** : 179, 209, 210, 211, 225, 226, 227

**Clause blanche** : 213

**Compétence-compétence** (principe) : 471, 472, 473, 478, 482, 501, 502, 504, 533 et s., 557

**Conflit des lois** : 75, 76

**Contrat sans loi** : 111, 112

**Convention d’arbitrage** : 4, 145, 544

- Effet relatif : 379, 380, 382, 431, 440
- Exigence d’écrit : 229 et s. ; 235 et s.
- Extension : 385, 433, 434, 435, 436, 437, 438, 439
- Nullité : 444, 471
- Portée : 404, 411

- Renonciation : 414, 442, 443, 447, 553

**Convention de Genève** : 144, 164, 485, 544 **Gosset (arrêt)** : 59, 60

**Convention de New York** : 18, 38, 39, 47, 89, 164, 178, 191, 231, 254, 255, 268, 269, 381, 402, 403, 404, 410, 415, 427, 430

**Convention de Washington** : 39, 467, 468, 503

**Délais** : 42, 268, 334, 338, 357, 488, 500, 507, 528

**Dalico (Arrêt)** : 74, 77, 81, 86

**Dol** : 195, 202, 203, 204, 205

**Droit comparé** : para 10, 12, 13, 14, 15, 16, 24, 35, 15, 559 et s.

**Droit international** : 9, 38, 66, 79, 85, 89, 94, 99, 116, 119, 231, 238, 288, 295, 333, 379, 453, 495

**Droit islamique** : 31, 34, 35, 36, 313

**Erreur** : 194, 199, 200, 201

**Exequatur** : 268, 272, 273

**Groupe de contrats** : 385

**Impartialité** : 298, 301, 312, 313

**Immunités d'exécution** : 451, 453, 459, 463, 464

**Indépendance** : 298, 299, 300, 312, 313

**Garanties fondamentales** : 290, 524

**Juge d'appui** : 562, 563, 564, 565

**Juge des référés** : 572 et s.

**LCIA** : 294, 295, 354, 498

**Loi applicable** : 73, 75, 96, 106, 109, 110, 113

**Loi-Type CNUDCI** : 91, 129, 164, 290, 310, 410, 545

**Lex mercatoria** : 118, 119, 120, 121

**MARC** : 328 et s., 341 et s.

**Médiation** : 329, 343, 344

**Sanction** : 113, 137, 138, 181, 182, 205, 212, 213, 234, 317, 318, 324, 404, 415, 416, 421, 422,

**Mesures provisoires** : 349 et s. ; 590, 591, 592

**Séparabilité (Principe)** : 62, 63, 64

**Offre** : 187 et s.

**Siège** : 47, 259 et s.

**Ordre public** : 39, 123, 134, 150

**Vices (du consentement)** : 193, 197

**Principes d'interprétation** :

- Bonne foi : 180
- Effet utile : 181
- Contra Proferentem : 182
- Interprétation stricte : 185
- In favorem validitatis : 186

**Violence** : 196, 206, 207, 208

**Zanzi** : 80, 81

**Privilèges de juridiction** : 448, 450, 464, 465

**Procès équitable** : 290, 423, 488, 493, 507, 518, 527

**Règles matérielles** : 78 et s.





## **ANNEXES**

# **ANNEXE 1 :**

## **Loi n° 08-05 abrogeant et remplaçant le chapitre VIII du titre V du code de procédure civile**

Publiée au BO n°5584 et vigueur du 6 décembre 2007 au 14 juin 2022



## Bulletin Officiel n° 5584 du Jeudi 6 Décembre 2007

Dahir n° 1-07-169 du 19 kaada 1428 (30 novembre 2007) portant promulgation de la loi n° 08-05 abrogeant et remplaçant le chapitre VIII du titre V du code de procédure civile.

LOUANGE A DIEU SEUL !

(Grand Sceau de Sa Majesté Mohammed VI)

Que l'on sache par les présentes - puisse Dieu en élever et en fortifier la teneur  
Que notre Majesté Chérifienne,

Vu la Constitution, notamment ses articles 26 et 58,

A décidé ce qui suit :

Est promulguée et sera publiée au Bulletin officiel, à la suite du Présent dahir, la loi n° 08-05 abrogeant et remplaçant le chapitre VIII du titre V du code de procédure civile, telle qu'adoptée par la Chambre des conseillers et la Chambre des représentants.

Fait à Guelmim, le 19 Kaada 1428 (30 novembre 2007).

Pour contreseing :

Le Premier ministre,

Abbas El Fassi .

### **Loi n° 08-05 abrogeant et remplaçant le chapitre VIII du titre V du code de procédure civile**

Article premier :

Les dispositions du chapitre VIII du titre V du code de procédure civile approuvé par le dahir portant loi n° 1-74-447 du 11 ramadan 1394 (28 septembre 1974) sont abrogées et remplacées comme suit :

#### « Chapitre VIII : De l'arbitrage et de la médiation conventionnelle

##### Section I : De l'arbitrage interne

###### *Sous-section I : Définitions et règles générales*

**Article 306.** - L'arbitrage a pour objet de faire trancher un litige par un tribunal arbitral qui reçoit des parties la mission de juger en vertu d'une convention d'arbitrage.

**Article 307.** - La convention d'arbitrage est l'engagement des parties de recourir à l'arbitrage pour régler un litige né ou susceptible de naître concernant un rapport de droit déterminé, de nature contractuelle ou non contractuelle.

La convention d'arbitrage revêt la forme d'un compromis d'arbitrage ou d'une clause d'arbitrage.

**Article 308.** - Dans le respect des dispositions du dahir du 9 ramadan 1331 (12 août 1913) formant code des obligations et des contrats, tel que modifié et complété, et notamment de son article 62, toutes personnes capables, physiques ou morales, peuvent souscrire une convention d'arbitrage sur les droits dont elles ont la libre disposition, dans les limites et selon les formes et procédures prévues par le présent chapitre.

Peuvent notamment faire l'objet d'une convention d'arbitrage les litiges relevant de la compétence des tribunaux de commerce en application de l'article 5 de la loi n° 53-95 instituant des juridictions de commerce.

**Article 309.** - Sous réserve des dispositions de l'article 308 ci-dessus, la convention d'arbitrage ne peut concerner le règlement de litiges relatifs à l'état et à la capacité des personnes ou aux droits personnels qui ne font pas l'objet de commerce.

**Article 310.** - Les litiges relatifs aux actes unilatéraux de l'Etat, des collectivités locales ou autres organismes dotés de prérogatives de puissance publique ne peuvent faire l'objet d'arbitrage.

Toutefois, les contestations pécuniaires qui en résultent peuvent faire l'objet d'un compromis d'arbitrage à l'exception de celles concernant l'application d'une loi fiscale.

Nonobstant les dispositions du 2<sup>e</sup> alinéa de l'article 317 ci-dessous, les litiges relatifs aux contrats conclus par l'Etat ou les collectivités locales peuvent faire l'objet d'une convention d'arbitrage dans le respect des dispositions relatives au contrôle ou à la tutelle prévus par la législation ou la réglementation en vigueur sur les actes concernés.

La compétence pour statuer sur la demande de l'exequatur de la sentence arbitrale rendue dans le cadre du présent article revient à la juridiction administrative dans le ressort de laquelle la sentence sera exécutée ou au tribunal administratif de Rabat, lorsque la sentence arbitrale concerne l'ensemble du territoire national.

**Article 311.** - Les entreprises publiques soumises au droit des sociétés commerciales peuvent conclure des conventions d'arbitrage dans les formes et conditions déterminées par leur conseil d'administration ou de surveillance ou par leur organe de gestion.

Nonobstant les dispositions du 2<sup>e</sup> alinéa de l'article 317 ci-dessous, les établissements publics peuvent conclure des compromis d'arbitrage dans les

formes et conditions déterminées par leur conseil d'administration. Les conventions comportant des clauses d'arbitrage font l'objet d'une délibération spéciale du conseil d'administration.

**Article 312.** - Dans le présent chapitre,

1 - le « tribunal arbitral » désigne l'arbitre unique ou un collège d'arbitres ;

2 - le « règlement d'arbitrage » vise tout texte qui définit une procédure déterminée à suivre en matière d'arbitrage ;

3 - le « président de la juridiction » désigne le président du tribunal de commerce, sauf précisions contraires.

**Article 313.** - La convention d'arbitrage doit toujours être établie par écrit, soit par acte authentique ou sous seing-privé, soit par procès-verbal dressé devant le tribunal arbitral choisi.

La convention d'arbitrage est réputée établie par écrit lorsqu'elle est consignée dans un document signé par les parties ou dans un échange de lettres, de communications télex, de télégrammes ou de tout autre moyen de télécommunication considéré comme convention et qui en atteste l'existence, ou encore dans l'échange de conclusions en demande ou de conclusions en défense, dans lesquelles l'existence d'une telle convention est alléguée par une partie et n'est pas contestée par l'autre.

Tout renvoi dans un contrat écrit aux dispositions d'un contrat-type, d'une convention internationale ou à tout autre document contenant une clause d'arbitrage est réputé être une convention d'arbitrage établie par écrit, lorsque le renvoi stipule clairement que ladite clause fait partie intégrante du contrat.

Article 314. - Le compromis d'arbitrage est la convention par laquelle les parties à un litige déjà né soumettent celui-ci à un tribunal arbitral.

Le compromis peut être conclu même au cours d'une instance déjà engagée devant une juridiction.

Lorsqu'il y a accord sur le recours à l'arbitrage au cours de l'examen du litige devant une juridiction, celle-ci doit décider de soumettre les parties à l'arbitrage. Cette décision est réputée être une convention d'arbitrage écrite.

**Article 315.** - Le compromis doit, à peine de nullité :

1 - déterminer l'objet du litige ;

2 - désigner le tribunal arbitral ou prévoir les modalités de sa désignation.

Le compromis est caduc lorsqu'un arbitre qu'il désigne n'accepte pas la mission qui lui est confiée.

**Article 316.** - La clause d'arbitrage est la convention par laquelle les parties à un contrat s'engagent à soumettre à l'arbitrage les litiges qui pourraient naître relativement à ce contrat.

**Article 317.** - A peine de nullité :

- la clause d'arbitrage doit être stipulée par écrit, sans équivoque, dans la convention principale ou dans un document auquel celle-ci se réfère ;

- la clause d'arbitrage doit, soit désigner le ou les arbitres, soit prévoir les modalités de leur désignation.

**Article 318.** - La clause d'arbitrage est réputée être une convention indépendante des autres clauses du contrat. La nullité, la résiliation ou la cessation du contrat n'entraîne aucun effet sur la clause d'arbitrage comprise dans ledit contrat lorsque celle-ci est valable en soi.

**Article.319.** - L'arbitrage peut être ad hoc ou institutionnel.

En cas d'arbitrage ad hoc, le tribunal arbitral se chargera de l'organiser en fixant la procédure à suivre, sauf si les parties en conviennent autrement ou choisissent un règlement d'arbitrage déterminé.

Lorsque l'arbitrage est porté devant une institution d'arbitrage, celle-ci se chargera de l'organiser et d'en assurer le bon déroulement conformément à son règlement.

Dans tous les cas, seront respectées les règles relatives aux droits de la défense.

**Article 320.** - La mission d'arbitre ne peut être confiée qu'à une personne physique en pleine capacité et n'ayant pas fait l'objet d'une condamnation devenue définitive pour des faits contraires à l'honneur, à la probité ou aux bonnes moeurs ou le privant de la capacité d'exercer le commerce ou de l'un de ses droits civils.

Si la convention désigne une personne morale, celle-ci ne dispose que du pouvoir d'organiser et d'assurer le bon déroulement de l'arbitrage.

**Article 321.** - Les personnes physiques qui, habituellement ou par profession, exercent des missions d'arbitre, soit de manière individuelle, soit au sein d'une personne morale dont l'arbitrage est l'un de ses objets sociaux doivent en faire la déclaration auprès du procureur général près la cour d'appel dans le

ressort de laquelle elles résident ou dans le ressort de laquelle se trouve le siège social de la personne morale.

Après examen de leur situation, le procureur général délivre un récépissé de la déclaration et inscrit les intéressés sur une liste des arbitres près la cour d'appel concernée.

**Article 322.** - Un arbitre ne peut être récusé par l'une des parties de l'arbitrage, si ce n'est pour une cause survenue ou découverte après sa désignation.

**Article 323.** - Un arbitre peut être récusé quand :

1 - il a fait l'objet d'une condamnation définitive pour l'un des faits énumérés à l'article 320 ci-dessus ;

2 - il a ou son conjoint ou ses ascendants ou descendants un intérêt personnel direct ou indirect à la contestation ;

3 - il y a parenté ou alliance entre l'arbitre ou son conjoint et l'une des parties jusqu'au degré de cousin germain inclusivement ;

4 - il y a procès en cours ou quand il y a eu procès terminé depuis moins de deux ans entre l'une des parties et l'arbitre ou son conjoint ou leurs ascendants ou descendants ;

5 - il est créancier ou débiteur de l'une des parties ;

6 - il a précédemment plaidé ou postulé ou déposé comme témoin sur le différend ;

7 - il a dû agir comme représentant légal de l'une des parties ;

8 - il existe un lien de subordination entre l'arbitre ou son conjoint ou ses ascendants ou descendants et l'une des parties ou son conjoint ou ses ascendants ou descendants.

9 - il y a amitié ou inimitié notoire entre l'arbitre et l'une des parties.

La demande de récusation est présentée par écrit au président de la juridiction compétente en précisant les motifs de la récusation, dans un délai de huit jours à compter de la date où le demandeur de la récusation a pris connaissance de la constitution du tribunal arbitral ou des circonstances justifiant la récusation. Lorsque l'arbitre objet de la récusation ne se retire pas de son plein gré après avoir été récusé, le président de la juridiction statue sur la demande dans un délai de dix jours par décision non susceptible d'aucun moyen de recours. La demande de récusation ne peut être déclarée



recevable si elle émane d'une personne ayant déjà présenté une demande de récusation portant sur le même arbitre, dans la même procédure d'arbitrage et pour le même motif. Lorsqu'un arbitre est récusé, la procédure d'arbitrage à laquelle il a pris part est réputée nulle, y compris sa sentence.

**Article 324.** - Sous réserve des dispositions de l'article 320 ci-dessus, un arbitre ne peut être révoqué que du consentement unanime des parties. Cette révocation met fin à la mission de l'arbitre dès qu'il en a été avisé.

**Article 325** - Lorsqu'il est mis fin à la mission d'un arbitre pour quelque cause que ce soit, un arbitre remplaçant est nommé selon les mêmes règles qui ont présidé à la nomination de l'arbitre remplacé.

Lorsqu'un empêchement entrave l'exercice de la mission d'un arbitre, ou lorsque celui-ci n'entame pas ladite mission ou cesse de l'exercer entraînant ainsi un retard injustifié de la procédure d'arbitrage, sans qu'il se retire ou que les parties conviennent de sa révocation, le président de la juridiction compétente peut, sur demande de l'une des parties, mettre fin à la mission dudit arbitre, par décision non susceptible d'aucun moyen de recours.

**Article 326.** - Les arbitres sont tenus au secret professionnel dans les termes prévus par la loi pénale.

**Article 327.** - Lorsqu'un litige soumis à un tribunal arbitral en vertu d'une convention d'arbitrage, est porté devant une juridiction, celle-ci doit, lorsque le défendeur en fait la requête avant de statuer sur le fond, prononcer l'irrecevabilité jusqu'à épuisement de la procédure d'arbitrage ou annulation de la convention d'arbitrage.

Si le tribunal arbitral n'est pas encore saisi, la juridiction, à la demande du défendeur, doit également déclarer l'irrecevabilité, à moins que la convention d'arbitrage ne soit manifestement nulle.

Le défendeur doit en faire la requête avant que la juridiction ne statue sur le fond. Celle-ci ne peut, dans les deux cas, déclarer d'office l'irrecevabilité.

Lorsque la juridiction est saisie d'une action visée à l'alinéa un et deux ci-dessus, la procédure d'arbitrage peut néanmoins être engagée ou poursuivie et une sentence peut être rendue en attendant que la juridiction ait statué.

**Article 327-1.** - La convention d'arbitrage ne fait pas obstacle aux parties, soit avant d'engager la procédure d'arbitrage soit au cours de celle-ci, d'avoir recours au juge des référés en vue de prendre toute mesure provisoire ou conservatoire conformément aux dispositions prévues par la présente loi. Les parties peuvent se rétracter au sujet desdites mesures de la même manière.

*Sous-section II. - Du tribunal arbitral De la constitution du tribunal arbitral*

**Article 327-2.** - Le tribunal arbitral est constitué d'un seul arbitre ou de plusieurs arbitres dont les parties sont libres de fixer les modalités de désignation et le nombre, soit dans la convention d'arbitrage, soit par référence au règlement d'arbitrage de l'institution choisie.

A défaut d'accord des parties sur le nombre des arbitres, celui-ci est fixé à trois.

Lorsque les arbitres sont nombreux, leur nombre doit être impair sous peine de nullité de l'arbitrage.

**Article 327-3.** - S'il s'avère que le ou les arbitres désignés par la convention d'arbitrage ne remplissent pas les conditions légales pour exercer cette fonction, ou pour toute autre cause faisant obstacle à la composition du tribunal arbitral, il est procédé à la désignation des arbitres soit d'accord des parties, soit conformément à l'article 327-4 ci-après.

**Article 327-4.** - Lorsque les parties désignent les arbitres en nombre pair, le tribunal arbitral est complété par un arbitre choisi, soit conformément aux prévisions des parties, soit en l'absence de telles prévisions, par les arbitres désignés, soit à défaut d'accord entre ces derniers, par le président de la juridiction en vertu d'une ordonnance non susceptible de recours.

En cas d'arbitrage institutionnel, la procédure de nomination et le nombre d'arbitres du tribunal arbitral seront ceux prévus par l'institution d'arbitrage choisie.

**Article 327-5.** - Si le tribunal arbitral n'a pas été désigné à l'avance et que les modalités et la date de sélection des arbitres n'ont pas été fixées ou lorsque les parties n'en ont pas convenues, les procédures suivantes sont à suivre :

1. - Lorsque le tribunal arbitral est composé d'un seul arbitre, celui-ci est désigné par le président de la juridiction compétente sur demande de l'une des parties ;
2. - Lorsque le tribunal arbitral est composé de trois arbitres, chacune des parties en désigne un. Les deux arbitres désignés se mettent d'accord pour désigner le troisième.

Lorsque l'une des parties ne désigne pas son arbitre dans les quinze jours suivant la réception d'une demande à cet effet émanant de l'autre partie ou lorsque les deux arbitres désignés ne se mettent pas d'accord sur la désignation du troisième dans les quinze jours suivant la désignation du dernier d'entre eux, le président de la juridiction compétente procède à cette désignation sur demande de l'une des parties. La présidence du

tribunal arbitral est assurée par l'arbitre choisi par les deux premiers arbitres ou par celui désigné par le président de la juridiction ;

3 - Les procédures visées au 2° ci-dessus du présent article sont à suivre lorsque le tribunal arbitral est composé de plus de trois arbitres ;

4 - Le président de la juridiction compétente doit veiller à ce que l'arbitre qu'il désigne remplisse les conditions exigées par la présente loi et celles convenues par les parties. Il prend sa décision après convocation des parties. Sa décision est non susceptible d'aucun moyen de recours.

Il en sera de même chaque fois que la constitution du tribunal arbitral se heurte à une difficulté du fait de l'une des parties ou dans la mise en oeuvre des modalités de désignation.

**Article 327-6.** - La constitution du tribunal arbitral n'est parfaite que si le ou les arbitres désignés acceptent la mission qui leur est confiée.

L'arbitre ayant accepté sa mission doit, par écrit, déclarer, lors de son acceptation, toutes circonstances de nature à susciter des doutes quant à son impartialité et son indépendance.

La preuve de l'acceptation de la mission est établie par écrit, par la signature du compromis ou par l'accomplissement d'un acte qui indique le commencement de la mission.

Tout arbitre doit poursuivre sa mission jusqu'à son terme ; il ne peut, sous peine de dommage-intérêts, se désister, sans cause légitime après son acceptation et ce, après avoir adressé un avis mentionnant les motifs de son désistement.

**Article 327-7.** - L'arbitre qui suppose en sa personne une cause de récusation doit en informer les parties. Dans ce cas, il ne peut accepter sa mission qu'avec l'accord des parties.

**Article 327-8.** - Lorsqu'une demande de récusation ou de révocation d'un arbitre est présentée, la procédure d'arbitrage est suspendue jusqu'à ce qu'il soit statué sur cette demande, à moins que l'arbitre concerné n'accepte de se désister.

Les difficultés relatives à la récusation ou à la révocation des arbitres sont portées devant le président de la juridiction qui se prononce par ordonnance non susceptible de recours dans le cadre d'une procédure contradictoire.

#### « Des procédures et incidents

**Article 327-9.** - Préalablement à tout examen au fond, il appartient au tribunal arbitral de statuer, soit d'office, soit sur la demande de l'une des

parties, sur la validité ou les limites de ses compétences ou sur la validité de la convention d'arbitrage, et ce par ordonnance qui n'est susceptible de recours que dans les mêmes conditions que la sentence au fond et en même temps qu'elle.

Préalablement à toute décision, le tribunal arbitral peut saisir le procureur général près la cour d'appel territorialement compétente à raison du lieu d'arbitrage pour lui faire communiquer les informations qu'il juge nécessaires eu égard aux dispositions prévues à l'article 308 ci-dessus. Le procureur général est tenu de donner suite à la demande dans les quinze jours de sa saisine ; à défaut, le tribunal arbitral examine le dossier tel quel.

**Article 327-10.** - Le tribunal arbitral règle les modalités de la procédure arbitrale qu'il juge adéquates sous réserve des dispositions de la présente loi, sans être tenu de suivre les règles établies pour les juridictions, sauf si les parties en ont autrement décidé dans la convention d'arbitrage.

Les parties peuvent convenir du lieu de l'arbitrage à l'intérieur ou à l'extérieur du Royaume du Maroc. A défaut d'une convention à cet effet, le tribunal arbitral désigne un lieu adéquat pour l'arbitrage en prenant en compte les circonstances de l'instance et le domicile des parties, sans que cela puisse empêcher le tribunal arbitral de se réunir en tout lieu qu'il juge convenable pour procéder aux mesures d'arbitrage, tel que l'audition des parties au litige, des témoins ou des experts, la consultation des documents, l'inspection de marchandises ou de biens ou la tenue de délibérations entre ses membres ou autre.

Les parties à la procédure d'arbitrage sont traitées sur le même pied d'égalité. Chacune d'elles bénéficie d'une chance pleine et égale pour exposer sa requête, ses moyens et pour exercer son droit de défense.

Sauf convention contraire des parties, la procédure d'arbitrage est engagée dès le jour où la composition du tribunal arbitral devient complète.

**Article 327-11.** - Le tribunal arbitral procède à toutes investigations par audition de témoins, commission d'experts, ou par toute autre mesure d'instruction.

Si une partie détient un moyen de preuve, le tribunal arbitral peut lui demander de le produire.

Il peut également procéder à l'audition de toute personne qu'il estime utile d'entendre.

**Article 327-12.** - Les auditions devant le tribunal arbitral se font après prestation de serment.

Les parties peuvent se faire représenter ou assister par toute personne de leur choix.

**Article 327-13.** - L'arbitrage se déroule en langue arabe sauf convention contraire des parties ou lorsque le tribunal arbitral décide de choisir une ou d'autres langues. Ladite convention ou décision s'applique à la langue dans laquelle sont établies les données, les mémoires écrits, les documents et les plaidoiries orales ainsi qu'à toute décision ou sentence du tribunal arbitral, sauf convention contraire des parties ou décision du tribunal arbitral.

Le tribunal arbitral peut décider de faire joindre à tous ou partie des documents écrits produits lors de l'instance leur traduction dans la ou les langues utilisées dans l'arbitrage. En cas de pluralité des langues, la traduction peut être limitée à quelques unes.

**Article 327-14.** - Le demandeur doit adresser, dans le délai convenu entre les parties ou imparti par le tribunal arbitral, au défendeur et à chacun des arbitres un mémoire écrit sur sa requête comprenant son nom, son adresse, le non et l'adresse du défendeur, une explication des faits concernant l'instance, les questions objet du litige, ses demandes ainsi que toute autre fait qui doit être mentionné dans le mémoire conformément à la convention des parties. Il doit joindre audit mémoire tous les documents et preuves justificatives qu'il compte utiliser.

Le défendeur doit adresser, dans le délai convenu entre les parties ou imparti par le tribunal arbitral, au demandeur et à chacun des arbitres un mémoire écrit en réponse à la requête d'instance comprenant ses moyens de défense. Il peut y mentionner des demandes incidentes relatives à l'objet du litige ou faire prévaloir un droit qui en est issu en vue de formuler une demande en compensation. Il peut joindre audit mémoire tous les documents de preuve ou d'infirmité qu'il compte utiliser.

Le tribunal arbitral peut, lorsqu'il le juge nécessaire, demander aux parties de produire les originaux des pièces ou des documents sur lesquels elles s'appuient.

Des copies des mémoires, pièces ou autres papiers produits devant le tribunal arbitral par l'une des parties, sont communiquées à l'autre partie. Il en est de même pour les rapports d'experts ou toutes autres preuves, tout en leur accordant un délai pour émettre leurs réponses et observations.

Chacune des parties à l'arbitrage peut modifier ou compléter ses requêtes ou moyens de défense au cours de la procédure d'arbitrage, sauf refus du tribunal arbitral pour éviter de trancher à nouveau sur le litige.

Sauf convention contraire des parties, le tribunal arbitral tient des séances de

plaidoiries pour permettre aux parties d'expliquer l'objet de l'instance et d'exposer leurs preuves, ou peut se limiter à la production des mémoires et des documents écrits.

Les parties à l'arbitrage doivent être avisées des dates des séances et des réunions que le tribunal arbitral décide de tenir et ce, au moins cinq jours avant la date qu'il fixe à cet effet.

Toutes les séances tenues par le tribunal arbitral font l'objet d'un procès-verbal dont une copie est délivrée à chacune des parties.

Sauf convention contraire des parties, la non production, sans motif valable, par le demandeur de la requête introductive d'instance dans le délai qui lui est imparti, entraîne l'arrêt de la procédure d'arbitrage par Décision du tribunal arbitral.

Si le défendeur ne produit pas son mémoire en réponse dans le délai qui lui est imparti, le tribunal arbitral poursuit la procédure d'arbitrage sans que cela soit considéré comme reconnaissance par le défendeur du bien fondé de la requête introduite par le demandeur.

En cas de défaut de présence de l'une des parties à l'une des séances ou de production des pièces qui lui sont demandées, le tribunal arbitral peut poursuivre la procédure d'arbitrage et rendre une sentence sur le litige au vu des preuves dont il dispose.

**Article 327-15.** - Sauf convention contraire des parties, le tribunal arbitral peut prendre, sur demande de l'une des parties, toute mesure provisoire ou conservatoire qu'il juge nécessaire dans la limite de sa mission.

Si la partie contre laquelle la sentence a été rendue ne l'exécute pas, la partie en faveur de laquelle elle a été rendue peut saisir le président de la juridiction compétente en vue d'émettre une ordonnance d'exécution.

**Article 327-16.** - En cas de pluralité d'arbitres, ceux-ci sont tenus de participer ensemble à tous les travaux et à toutes les opérations ainsi qu'à la rédaction de tous les procès verbaux, à moins que les parties ne les aient autorisés à commettre l'un d'eux pour accomplir un acte déterminé.

De droit, l'arbitre-président est habilité à trancher les questions de procédure, sauf objections des parties ou des autres arbitres, qui sont présentées dès l'introduction de la demande.

**Article 327-17.** - Si au cours de la procédure d'arbitrage, le tribunal arbitral est amené à statuer sur question qui ne relève pas de sa compétence ou si un recours a été introduit pour usage de faux dans un document qui lui a été fourni et qu'une procédure pénale a été déclenchée à ce sujet, il peut

poursuivre l'examen du litige s'il estime que statuer sur la question, sur l'usage de faux ou sur l'allégation d'usage de faux n'est pas nécessaire pour trancher sur l'objet du litige. Autrement, il arrête la procédure jusqu'à ce qu'un jugement définitif dans l'affaire soit rendu. Il en résulte la suspension du délai fixé pour rendre la sentence arbitrale.

**Article 327-18.** - Le tribunal arbitral tranche le litige conformément aux règles de droit convenues entre les parties.

Si les parties ne s'entendent pas sur les règles de droit devant être appliquées au litige, le tribunal arbitral applique les règles objectives de droit qu'il juge les plus proches du litige.

Dans tous les cas, il doit prendre en considération les clauses du contrat objet du litige, les usages et coutumes commerciaux et ce qui est habituellement d'usage entre les parties. Si les parties s'entendent expressément à conférer au tribunal arbitral la qualité d'amiable compositeur, celui-ci n'est pas tenu, dans ce cas, de se conformer aux règles de droit et statue selon les règles de justice et d'équité sur l'objet du litige.

**Article 327-19.** - Si, durant la procédure arbitrale, les parties s'entendent pour régler le litige, le tribunal met fin à la procédure arbitrale.

A la demande des parties le tribunal arbitral constate la fin de la procédure par une sentence rendue par accord des parties. Cette sentence produit le même effet que toute autre sentence arbitrale prononcée sur le fond de l'affaire.

Le tribunal arbitral ordonne la clôture de la procédure lorsqu'il constate que la poursuite de la procédure arbitrale est, pour toute autre raison, devenue superflue ou impossible.

**Article 327-20.** - Si la convention d'arbitrage ne fixe pas de délai à l'expiration duquel le tribunal arbitral doit avoir rendu sa sentence, la mission des arbitres prend fin six mois à compter du jour où le dernier arbitre accepte sa mission.

Le délai conventionnel ou légal peut être prorogé de la même période soit par accord des parties, soit par le président de la juridiction à la demande de l'une des parties ou du tribunal arbitral.

Si la sentence arbitrale n'est pas rendue dans le délai visé à l'alinéa ci-dessus, toute partie à l'arbitrage peut demander au président de la juridiction compétente de mettre fin à la procédure d'arbitrage par ordonnance. Chacune des parties peut alors saisir le tribunal initialement compétent pour connaître du litige.

**Article 327-21.** - Après accomplissement de la procédure d'investigation et

lorsqu'il estime que l'affaire est prête, le tribunal arbitral fixe la date à laquelle l'affaire sera mise en délibéré ainsi que la date du prononcé de la sentence.

Après cette date, aucune demande nouvelle ne peut être formée ni aucun moyen nouveau soulevé. Aucune nouvelle observation ne peut être présentée ni aucune nouvelle pièce produite, si ce n'est à la demande du tribunal arbitral.

### Sous-section III : De la sentence arbitrale

**Article 327-22.** - La sentence arbitrale est rendue, après délibération du tribunal arbitral, à la majorité des voix. Tous les arbitres doivent se prononcer en faveur ou contre le projet de sentence sous réserve des dispositions du 2<sup>e</sup> alinéa de l'article 327-16.

Les délibérations des arbitres sont secrètes.

**Article 327-23.** - La sentence arbitrale doit être écrite. Elle doit viser la convention d'arbitrage et contenir l'exposé succinct des faits, des prétentions des parties et leurs moyens respectifs, les pièces, l'indication des questions litigieuses résolues par la sentence ainsi qu'un dispositif statuant sur ces questions.

Elle doit être motivée, sauf si les parties en ont décidé autrement dans la convention d'arbitrage ou que la loi devant être appliquée à la procédure d'arbitrage n'exige pas la motivation de la sentence.

La sentence concernant un litige auquel est partie une personne de droit public doit toujours être motivée.

**Article 327-24.** - La sentence contient l'indication :

- 1 - du nom, nationalité, qualité et adresse des arbitres qui l'ont rendue ;
- 2 - de sa date ;
- 3 - du lieu où elle est rendue ;
- 4 - des nom, prénoms ou dénomination sociale des parties, ainsi que de leur domicile ou siège social. Le cas échéant, du nom des avocats ou de toute personne ayant représenté ou assisté les parties.

La sentence arbitrale doit fixer les honoraires des arbitres, les dépenses d'arbitrage et les modalités de leur répartition entre les parties. Si les parties et les arbitres ne se mettent pas d'accord sur la fixation des honoraires des arbitres, lesdits honoraires sont fixés par décision indépendante du tribunal arbitral. Cette décision est susceptible de recours devant le président de la



juridiction compétente dont la décision est définitive et non susceptible d'aucun recours.

**Article 327-25.** - La sentence arbitrale est signée par chacun des arbitres.

Et en cas de pluralité d'arbitres, si la minorité refuse de signer, les autres arbitres en font mention avec indication des motifs du refus de signature et la sentence a le même effet que si elle avait été signée par chacun des arbitres.

**Article 327-26.** - Dès qu'elle est rendue, la sentence arbitrale a la force de la chose jugée relativement à la contestation qu'elle tranche.

Toutefois, quand il s'agit d'un litige auquel est partie une personne morale de droit public, la sentence arbitrale n'acquiert la force de la chose jugée qu'en vertu d'une ordonnance d'exequatur. Dans ce cas, l'exequatur est requise par la partie la plus diligente devant le juge compétent en application de l'article 310 ci-dessus selon la procédure prévue à l'article 327-31 ci-après et avec les effets prévus aux articles 327-32 et suivants.

Les règles sur l'exécution provisoire des jugements sont applicables aux sentences arbitrales pour lesquelles l'exequatur n'est pas exigible.

**Article 327-27.** - Le tribunal arbitral délivre à chacune des parties une copie de la sentence arbitrale, dans un délai de sept jours à compter de son prononcé.

La publication de la sentence arbitrale ou d'extraits de celle-ci ne peut être effectuée qu'avec autorisation des parties à l'arbitrage

**Article 327-28.** - La sentence dessaisit le tribunal arbitral de la contestation qu'elle tranche.

Toutefois :

1 - Dans les trente jours qui suivent le prononcé de la sentence arbitrale, le tribunal arbitral peut d'office rectifier toute erreur matérielle, de calcul ou d'écriture ou toute erreur de même nature contenue dans la sentence ;

2 - Dans les trente jours qui suivent la notification de la sentence arbitrale, le tribunal arbitral, à la demande de l'une des parties et sans réouverture des débats, peut :

a) rectifier toute erreur matérielle, de calcul ou d'écriture ou toute erreur de même nature contenue dans la sentence ;

b) interpréter une partie déterminée de la sentence ;

c) rendre une sentence complémentaire relative à un chef de demande sur lequel il a été omis de statuer, sauf convention contraire des parties.

La requête est notifiée à l'autre partie qui disposera d'un délai de quinze jours pour présenter, le cas échéant, ses conclusions.

Le tribunal arbitral se prononce dans les trente jours de sa saisine s'il s'agit d'une sentence rectificative ou interprétative et dans les soixante jours s'il s'agit d'une sentence complémentaire.

**Article 327-29.** - Si le tribunal arbitral ne peut être à nouveau réuni, le pouvoir de rectifier, ou d'interpréter la sentence arbitrale appartient au président de la juridiction dans le ressort de laquelle est rendue la sentence arbitrale qui doit se prononcer dans un délai de trente jours par ordonnance non susceptible de recours.

**Article 327-30.** - La demande en vue de rectifier ou d'interpréter la sentence suspend l'exécution et les délais de recours jusqu'à la notification de la sentence rectificative ou interprétative.

La sentence rendue est considérée comme partie intégrante de la sentence initiale. Les dispositions de l'article 327-23 ci-dessus lui sont applicables.

**Article 327-31.** - La sentence arbitrale n'est susceptible d'exécution forcée qu'en vertu d'une ordonnance d'exequatur du président de la juridiction dans le ressort de laquelle la sentence a été rendue.

A cet effet, la minute de la sentence accompagnée d'un exemplaire de la convention d'arbitrage, avec une traduction, le cas échéant, en langue arabe, est déposée par l'un des arbitres ou par la partie la plus diligente au greffe de la juridiction dans les sept jours francs de son prononcé.

S'il a été compromis sur l'appel d'un jugement, la sentence arbitrale est déposée au greffe de la cour d'appel conformément aux dispositions de l'alinéa précédent et l'ordonnance d'exequatur est rendue par le premier président de cette juridiction.

**Article 327-32.** - L'exequatur est apposé sur la minute de la sentence arbitrale.

L'ordonnance qui accorde l'exequatur n'est susceptible d'aucun recours.

Toutefois, le recours en annulation prévu à l'article 327-36 ci-dessous emporte de plein droit, dans les limites de la saisine de la cour d'appel, recours contre l'ordonnance d'exequatur ou dessaisissement immédiat du président de la juridiction au cas où il n'aurait pas encore rendu son ordonnance.

**Article 327-33.** - L'ordonnance qui refuse l'exequatur doit être motivée.

Elle est susceptible d'appel, dans les formes ordinaires, dans le délai de quinze jours de sa notification. Dans ce cas, la cour d'appel connaît, à la demande des parties, des moyens que celles-ci auraient pu faire valoir contre la sentence arbitrale par la voie du recours en annulation.

La cour d'appel statue sur cet appel selon la procédure d'urgence.

**Article 327-34.** - La sentence arbitrale n'est susceptible d'aucun recours sous réserve des dispositions des articles 327-35 et 327-36 ci-dessous.

La sentence arbitrale peut faire l'objet d'une demande en rétractation, conformément aux dispositions de l'article 402 ci-après et ce, devant la juridiction qui aurait connu de l'affaire s'il n'y avait pas eu de convention d'arbitrage.

**Article 327-35.** - Les sentences arbitrales, même assorties de la décision d'exequatur, ne sont pas opposables aux tiers qui peuvent, toutefois, faire tierce opposition dans les conditions prévues par les articles 303 à 305 ci-dessus devant la juridiction qui aurait connu de l'affaire s'il n'y avait pas eu de convention d'arbitrage.

**Article 327-36.** - Nonobstant toute stipulation contraire, les sentences arbitrales peuvent faire l'objet d'un recours en annulation dans les formes ordinaires devant la cour d'appel dans le ressort de laquelle elles ont été rendues.

Ce recours est recevable dès le prononcé de la sentence ; il cesse de l'être s'il n'a pas été exercé dans les quinze jours de la notification de la sentence revêtue de l'exequatur.

Il n'est ouvert que dans les cas suivants :

1 . S'il a été statué en l'absence de convention d'arbitrage, sur convention nulle ou après expiration du délai d'arbitrage ;

2. Si le tribunal arbitral a été irrégulièrement composé, l'arbitre unique irrégulièrement désigné ou la convention des parties non respectée ;

3. Si le tribunal arbitral a statué sans se conformer à la mission qui lui avait été conférée, a statué sur des questions n'entrant pas dans le cadre de l'arbitrage ou a méconnu les limites de la convention. Cependant, s'il est possible de distinguer les parties de la sentence concernant les questions soumises à l'arbitrage de celles qui ne lui sont pas soumises, l'annulation ne porte que sur ces dernières ;

4. Lorsque les dispositions des articles 327-23 alinéa 2, 327-24 en ce qui concerne les noms des arbitres et la date de la sentence et 327-25 n'ont pas été observées ;

5. Lorsque l'une des parties n'a pas été en mesure d'assurer sa défense du fait qu'elle n'a pas été valablement informée de la désignation d'un arbitre, des procédures d'arbitrage ou pour toute autre raison relative au devoir du respect des droits de la défense ;

6. Si la sentence arbitrale est rendue en violation d'une règle d'ordre public.

7. Dans le cas de non respect des formalités de procédure convenues entre les parties ou de non application d'une loi devant être appliquée d'un commun accord entre elles à l'objet du litige.

La cour d'appel qui examine le recours en annulation prononce d'office l'annulation de la sentence arbitrale lorsqu'elle est contraire à l'ordre public du Royaume du Maroc ou si elle constate que l'objet du litige concerne une question qui ne peut être soumise à l'arbitrage.

La cour d'appel statue selon la procédure d'urgence.

Le délai pour exercer le recours en annulation suspend l'exécution de la sentence arbitrale.

Le recours exercé dans le délai est également suspensif.

**Article 327-37.** - Lorsque la cour d'appel annule la sentence arbitrale, elle statue sur le fond dans les limites de la mission du tribunal arbitral sauf si l'annulation est prononcée pour absence de convention d'arbitrage ou pour nullité de cette convention.

**Article 327-38.** - Lorsque la cour d'appel prononce l'irrecevabilité du recours en annulation, elle doit ordonner l'exécution de la sentence arbitrale. Son arrêt est définitif.

Les arrêts de la cour d'appel en matière d'arbitrage peuvent faire l'objet d'un pourvoi en cassation dans les formes ordinaires.

### Section II : De l'arbitrage international

**Article 327-39.** - La présente section s'applique à l'arbitrage international sans préjudice des dispositions des conventions internationales ratifiées par le Royaume du Maroc et publiées au « Bulletin officiel. »

**Article 327-40.** - Est international au sens de la présente section l'arbitrage qui

met en cause des intérêts du commerce international, et dont l'une des parties au moins a son domicile ou son siège à l'étranger.

Un arbitrage est international si :

1) Les parties à la convention d'arbitrage ont, au moment de la conclusion de ladite convention, leur établissement dans des Etats différents ; ou

2) Un des lieux ci-après est situé hors de l'Etat dans lequel les parties ont leur établissement :

a) le lieu de l'arbitrage, s'il est stipulé dans la convention d'arbitrage ou déterminé en vertu de cette convention ;

b) tout lieu où doit être exécutée une partie substantielle des obligations issues de la relation commerciale ou le lieu avec lequel l'objet du différend a le lien le plus étroit ;

ou

3) Les parties sont convenues expressément que l'objet de la convention d'arbitrage a des liens avec plus d'un pays.

Pour l'application des dispositions du 2e alinéa du présent article :

a) si une partie a plus d'un établissement, l'établissement à prendre en considération est celui qui a la relation la plus étroite avec la convention d'arbitrage ;

b) si une partie n'a pas d'établissement, sa résidence habituelle en tient lieu.

**Article 327-41.** - La convention d'arbitrage peut, directement ou par référence à un règlement d'arbitrage, désigner le ou les arbitres ou prévoir les modalités de leur désignation ainsi que celles de leur remplacement.

Si la constitution du tribunal arbitral se heurte à une difficulté et sauf clause contraire, la partie la plus diligente peut :

1. Au cas où l'arbitrage se déroule au Maroc, saisir le président de la juridiction qui sera amené par la suite à déclarer exécutoire la sentence arbitrale ;

2. Au cas où l'arbitrage se déroule à l'étranger et si les parties ont prévu l'application de la loi de procédure civile marocaine, saisir le président du tribunal de commerce de Rabat.

**Article 327-42.** - La convention d'arbitrage peut, directement ou par

référence à un règlement d'arbitrage, régler la procédure à suivre dans l'instance arbitrale.

Elle peut aussi soumettre celle-ci à la loi de procédure qu'elle détermine.

Dans le silence de la convention, le tribunal arbitral règle la procédure autant que de besoin, soit directement, soit par référence à une loi ou à un règlement d'arbitrage.

**Article 327-43.** - Lorsque l'arbitrage est soumis à la loi marocaine de procédure civile, les dispositions des sous - sections II et III de la section I du présent chapitre ne s'appliquent qu'à défaut de convention particulière et sous réserve des articles 327-41 et 327-42 ci-dessus.

**Article 327-44.** - La convention d'arbitrage détermine librement les règles de droit que le tribunal arbitral devra appliquer au fond du litige. A défaut de choix par les parties des règles de droit applicables, le tribunal arbitral tranche le litige conformément à celles qu'il estime appropriées.

Dans tous les cas, le tribunal arbitral tient compte des dispositions du contrat qui lie les parties et des coutumes et usages pertinents du commerce.

**Article 327-45.** - Le tribunal arbitral statue en amiable compositeur seulement si la convention des parties l'a investi de cette mission.

**Article 327-46.** - Les sentences arbitrales internationales sont reconnues au Maroc si leur existence est établie par celui qui s'en prévaut et si cette reconnaissance n'est pas contraire à l'ordre public national ou international.

Sous les mêmes conditions, elles sont déclarées reconnues et exécutoires au Maroc par le président de la juridiction commerciale dans le ressort de laquelle elles ont été rendues, ou par le président de la juridiction commerciale du lieu d'exécution si le siège de l'arbitrage est situé à l'étranger.

**Article 327-47.** - L'existence d'une sentence arbitrale est établie par la production de l'original accompagné de la convention d'arbitrage ou des copies de ces documents réunissant les conditions requises pour leur authenticité.

Si ces pièces ne sont pas rédigées en langue arabe, il doit être produit une traduction certifiée par un traducteur agréé près les juridictions,

**Article 327-48.** - L'ordonnance qui refuse la reconnaissance ou l'exécution est susceptible d'appel.

**Article 327-49.** - L'appel de l'ordonnance qui accorde la reconnaissance ou l'exécution n'est ouvert que dans les cas suivants :

1. le tribunal arbitral a statué sans convention d'arbitrage ou sur convention nulle ou après expiration du délai d'arbitrage ;
2. le tribunal arbitral a été irrégulièrement composé ou l'arbitre unique irrégulièrement désigné ;
3. le tribunal arbitral a statué sans se conformer à la mission qui lui avait été conférée ;
4. lorsque les droits de la défense n'ont pas été respectés ;
5. la reconnaissance ou l'exécution sont contraires à l'ordre public international ou national.

**Article 327-50.** - L'appel prévu aux articles 327-48 et 327-49 ci-dessus est porté devant la cour d'appel territorialement compétente à raison du siège de la juridiction dont relève le président de la juridiction. Il est formé dans le délai de quinze jours à compter de la notification de l'ordonnance.

La cour statue selon la procédure d'urgence.

**Article 327-51.** - La sentence rendue au Maroc en matière d'arbitrage international peut faire l'objet d'un recours en annulation dans les cas prévus à l'article 327-49 ci-dessus.

L'ordonnance qui accorde l'exécution de cette sentence n'est susceptible d'aucun recours. Toutefois, le recours en annulation emporte de plein droit, dans les limites de la saisine de la cour, recours contre l'ordonnance du président de la juridiction ou dessaisissement de ce président.

**Article 327-52.** - Le recours en annulation prévu à l'article 327-51 ci-dessus est porté devant la cour d'appel dans le ressort de laquelle la sentence a été rendue. Ce recours est recevable dès le prononcé de la sentence ; il cesse de l'être s'il n'a pas été exercé dans les quinze jours de la notification de la sentence déclarée exécutoire.

**Article 327-53.** - Le délai pour exercer les recours prévus aux articles 327-48, 327-49 et 327-51 ci-dessus suspend l'exécution de la sentence arbitrale.

Le recours exercé dans le délai est également suspensif, à moins que la sentence arbitrale ne soit assortie de l'exécution provisoire. Dans ce cas, l'autorité qui examine le recours peut surseoir à l'exécution si elle le juge justifié.

**Article 327-54.** - Les dispositions de l'article 327-37 ci-dessus ne s'appliquent pas au recours en annulation.

### Section III : De la médiation conventionnelle

**Article 327-55.** - Afin de prévenir ou de régler un différend, les parties peuvent convenir de la désignation d'un médiateur chargé de faciliter la conclusion d'une transaction mettant fin au différend.

**Article 327-56.** - La convention de médiation est le contrat par lequel des parties s'accordent pour désigner un médiateur chargé de faciliter la conclusion d'une transaction pour mettre fin au litige né ou à naître.

La convention de médiation, dans le respect des dispositions de l'article 62 du dahir du 9 ramadan 1331 (12 août 1913) formant code des obligations et des contrats, ne peut porter sur des questions exclues du champ d'application de la transaction et ne peut être conclue que sous les réserves, conditions ou limites posées pour la validité de la transaction en vertu des articles 1099 à 1104 du même dahir.

**Article 327-57.** - La convention de médiation peut être conclue après la naissance du litige. Elle est alors dénommée compromis de médiation.

Elle peut être contenue dans la convention principale. Elle est alors dénommée clause de médiation.

Elle peut intervenir en cours d'instance. Dans ce cas, elle est portée à la connaissance de la juridiction dans les plus brefs délais et interrompt la procédure.

**Article 327-58.** - La convention de médiation doit toujours être établie par écrit, soit par acte authentique ou sous-seing privé, soit par procès-verbal dressé devant le tribunal.

La convention de médiation est réputée établie par écrit lorsqu'elle est consignée dans un document signé par les parties ou dans un échange de lettres, de communications télex, de télégrammes ou de tout autre moyen de télécommunication qui en atteste l'existence, ou encore dans l'échange de conclusions en demande ou de conclusions en défense, dans lesquelles l'existence d'une telle convention est alléguée par une partie et n'est pas contestée par l'autre.

Le renvoi dans un contrat à un document contenant une clause de médiation vaut convention de médiation, à condition que ledit contrat soit sous forme écrite et que le renvoi soit tel qu'il fasse de la clause une partie non équivoque du contrat.



**Article 327-59.** - Le compromis de médiation est la convention par laquelle les parties à un litige déjà né soumettent celui-ci à un médiateur.

Le compromis peut être conclu même au cours d'une instance déjà engagée devant une juridiction.

**Article 327-60.** - Le compromis doit à peine de nullité :

1. déterminer l'objet du litige ;
2. désigner le médiateur ou prévoir les modalités de sa désignation.

Lorsque le médiateur qu'il désigne n'accepte pas la mission qui lui est confiée, les parties peuvent s'accorder sur le nom d'un autre médiateur. A défaut, le compromis est caduc.

**Article 327-61.** - La clause de médiation est la convention par laquelle les parties à un contrat s'engagent à soumettre à la médiation les litiges qui pourraient naître relativement à ce contrat.

**Article 327-62.** - La clause de médiation doit, à peine de nullité, être stipulée par écrit dans la convention principale ou dans un document auquel celle-ci se réfère. Sous la même sanction la clause de médiation doit, soit désigner le ou les médiateurs, soit prévoir les modalités de leur désignation.

**Article 327-63.** - La partie qui entend voir appliquer la clause de médiation en informe immédiatement l'autre partie et saisit le médiateur désigné de la clause.

**Article 327-64.** - La juridiction saisie d'un litige sur une question au sujet de laquelle les parties ont conclu une convention de médiation conformément aux dispositions de la présente section doit déclarer l'irrecevabilité jusqu'à épuisement de la procédure de médiation ou annulation de la convention de médiation.

Si le médiateur n'est pas encore saisi, la juridiction doit également déclarer l'irrecevabilité à moins que la convention de médiation ne soit manifestement nulle.

Dans les deux cas, la juridiction ne peut déclarer d'office l'irrecevabilité.

Dans le second cas, elle peut fixer à la demande de la partie qui l'a saisie le délai maximum au terme duquel la médiation doit avoir débuté sous peine de nullité de la convention.

**Article 327-65.** - La durée de la mission de médiation est initialement fixée par

les parties sans qu'elle puisse excéder un délai de trois mois à compter de la date à laquelle le médiateur a accepté sa mission. Les parties peuvent toutefois prolonger ce délai par un accord conclu dans les mêmes formes que celles retenues pour la convention de médiation.

**Article 327-66.** - Le médiateur est tenu à l'obligation du secret professionnel à l'égard des tiers dans les termes et sous les sanctions prévus par le Code pénal relatives au secret professionnel. Les constatations du médiateur et les déclarations qu'il recueille ne peuvent être évoquées devant le juge saisi du litige qu'avec l'accord des parties. Elles ne peuvent être utilisées dans une autre instance.

**Article 327-67.** - La médiation peut être confiée à une personne physique ou à une personne morale.

Dès que le médiateur a accepté la mission qui lui est confiée, il en avise les parties par lettre recommandée avec accusé de réception ou par l'intermédiaire d'un huissier de justice.

Le médiateur ne peut renoncer à sa mission qu'avec l'accord des parties ou lorsque le délai visé à l'article 327-65 ci-dessus est expiré sans que les parties ne soient parvenues à une transaction, ou d'ordre du juge dans les cas prévus à l'article 327-64 ci-dessus.

**Article 327-68.** - Le médiateur peut entendre les parties et confronter leurs points de vue pour leur permettre de trouver une solution au conflit qui les oppose.

Il peut, avec l'accord des parties et pour les besoins de la médiation, entendre les tiers qui y consentent.

Il peut, avec l'accord des parties, effectuer ou faire effectuer toute expertise de nature à éclairer le différend.

Au terme de sa mission, il propose aux parties un projet de transaction ou un compte rendu de ses activités.

Il en fait acte dans un document de transaction contenant les faits du litige, les modalités de son règlement, ses conclusions et ce qu'ont convenu les parties pour mettre un terme au litige.

Le document de transaction est signé par le médiateur et les parties.

En cas de non aboutissement à une transaction pour quelque cause que ce soit, le médiateur délivre aux parties le document de non transaction portant sa signature.

Sous réserve des dispositions de l'article 327-69 ci-dessous, la transaction à laquelle parviennent les parties est soumise pour sa validité et ses effets aux dispositions du titre IX du livre deuxième du dahir du 9 ramadan 1331 (12 août 1913) formant code des obligations et des contrats.

**Article 327-69.** - La transaction a, entre les parties, la force de la chose jugée et peut être assortie de la mention d'exequatur.

A cette fin, le président du tribunal territorialement compétent pour statuer sur l'objet du litige est compétent pour donner la mention d'exequatur.

#### Section IV : Dispositions diverses

**Article 327-70.** - Les dispositions du présent chapitre ne dérogent pas aux textes qui instituent des procédures spéciales d'arbitrage pour le règlement de certains litiges. »

Article 2 :

A titre transitoire, les dispositions du chapitre VIII du titre V du code de procédure civile précité, demeurent applicables :

- aux conventions d'arbitrage conclues avant la date d'entrée en vigueur de la présente loi ;

- aux instances arbitrales en cours devant les tribunaux arbitraux ou pendantes devant les juridictions à la date précitée jusqu' à leur règlement définitif et l'épuisement de toutes les voies de recours.

Article 3 :

Les dispositions du 4<sup>e</sup> alinéa de l'article 5 de la loi n° 53-95 instituant des juridictions de commerce sont modifiées comme suit :

« Article 5 (4<sup>e</sup> alinéa). - Les parties pourront convenir de soumettre les litiges prévus ci-dessus à la procédure d'arbitrage et de médiation conformément aux dispositions des articles 306 à 327-70 du code de procédure civile. »

## **ANNEXE 2 :**

# **Loi n° 95-17 relative à l'arbitrage et à la médiation conventionnelle**

publiée au BO 7099 du 13 juin 2022 et entrée en vigueur le 14 juin 2022

*Traduction non officielle préparée et fournie par Mme. Samia Ajouby*

# **Loi n° 95-17 relative à l'arbitrage et à la médiation conventionnelle**

## **Livre I L'arbitrage**

### **Titre I Définition et règles générales**

#### **Article 1**

Les termes employés ont le sens qui leur est donné ci-dessous :

- « Arbitrage » : le fait de soumettre un différend à un tribunal arbitral qui reçoit des parties la mission de trancher le litige sur la base d'une convention d'arbitrage ;
- « Tribunal arbitral » : l'arbitre unique ou plusieurs arbitres ;
- « Règlement d'arbitrage » : tout texte qui détermine une procédure spécifique qui doit être suivie en matière d'arbitrage ;
- « Arbitrage institutionnel » : Arbitrage organisé par un centre ou une institution d'arbitrage permanents ;
- « Arbitrage ad hoc » : arbitrage qui se déroule en dehors du cadre de l'arbitrage institutionnel ;
- « Sentence arbitrale » : la sentence rendue par un arbitre, un tribunal arbitral ou un centre d'arbitrage ;
- « Tribunal compétent » : le tribunal compétent pour régler le litige, s'il ne faisait pas l'objet d'une convention d'arbitrage entre ses parties ;
- « Le président du tribunal compétent » : le président du tribunal de grande instance ou le président du tribunal administratif de première instance, ou le président du tribunal de commerce de première instance, ou son représentant ;
- « Cour d'appel compétente » : la cour d'appel, la cour administrative d'appel ou la cour d'appel de commerce.

#### **Article 2**

La convention d'arbitrage est l'engagement des parties de recourir à l'arbitrage afin de résoudre un litige né ou susceptible de naître d'une relation juridique, contractuelle ou non contractuelle. La convention d'arbitrage prend la forme d'un compromis d'arbitrage ou d'une clause compromissoire.

#### **Article 3**

La convention d'arbitrage doit être conclue par écrit, soit dans un acte authentique ou sous seing privé, soit au moyen d'un procès-verbal dressé devant le tribunal arbitral désigné, soit par tout autre moyen convenu par les parties.

La convention d'arbitrage est réputée conclue par écrit, si elle figure dans un document signé par les parties ou dans un échange de lettres, télégrammes ou tout autre moyen de communication écrit ou par courrier électronique établi conformément aux textes légaux en vigueur, ou par l'échange de conclusions des parties ou une défense dans laquelle l'un d'eux

plaide devant le tribunal arbitral, la présence d'un accord d'arbitrage sans que cela soit contesté par l'autre partie.

Est considérée comme convention d'arbitrage écrite toute référence expresse dans un contrat écrit aux dispositions d'un contrat type ou d'un accord international, ou à tout autre document incluant une clause d'arbitrage, si cette référence est claire en ce qu'elle considère cette clause comme faisant partie du contrat.

#### **Article 4**

Un compromis d'arbitrage est un accord par lequel les parties à un litige né entre elles s'engagent à soumettre ce différend au tribunal arbitral.

Le compromis d'arbitrage peut être conclu même s'il y a un litige en cours devant le tribunal.

S'il a été convenu de soumettre le litige à l'arbitrage lors de son examen par le tribunal compétent, celui-ci renvoie les parties à l'arbitrage. Ce jugement est considéré comme une convention d'arbitrage écrite.

Le tribunal prend acte, dans ce cas, de l'accord des parties au différend à recourir à l'arbitrage.

#### **Article 5**

Le compromis d'arbitrage doit, à peine de nullité, préciser l'objet du litige.

Le compromis d'arbitrage comprend également toutes les données relatives à l'identification de chaque partie, son adresse et son domicile, ainsi que son adresse électronique.

Le compromis d'arbitrage est caduc s'il comporte la nomination du tribunal arbitral et que l'un des deux arbitres a refusé d'accomplir la tâche qui lui était assignée ou n'a pas pu le faire, à moins que les parties ne conviennent de le remplacer.

La même disposition s'applique à l'arbitre unique.

#### **Article 6**

La clause compromissoire est l'accord par lequel les parties à un contrat s'engagent à soumettre à l'arbitrage tout ou partie des différends qui pourraient naître dudit contrat, et s'y rapportant.

#### **Article 7**

A peine de nullité, la clause compromissoire doit être prévue par écrit dans le contrat initial ou dans un document qui y fait référence sans ambiguïté.

#### **Article 8**

La clause compromissoire est indépendante des autres clauses du contrat. La nullité, l'annulation, la résiliation, la révocation, le terme, la caducité ou la cessation de ses effets pour quelque cause que ce soit, n'a aucun effet sur la clause compromissoire qu'il contient, si cette clause est valable.

### **Article 9**

Il ne résulte pas de l'introduction d'une action en justice devant la juridiction compétente, ni des prétentions relatives à la nullité, l'annulation, la résiliation, le terme, la caducité ou la cessation des effets du contrat initial pour quelque raison que ce soit, l'interruption de la procédure d'arbitrage, et il revient au tribunal arbitral de trancher la question de la validité du contrat initial ou sa nullité.

### **Article 10**

L'arbitrage est soit ad hoc, soit institutionnel.

Dans le cas d'un arbitrage ad hoc, le tribunal arbitral a la charge de l'organiser en précisant la procédure à suivre, sauf accord différent des parties, ou choix d'un règlement d'arbitrage spécifique.

Lorsque l'arbitrage est soumis à une institution arbitrale, celle-ci a la charge de son organisation et veille à son bon déroulement conformément à son règlement.

Dans tous les cas, les règles relatives aux droits de la défense seront respectées.

### **Article 11**

La mission d'arbitre ne peut être confiée qu'à une personne physique disposant de la pleine capacité, ayant un minimum d'expérience et de compétence scientifique, qui le qualifie pour exercer la mission de l'arbitrage, qui n'a jamais fait l'objet d'un jugement ayant force de la chose jugée la condamnant pour des faits contraires à l'honneur, à l'intégrité ou la moralité publique, ou d'une sanction disciplinaire qui a donné lieu à sa révocation d'une fonction officielle, ou de l'une des sanctions financières prévues par le titre VII du livre V de la loi numéro 15/95 relative au code de commerce, ou de sa privation de la capacité d'exercice du commerce ou de l'un de ses droits civiques.

Si une personne morale est désignée dans la convention, cette personne bénéficie uniquement du pouvoir d'organiser l'arbitrage et d'en assurer le bon déroulement sans pouvoir de trancher le litige, qui est confié à un tribunal arbitral composé d'une ou plusieurs personnes physiques.

### **Article 12**

Sous réserve des dispositions de l'article 13 ci-dessous, les personnes physiques qui accomplissent de manière habituelle et en tant que profession des missions d'arbitrage, à titre individuel ou dans le cadre d'une personne morale, doivent être inscrits sur la liste d'arbitres.

Les modalités de tenue de la liste et les conditions d'inscription et de radiation sont prévues par un texte réglementaire selon lequel seules les personnes ayant une expérience et une compétence scientifique y sont inscrites.

### **Article 13**

Les parties au différend peuvent désigner le tribunal arbitral en dehors de la liste prévue à l'article 12 ci-dessus, comme le Président du tribunal compétent peut nommer, si nécessaire, un ou plusieurs arbitres extérieurs à ladite liste, après convocation des parties.

### **Article 14**

Toutes les personnes ayant la pleine capacité, qu'elles soient physiques ou morales, peuvent conclure une convention d'arbitrage pour régler les différends découlant des droits dont ils ont la libre disposition, dans les limites et conformément aux procédures et règles stipulées dans la présente loi, et dans le respect des exigences du Dahir publié le 9 Ramadan 1331 (12 août 1913) formant code des obligations et des contrats, tel que modifié et complété, notamment dans son article 62.

### **Article 15**

Une convention d'arbitrage ne peut être conclue pour le règlement de litiges résultant de l'état et la capacité des personnes ou des droits personnels qui ne peuvent faire l'objet de commerce.

### **Article 16**

Ne peuvent faire l'objet d'un arbitrage les litiges liés aux décisions unilatérales de l'Etat, les collectivités territoriales ou autres organismes bénéficiaires de privilèges de la puissance publique.

Toutefois, les litiges financiers qui en résultent peuvent faire l'objet d'une convention d'arbitrage, sauf en ce qui concerne l'application d'une loi fiscale.

Les litiges liés à des contrats conclus par l'État ou les collectivités territoriales peuvent faire l'objet d'une convention d'arbitrage dans le respect des dispositions spéciales de contrôle prévues par les textes législatifs ou réglementaires en vigueur pour les contrats concernés.

Le non-respect des exigences particulières visées à l'alinéa précédent, n'ont aucun effet sur la validité de la convention d'arbitrage.

### **Article 17**

L'entreprise publique soumise à la loi sur les sociétés commerciales et les établissements publics et les services publics peut conclure des conventions d'arbitrage.

### **Article 18**



Lorsqu'un différend porté devant un tribunal arbitral sur la base d'une convention d'arbitrage, est soumis à un tribunal étatique, ce dernier doit déclarer l'irrecevabilité jusqu'à épuisement de la procédure d'arbitrage ou nullité de la convention arbitrage.

Si le différend n'a pas encore été soumis au tribunal arbitral, le tribunal compétent doit également prononcer l'irrecevabilité.

Dans les deux cas, le défendeur doit soulever l'irrecevabilité avant toute défense au fond, et le tribunal compétent ne doit pas déclarer l'irrecevabilité d'office.

Le tribunal compétent doit trancher la question de l'irrecevabilité soulevée dans le cadre des dispositions du présent article dans un jugement indépendant et avant de trancher le fond, et ce jugement indépendant ne peut faire l'objet de recours qu'avec le jugement sur le fond.

Les moyens fondant le rejet de l'exequatur ou le recours en nullité ou la révision ne peuvent être soulevés pour la première fois devant le tribunal compétent, s'il était possible pour l'une des parties de les soulever devant le tribunal arbitral avant le prononcé de la sentence arbitrale.

## **Article 19**

La convention d'arbitrage n'empêche aucune partie de recourir au juge des référés, que ce soit avant le début de la procédure arbitrale ou pendant son déroulement, pour demander que toute mesure temporaire ou conservatoire soit prise conformément aux dispositions du code de procédure civile, et il est possible de renoncer à ces procédures selon les mêmes conditions.

## **Titre II L'arbitrage interne**

### **Chapitre I Le tribunal arbitral**

#### **Section I La constitution du tribunal arbitral**

## **Article 20**

Le tribunal arbitral est composé d'un ou plusieurs arbitres, les parties étant libres de déterminer leur nombre et la procédure de leur nomination, y compris le président, soit dans la convention d'arbitrage, soit par référence au règlement d'arbitrage de l'institution choisie.

Si les parties ne trouvent pas un accord sur le nombre d'arbitres, le nombre est de trois, dans le respect des dispositions de l'article 22 après celui-ci.

S'il y a plusieurs arbitres, leur nombre doit être impair, à défaut de quoi l'arbitrage est nul.

## **Article 21**

S'il est établi que l'arbitre ou les deux arbitres désignés dans la convention d'arbitrage ne répondent pas aux conditions prévues par la présente loi pour l'exercice de cette mission, ou

qu'un autre motif empêche la constitution du tribunal arbitral, la nomination d'un arbitre ou de nouveaux arbitres a lieu soit par accord des parties, soit conformément à l'article 22 ci-après.

### **Article 22**

Si les parties désignent un nombre impair d'arbitres, la formation doit être complétée par un arbitre choisi sur accord des parties, ou à défaut, par ordonnance du président du tribunal compétent après convocation des parties, désignant un arbitre conformément aux dispositions des articles 12 et 13 ci-dessus.

En cas d'arbitrage institutionnel, la composition du tribunal arbitral doit être complétée selon ce qui est prévu par l'institution d'arbitrage choisie.

### **Article 23**

Si le tribunal arbitral n'a pas été préalablement désigné, ainsi que le mode et la date du choix des deux arbitres, ou si les parties n'étaient pas d'accord à ce sujet, les procédures suivantes doivent être suivies :

- 1 - Si le tribunal arbitral est composé d'un arbitre unique, le président du tribunal compétent désigne cet arbitre à la demande de l'une des parties ;
- 2- Si le tribunal arbitral est composé de trois arbitres, chacune des parties désigne un arbitre et les deux arbitres conviennent de nommer le troisième arbitre, et si l'une des parties ne désigne pas son arbitre dans les quinze jours suivant la réception d'une demande en ce sens de l'autre partie, le président du tribunal compétent procède à sa nomination, à la demande de l'une ou l'autre des parties, et en l'absence d'accord des deux arbitres sur le choix du troisième arbitre dans les quinze jours à compter de la date de nomination du dernier d'entre eux, le président de la juridiction compétente le nomme, par ordonnance non susceptible de recours, à la demande de l'une des parties, de l'un des arbitres, ou les deux à la fois, et la présidence du tribunal arbitral appartient à l'arbitre qui a été choisi par les deux arbitres désignés ou qui a été désigné par le président du tribunal compétent ;
- 3- En présence d'une multiplicité des parties en demande ou en défense, et en cas de désaccord des membres de l'un des groupes sur la désignation d'un seul arbitre, dans un délai de quinze jours suivant leur réception d'une demande en ce sens de l'autre partie, le président du tribunal compétent désigne l'arbitre sur demande de l'une des parties ;
- 4- L'application des diligences mentionnées au point 2 ci-dessus, si le tribunal arbitral est composé de plus de trois arbitres ;
- 5- Le président du tribunal compétent doit tenir compte des conditions prévues à la présente loi dans le choix de l'arbitre, et celles convenues par les parties, ainsi que la langue de l'arbitrage, par ordonnance non susceptible de recours rendue après convocation des parties.

Le président du tribunal compétent statue à la demande de l'une des parties ou de l'un des arbitres, dans toutes les difficultés relatives à la formation du tribunal arbitral, peu importe qui a procédé à la nomination. Son jugement est non susceptible de recours.

## **Section II La récusation du tribunal arbitral**

## **Article 24**

Il est possible de récuser l'arbitre dans les cas suivants :

- En présence d'un jugement de condamnation à l'encontre de l'arbitre ayant force de la chose jugée, pour l'un des actes prévus à l'article 11 ci-dessus ;
- En présence d'un intérêt personnel direct ou indirect dans le litige pour l'arbitre ou son conjoint, ascendants ou descendants ;
- L'existence d'une parenté ou d'une affinité entre l'arbitre ou son épouse et l'une des jusqu'au quatrième degré, ou entre l'arbitre et l'un des conseils des parties ;
- L'existence d'un procès en cours ou d'un procès clos depuis moins de deux ans entre l'une des parties et l'arbitre, son conjoint, son ascendant ou descendant, ou entre l'arbitre et l'un des conseils des parties ;
- L'existence d'un lien de dépendance entre l'arbitre, son conjoint, ses ascendants ou descendants et l'une des parties, ou son conjoint, ses ascendants ou descendants, ou entre l'arbitre et l'un des conseils des parties ;
- L'existence d'une apparente amitié ou inimitié entre l'arbitre et l'une des parties, ou entre l'arbitre et l'un de leurs conseils ;
- Le fait que l'arbitre soit créancier ou débiteur de l'une des parties ou l'un de leurs conseils ;
- Le fait que l'arbitre ait été partie adverse ou représentant d'autrui, ou assisté comme témoin, dans le litige soumis au tribunal arbitral ;
- Son comportement en tant que représentant légitime ou représentant légal de l'une des parties ou de l'un de leurs conseils, selon le cas ;

Ne sont pas considérés comme motifs de récusation :

- Les relations professionnelles existant entre l'arbitre et le représentant de l'une des parties au litige ;
- Les relations existant entre les arbitres membres du tribunal arbitral ;
- Les différends nés entre l'arbitre et l'une des parties dans le cadre d'un différend arbitral clos.

## **Article 25**

L'arbitre qui a connaissance d'une cause de récusation le concernant doit en informer les parties, et il ne doit accepter sa mission qu'après leur accord exprès ou après l'expiration du délai de récusation prévu à l'article 26 ci-dessous, sans qu'elles ne procèdent à sa récusation.

## **Article 26**

Le demandeur en récusation soumet sa demande écrite à l'arbitre objet de la récusation, dans un délai de huit jours à compter de sa connaissance de la composition du tribunal arbitral ou des causes de récusation, si l'arbitre ne procède pas à sa récusation dans un délai ne dépassant pas trois jours depuis la présentation de la demande, il convient pour le demandeur en récusation de présenter la demande au président du tribunal compétent dans le ressort duquel se trouve le siège de l'arbitrage ou dans lequel se trouve le domicile ou le lieu de résidence de l'arbitre récusé dans le cas où les parties n'auraient pas déterminé le siège de l'arbitrage.

Le président de la juridiction compétente ou son substitut statue ensuite sur la demande après convocation des parties et de l'arbitre objet de la demande de récusation dans le délai dix jours par ordonnance non susceptible de recours.

Une deuxième demande de récusation dans le même arbitrage, contre le même arbitre, pour la même cause ou pour une cause que la partie connaissait avant la présentation de la première demande de récusation est irrecevable.

En cas de récusation d'un arbitre les diligences d'arbitrage auxquelles il a participé sont considérées n'avoir jamais existé, y compris la sentence arbitrale.

### **Article 27**

Si l'arbitre est incapable d'accomplir sa mission, ne l'exécute pas, cesse de l'exécuter ou tarde à l'accepter sans excuse acceptable, ce qui entraîne des retards dans la procédure d'arbitrage, et qu'il n'a pas démissionné et que les parties n'ont pas convenu de le révoquer, le président du tribunal compétent peut, sur demande de l'une des parties, mettre fin à sa mission par révocation, dans le cadre d'une ordonnance non susceptible de recours.

La mission de l'arbitre prend fin dans ce cas dès le prononcé de l'ordonnance de révocation.

Dans ce cas, l'ordonnance de révocation désigne un nouvel arbitre pour remplacer l'arbitre révoqué.

La procédure d'arbitrage prend fin lorsque la mission d'un arbitre s'achève pour quelque raison que ce soit, jusqu'à ce que l'arbitre désigné accepte la mission d'arbitrage, à la place de l'arbitre dont la mission a pris fin.

### **Article 28**

Un arbitre ne peut être révoqué sans le consentement de toutes les parties, dans le respect des conditions prévues à l'article 11 ci-dessus, et la mission prend fin par révocation dès information de l'arbitre de l'ordonnance.

Dans ce cas, un autre arbitre sera désigné selon les mêmes règles applicables pour la désignation de l'arbitre dont la mission a pris fin.

### **Article 29**

La demande de récusation ou de révocation de l'un des arbitres, présentée au président du tribunal compétent, interrompt la procédure d'arbitrage d'office jusqu'au ce qu'il soit statué sur cette demande, sauf acceptation de l'arbitre de renoncer à sa mission.

Les difficultés résultant de la récusation ou la révocation de l'un des arbitres sont portées devant le président du tribunal compétent qui a statué sur ces questions, après convocation des parties et de l'arbitre objet de la demande de récusation, par une ordonnance non susceptible de recours.

### **Article 30**

La composition du tribunal arbitral n'est considérée comme complète qu'après acceptation par l'arbitre ou les arbitres concernés

L'acceptation écrite de la mission résulte de la signature de la convention d'arbitrage ou de la rédaction d'un document de début de mission.

L'arbitre qui a accepté sa mission doit le divulguer par écrit lors de son acceptation toute circonstance pouvant faire douter de son impartialité et de son indépendance.

Les arbitres doivent déclarer l'acceptation de la mission dans les quinze jours de la date de leur notification de l'identité des arbitres désignés.

Tout arbitre doit continuer à exercer sa mission jusqu'à la fin, et il ne peut, après l'avoir accepté, sous peine d'engager sa responsabilité civile, démissionner sans motif légitime. Il en avise les parties en mentionnant les raisons de son abandon.

### **Article 31**

Les arbitres sont tenus de garder le secret professionnel sous peine d'application des dispositions prévues par le code pénal.

## **Section III Les procédures et demandes incidentes**

### **Article 32**

Le procédure d'arbitrage commence à partir du jour où la formation du tribunal arbitral est terminée, à moins que les parties ne conviennent autrement.

Le tribunal arbitral doit, avant d'examiner le fond, rendre une ordonnance, soit d'office, soit à la demande de l'une des parties, sur la validité ou les limites de ses compétences et la validité de la convention d'arbitrage.

Cette ordonnance peut faire l'objet d'un recours dans un délai de quinze jours à compter de la date de sa délivrance, devant le président du tribunal compétent, après convocation des parties, qui rend une ordonnance non susceptible de recours.

### **Article 33**

Le tribunal arbitral détermine les modalités de la procédure d'arbitrage qu'il juge appropriées, dans le respect des dispositions de la présente loi sans être tenu d'appliquer les règles prévues devant les tribunaux, à moins que les parties n'en conviennent autrement dans la convention d'arbitrage.

Le tribunal arbitral peut, pendant la procédure, modifier les règles mises en place.

Les parties à l'arbitrage peuvent convenir du lieu de l'arbitrage au sein du Royaume du Maroc ou en dehors de celui-ci, et à défaut d'accord, le tribunal arbitral détermine le lieu de l'arbitrage, compte tenu des circonstances de l'affaire et du lieu de résidence du défendeur ou des défendeurs en arbitrage lorsqu'ils sont plusieurs, et cela n'empêche pas le tribunal arbitral de se réunir en tout autre lieu qu'il considère adéquat pour la conduite de diligences d'arbitrage, comme l'audition des parties au différend, des témoins, des experts ou l'examen de documents, ou le constat de biens ou de fonds, ou la délibération entre ses membres ou autres diligences.

En cas d'empêchement des arbitres, le tribunal arbitral peut, si nécessaire, et avec l'accord des parties, tenir une réunion à distance, en utilisant les technologies de communication modernes.

Les parties à l'arbitrage seront traitées sur un pied, chacun ayant la possibilité complète et égale d'exposer le litige, ses moyens, ses demandes et l'exercice de son droit à la défense.

### **Article 34**

L'arbitrage se déroule en langue arabe, à moins que les parties n'en conviennent autrement.

La langue de l'arbitrage s'applique aux déclarations, à la correspondance et aux notes écrites et documents, preuves, plaidoiries et audiences et réunions, et sur toute sentence, décision ou ordonnance rendue par le tribunal arbitral, sauf accord contraire des parties ou décision contraire de ce dernier.

Le tribunal arbitral peut demander d'office ou sur demande des parties ou leurs représentants, la traduction des pièces qui lui sont soumises dans la langue de l'arbitrage par un traducteur assermenté par les tribunaux.

Au tribunal arbitral, quelle que soit la langue de l'arbitrage, et dans tous cas, de décider de rendre des sentences arbitrales, des décisions et des ordonnances en langue arabe, sauf objection expresse des parties, avant la formation du tribunal arbitral, sans que le simple accord sur la langue de l'arbitrage ne puisse être considéré comme une objection.

### **Article 35**

Le demandeur en arbitrage doit présenter la requête sous la forme écrite ou de manière électronique, dans le cadre des délais convenus entre les parties ou définis par le tribunal arbitral, en indiquant ses nom, adresse et le nom du défendeur et son adresse, et un exposé des faits de l'affaire, ainsi que l'objet du litige et ses demandes.

Cette requête est accompagnée de tous documents et toutes preuves à son soutien, et les autres parties sont notifiées par tous moyens.

### **Article 36**

Le défendeur à l'arbitrage dépond par des mémoires écrits ou adressés par les moyens électroniques qui contiennent tous ses moyens de défense et ses demandes reconventionnelles ou incidentes accompagnés de tous documents et toutes preuves.

Le tribunal arbitral procède à toutes les mesures d'instruction, y compris audition de témoins, désignation d'experts ou toute autre procédure.

Le tribunal arbitral peut également entendre chaque personne chaque fois qu'elle y voit un intérêt.

L'audition devant le tribunal arbitral doit se dérouler selon les règles applicables à la procédure.

Les parties peuvent désigner une personne pour les représenter ou les assister.

#### **Article 42**

Le tribunal arbitral peut, sauf accord contraire, prendre, à la demande de l'une des parties, toute mesure provisoire ou conservatoire qu'elle jugera utile dans les limites de sa mission.

Si la personne à qui l'ordonnance a été délivrée ne l'exécute pas, la partie à qui l'ordonnance a été délivrée peut recourir au président du tribunal compétent pour obtenir une ordonnance sur demande pour exécution.

#### **Article 43**

Les arbitres, s'il y en a plusieurs, participent tous à tous les travaux et toutes les opérations d'arbitrage et à la rédaction des procès-verbaux, à moins que les parties ne les autorisent à déléguer la tâche à l'un d'entre eux.

L'arbitre-président peut d'office, sur requête de l'un des parties, statuer sur diligences procédurales liées au litige, sauf opposition des parties ou des arbitres.

#### **Article 44**

Le tribunal arbitral est compétent pour statuer sur toutes les questions et tous les moyens dont dépend sa décision sur les demandes qui lui sont présentées.

Si au cours de la procédure d'arbitrage, une question ne relevant pas de la compétence du tribunal a été soulevée, ou si un document produit a été attaqué en faux, et que l'action publique a été engagée devant la juridiction de jugement, le tribunal arbitral peut poursuivre la procédure arbitrale s'il estime que la question n'est pas nécessaire pour trancher le litige, dans le cas contraire, il suspend la procédure jusqu'au prononcé d'un jugement ayant force de la chose jugée sur l'action en faux, et il en résulte la suspension des diligences d'arbitrage et la suspension du délai d'arbitrage à partir du jour où l'action publique a été engagée.

#### **Article 45**

Le tribunal arbitral applique à l'objet du litige les règles de droit convenues par les parties.

Si les parties ne s'entendent pas sur les règles de droit applicables au litige, le tribunal arbitral applique les règles de fond qui ont le plus de lien avec le litige, et elle doit dans tous les cas se tenir aux dispositions du contrat objet du litige, et respecter les usages et coutumes ainsi que ce qui est communément pratiqué par les parties.

#### **Article 46**

Si les parties conviennent expressément de déléguer au tribunal arbitral un pouvoir d'amiable compositeur, le Tribunal statue sur l'objet du litige sur la base des règles de justice et d'équité.

#### **Article 47**

Si les parties conviennent, au cours de la procédure arbitrale, de régler le différend à l'amiable, le tribunal arbitral met fin au litige en établissant les modalités de règlement amiable dans le cadre d'une sentence arbitrale.

Cette sentence aura le même effet que toute autre sentence arbitrale émise sur le fond du litige.

Le tribunal arbitral met fin à la procédure d'arbitrage s'il constate que la poursuite de la procédure d'arbitrage est devenue inutile ou impossible, pour une raison quelconque.

#### **Article 48**

Si la convention d'arbitrage ne précise pas de délai pour que le tribunal arbitral rende la sentence, la mission des arbitres prend fin dans un délai de six mois depuis le jour où le dernier arbitre a accepté sa mission.

La durée contractuelle ou légale peut être prolongée pour la même période sur accord des parties, et en l'absence d'accord, le délai est prolongé pour la même période, selon les spécificités du litige, par une ordonnance motivée non susceptible de recours, émise par le président du tribunal compétent, après convocation des parties, et sur la base d'une demande de l'un d'entre eux ou sur demande du tribunal arbitral.

Si la sentence arbitrale n'a pas été rendue dans le délai visé au paragraphe ci-dessus, il est permis à chacune des parties de demander au président du tribunal compétent de rendre une ordonnance, non susceptible de recours, pour mettre fin à la procédure d'arbitrage, sauf si le retard est dû à cette partie et les parties à l'arbitrage peuvent par la suite introduire une action devant le tribunal compétent pour trancher le litige.

#### **Article 49**

Le tribunal arbitral, à l'issue de la procédure, lorsqu'elle considère le dossier prêt, détermine la date de mise en délibéré, ainsi que la date du prononcé de la sentence. Elle peut changer cette date selon les circonstances à condition de respecter le délai de la procédure d'arbitrage.

Sans préjudice des dispositions de l'article 47 ci-dessus, les parties ne peuvent, après mise en délibéré du dossier, introduire une nouvelle demande ou soulever tout nouveau moyen ou



émettre une nouvelle observation, ou soumettre un nouveau document, sauf demande émanant du tribunal arbitral.

## **Titre II La sentence arbitrale**

### **Article 50**

La sentence arbitrale est rendue à la majorité des voix après délibération de la formation arbitrale, et tous les arbitres doivent voter en faveur du projet de sentence ou contre lui.

En cas de votes multiples, l'avis du président du tribunal prévaut, et l'opinion dissidente peut être incluse dans un procès-verbal distinct.

Les délibérations des arbitres sont confidentielles.

Chacun des arbitres signe la sentence arbitrale.

Si l'un des arbitres a refusé de signer ou n'a pas pu signer pour quelque raison que ce soit, les autres arbitres y font référence dans la sentence arbitrale en indiquant les raisons et la sentence a le même effet que si elle avait été signée par tous les arbitres.

### **Article 51**

La sentence est rendue par écrit sur support papier ou électronique, en faisant référence à la convention d'arbitrage, et comprendra les éléments suivants :

- La date et le lieu de la sentence ;
- Les noms des arbitres qui l'ont rendue, leurs nationalités, leurs qualités et leurs domiciles réels ou élus, leurs adresses électroniques ;
- Les noms et prénoms des parties et leurs domiciles réels ou élus, les noms de leurs ;
- Si l'une des parties est une personne morale de droit public ou de droit privé, le jugement doit comporter sa dénomination, sa forme juridique, son siège administratif ou social, selon le cas ;
- Un exposé succinct des faits et des prétentions des parties et des éléments de preuve présentés, et les points qui ont été jugés.

La sentence arbitrale doit être motivée, à moins que les parties n'en conviennent autrement dans la convention d'arbitrage ou dans le cadre de la procédure d'arbitrage, ou que le droit applicable à la procédure d'arbitrage n'exige pas la motivation de la sentence.

La sentence arbitrale doit également être motivée, chaque fois que l'une de ses parties est une personne de droit public.

### **Article 52**

La sentence arbitrale comprend la fixation des honoraires des arbitres, les frais d'arbitrage et leur répartition entre les parties.

A défaut d'accord entre les parties et les arbitres pour fixer les honoraires, ils font l'objet de fixation par le tribunal arbitral par une décision indépendante.

La décision relative à la fixation des honoraires des arbitres est notifiée par le tribunal arbitral par tous les moyens de notification disponibles.

La décision fixant les honoraires est susceptible de recours, dans un délai de quinze jours à compter de la date de sa réception, devant le président du tribunal compétent qui rend une ordonnance qui ne peut pas faire l'objet de recours.

### **Article 53**

Les sentences des arbitres émises dans les conditions prévues à la présente loi ont autorité de la chose jugée en ce qui concerne le litige tranché, et il elles sont exécutoires, sous réserve des dispositions de la présente loi.

Les règles relatives à l'exécution provisoire des décisions de justice s'appliquent aux sentences arbitrales qui ne font pas l'objet d'une demande d'exequatur.

### **Article 54**

Le tribunal arbitral remet à chacune des parties une copie de la sentence arbitrale dans un délai de sept jours à compter de la date de son prononcé.

Il n'est pas permis de publier la sentence ou une partie de celle-ci sans le consentement des parties à l'arbitrage.

### **Article 55**

La sentence arbitrale met fin à la mission du tribunal arbitral à l'égard du différend tranché.

Toutefois, il est possible de rectifier toute erreur matérielle ou erreur de calcul mentionnée dans la sentence arbitrale après convocation des parties, soit :

- a) d'office par le tribunal arbitral, dans un délai de trente jours après le prononcé de la sentence arbitrale ;
- b) à la demande de l'une des parties dans un délai de quinze jours à compter de la date de notification de la sentence arbitrale.

Les parties peuvent également présenter une demande d'interprétation de la sentence arbitrale conformément aux mêmes conditions que ci-dessus ;

Le tribunal arbitral peut, à la demande de l'une des parties, émettre une sentence arbitrale complémentaire dans un délai de soixante jours à compter de la date de notification de la sentence arbitrale, concernant une demande sur laquelle il a été omis de statuer, après convocation des parties ;

Si le tribunal arbitral ne statue pas sur la demande dans le délai indiqué, les dispositions de l'article 56 ci-dessous trouvent application ;

La sentence arbitrale originale sera déposée avec une copie de la convention d'arbitrage au greffe du tribunal compétent par le tribunal arbitral ou l'un des arbitres ou la partie la plus diligente dans un délai de quinze jours suivant la date de sa délivrance.

#### **Article 56**

En cas d'empêchement du tribunal arbitral de se réunir à nouveau, la question est renvoyée au président du tribunal compétent, à la demande de l'une des parties.

Le président statue sur la demande dans un délai de trente jours par ordonnance non susceptible de recours, après convocation des parties.

La sentence arbitrale rendue à cet égard est considérée comme faisant partie intégrante de la sentence arbitrale originale et les dispositions de l'article 50 ci-dessus lui sont applicables.

La partie lésée par le défaut du tribunal arbitral de se prononcer à nouveau sur la demande de rectification d'une erreur matérielle ou interprétation de la sentence arbitrale, le recours contre le tribunal arbitral ou l'arbitre en cause selon les règles de responsabilité civile, pour réparation du préjudice subi.

#### **Article 57**

Les demandes introduites conformément aux articles 55 et 56 de la présente loi sont suspensives de l'exécution de la sentence arbitrale et des délais de recours jusqu'à la notification des jugements rendus en conséquence, ou l'ordonnance rendue par le président du tribunal compétent, selon le cas.

Une demande de sentence arbitrale complémentaire relative à une demande d'omission est suspendue. En décidant, les délais de recours jusqu'à la notification de la sentence arbitrale référée ou jugement rendu dans le cadre de la procédure d'appel en révision, dépendent de la situation.

La sentence arbitrale rendue à cet égard est considérée comme faisant partie intégrante de la sentence arbitrale originale et les exigences de l'article 50 ci-dessus lui sont applicables.

#### **Article 58**

La sentence arbitrale n'accepte aucun recours, sous réserve des dispositions des articles 59, 60 et 61 de la présente loi.

#### **Article 59**

La sentence arbitrale peut faire l'objet d'un recours en révision, selon les conditions prévues par le code de procédure civile, devant la Cour d'Appel compétente, comme s'il n'y avait pas de convention d'arbitrage.

## **Article 60**

La sentence arbitrale même revêtue de l'exequatur n'est pas opposable aux tiers et ils peuvent s'y opposer dans le cadre du recours en opposition, selon les conditions prévues au code de procédure civile devant le tribunal compétent comme s'il n'y avait pas de convention d'arbitrage.

## **Article 61**

Nonobstant toute disposition contraire, les sentences arbitrales sont susceptibles d'appel en nullité devant la cour d'appel compétente, dans le ressort de laquelle elles ont été prononcées, selon les règles courantes.

Ce recours peut être introduit dès que la sentence arbitrale est rendue, ou dans un délai de quinze jours depuis sa notification.

## **Article 62**

Le recours en nullité est formé dans les cas suivants :

- Si la sentence arbitrale a été rendue en l'absence de convention d'arbitrage, ou si la convention d'arbitrage est nulle ou si la sentence est rendue après l'expiration du délai d'arbitrage ;
- Si le tribunal arbitral est constitué ou si l'arbitre unique est désigné de manière illégale ou contraire à l'accord des parties ;
- Si le tribunal arbitral a rendu une décision sans respecter la mission qui lui a été assignée, ou a tranché des questions non couvertes par l'arbitrage, ou dépassé les limites de cet accord, ou a émis une décision d'incompétence alors qu'il était compétent, et qu'il est possible de séparer les questions non soumises à l'arbitrage aux questions qui y sont soumises, la nullité ne couvrira que ces dernières ;
- Si les dispositions des articles 50, 51 et 52 ci-dessus n'ont pas été respectées ;
- Si l'une des parties à l'arbitrage n'a pu présenter sa défense faute d'avoir été dûment notifié de la nomination d'un arbitre ou de la procédure d'arbitrage, ou pour toute autre raison tenant au respect des droits de la défense ;
- Si la sentence arbitrale a été rendue en violation des règles d'ordre public ;
- En cas de non-respect des procédures convenues entre les parties leur application, ou non application de la loi convenue entre les parties au fond du litige.

La cour d'appel statue d'office sur la nullité de la sentence arbitrale si elle est intervenue en violation de l'ordre public dans le Royaume du Maroc ou si l'objet du différend ne peut pas faire l'objet d'arbitrage.

La cour d'appel compétente statue en référé.

Le délai d'exercice du recours en nullité suspend l'exécution de la sentence arbitrale comme il suspend l'exécution de la sentence arbitrale

### **Article 63**

Lorsque la cour d'appel compétente a annulé la sentence arbitrale, elle statue sur le fond du dossier dans la limite de la mission confiée au tribunal arbitral, sauf accord contraire des parties, et si un jugement en nullité est prononcé en raison de l'absence de convention d'arbitrage ou sa nullité.

Le jugement de sagesse dans le litige en cas d'annulation de la décision doit être structuré sur accord préalable dans une condition ou un contrat, ou à la demande des parties.

### **Article 64**

Lorsque la cour d'appel compétente décide de rejeter le recours en nullité ou de son irrecevabilité, et en général si elle ne répond pas au recours en nullité, il convient d'ordonner d'office l'exécution de la sentence arbitrale, et sa décision est définitive.

Lorsqu'il apparaît à la Cour d'appel dans les cas prévus au premier paragraphe que le recours est abusif, la cour ordonne à l'appelant d'indemniser l'intimé du préjudice subi qui ne peut être de moins de 25% de la valeur du montant octroyé par le tribunal administratif.

### **Article 65**

Les décisions de la cour d'appel compétente rendues dans les recours en nullité peuvent faire l'objet d'un pourvoi en cassation conformément au code de procédure civile.

### **Article 66**

La Cour d'appel entend les recours contre les sentences arbitrales en chambre du conseil.

Les parties ont le droit de retirer tous les documents après que le prononcé du jugement et l'expiration du délai de recours ou l'épuisement de toutes ses voies prévues par la loi.

### **Article 67**

La sentence arbitrale n'est exécutoire qu'après obtention de l'exequatur, par ordonnance du président de la juridiction compétente dans le ressort de laquelle le jugement a été rendu, en référé après convocation des parties.

Si le litige a été soumis à la cour d'appel compétente, et que les parties ont convenu de recourir à l'arbitrage, la sentence arbitrale doit être déposée au greffe du tribunal de première instance compétent.

L'ordonnance d'exequatur est délivrée par le président du tribunal compétent auprès de laquelle la sentence arbitrale a été déposée en urgence, après convocation des parties.

### **Article 68**

La compétence pour connaître de la demande d'exequatur de la sentence arbitrale, lorsque l'une des parties est une personne de droit public, appartient au président du tribunal administratif de première instance dans le ressort duquel la sentence sera exécutée, ou le président du tribunal administratif de première instance de Rabat lorsque l'exécution de la sentence arbitrale comprend l'ensemble du territoire national.

#### **Article 69**

L'exequatur doit être apposée sur la sentence arbitrale originale.

L'ordonnance accordant la forme exécutive n'est pas susceptible de recours.

Toutefois, le recours en nullité des sentences arbitrales est également considéré comme un recours contre l'ordonnance octroyant l'exequatur, qui entraîne la main levée du président du tribunal compétent sur l'exequatur s'il n'a pas encore émis son ordonnance.

#### **Article 70**

L'exequatur est accordée si le délai de recours en nullité expire sans être exercé, à moins que la sentence arbitrale ne soit contraire à une règle d'ordre public.

Le refus de l'octroi de l'exequatur doit être motivé.

Cette ordonnance est susceptible d'appel, selon les règles normales dans un délai de quinze jours à compter de la date de sa notification, et la cour d'appel de commerce compétente, sur demande des parties, examine les moyens qui pouvaient être soulevés contre la sentence arbitrale par la voie du recours en nullité, sauf si le délai de recours en nullité a expiré.

La cour d'appel compétente statue sur ce recours en la forme des référés, et après convocation des parties.

### **Titre III L'arbitrage international**

#### **Article 71**

Les dispositions de la présente section s'appliquent à l'arbitrage international sans préjudice aux dispositions figurant dans les conditions internationales ratifiées par le Royaume du Maroc et publiées au Bulletin Officiel.

#### **Article 72**

Est considéré international, au sens du présent titre que l'arbitrage qui porte sur les intérêts du commerce international, et dont l'une des parties au moins a un domicile ou siège social à l'étranger.

#### **Article 73**

Une convention peut, directement ou en vertu d'un régime d'arbitrage, désigner le ou les arbitres, ou préciser les modalités de leur nomination, ainsi que les modalités de leur rémunération.

En cas de difficulté de constituer le tribunal arbitral, la partie la plus diligente, sauf stipulation contraire, peut porter la question auprès du :

-Président du tribunal de commerce de première instance qui attribuera par la suite l'exequatur à la sentence arbitrale si l'arbitrage a lieu au Royaume du Maroc ;

-Président du Tribunal de Commerce de Première Instance de Casablanca, qu'il s'agit d'arbitrage ayant lieu à l'étranger, et que les parties ont convenu d'appliquer la loi marocaine sur l'arbitrage.

#### **Article 74**

La convention d'arbitrage peut déterminer, directement ou sur la base d'un règlement d'arbitrage la procédure à suivre au cours de l'arbitrage, comme il peut soumettre l'arbitrage aux dispositions procédurales qui y sont prévues.

Si la convention d'arbitrage ne précise pas les procédures applicables le tribunal arbitral les détermine d'office, ou par référence à une loi ou à règlement d'arbitrage déterminé.

#### **Article 75**

Si l'arbitrage est soumis aux dispositions de la présente loi, les exigences du deuxième titre de celle-ci s'applique sans préjudice de tout accord particulier entre les parties et dans le respect des dispositions particulières stipulées dans ce titre.

Dans tous les cas, les règles relatives aux droits de la défense et d'égalité des parties doivent être respectées.

La convention d'arbitrage précise librement les règles de droit applicables par le tribunal arbitral l'applique au fond du litige et, à défaut, le tribunal arbitral tranche le litige selon les règles qu'elle juge appropriées.

Dans tous les cas, le tribunal arbitral doit se conformer aux prescriptions du contrat et respecter les us et coutumes internationaux en vigueur dans le domaine du commerce.

#### **Article 76**

Le tribunal arbitral ne statue pas en amiable compositeur, sauf accord express des parties pour lui confier cette mission.

Dans ce cas, le tribunal statue sur l'objet du litige sur la base des règles de justice et d'équité.

#### **Article 77**

La reconnaissance et l'exequatur des sentences arbitrales internationales au Maroc sont accordées par le président du tribunal de commerce de première instance dont dépend le tribunal arbitral qui a rendu la sentence ou le président du tribunal de commerce de première instance dont dépend le lieu d'exécution de la sentence si le lieu de l'arbitrage se situe à l'étranger, sauf si elles sont contraires à l'ordre public national ou international, après convocation des parties.

#### **Article 78**

L'existence de la sentence arbitrale est établie par la production de son original et de l'accord d'arbitrage, ou de copies certifiées conformes, avec leur traduction en langue arabe par un interprète assermenté, si les deux documents sont rédigés en langue étrangère.

#### **Article 79**

Il est donné droit à la demande de reconnaissance ou d'exequatur si le délai de recours en nullité prévu à l'article 83 ci-dessous est expiré, sans qu'il ne soit exercé, à moins que l'exequatur ne soit contraire à l'ordre public national ou international.

Cette ordonnance est susceptible d'appel.

#### **Article 80**

Il n'est pas possible de faire appel de l'ordonnance de reconnaissance ou d'exequatur sauf dans les cas suivants :

- 1- Si la sentence arbitrale a été rendue en l'absence de convention d'arbitrage, ou si la convention d'arbitrage est nulle ou si la sentence est rendue après l'expiration du délai d'arbitrage ;
- 2 - Lorsque le tribunal arbitral est constitué ou que l'arbitre unique est désigné de manière illégale ;
- 3- Le tribunal arbitral a statué sans respecter la mission qui lui est assignée ;
- 4 - Si les droits de la défense n'ont pas été respectés ;
- 5- Si la reconnaissance ou l'exécution est contraire à l'ordre public national ou international.

#### **Article 81**

Le recours visé aux articles 79 et 80 ci-dessus est formé devant la Cour d'Appel de Commerce compétente, dans un délai de quinze jours à compter de la date de notification de l'ordonnance.

La cour statue en référé, après convocation des parties.

#### **Article 82**

La sentence arbitrale rendue dans le Royaume du Maroc en matière d'arbitrage international peut faire l'objet d'un recours en nullité, sauf accord des parties, dans les cas prévus à l'article 80 ci-dessus.

L'ordonnance d'exequatur de ladite sentence arbitrale ne peut faire l'objet d'aucun recours.



Toutefois, le recours en nullité de la sentence arbitrale entraîne, de plein droit, dans les limites du litige soumis au tribunal, recours contre l'ordonnance d'exequatur émis par le président du tribunal compétent ou main levée dudit président s'il n'a pas encore émis son ordonnance.

### **Article 83**

L'action en nullité visée à l'article 82 ci-dessus est portée devant la cour d'appel de commerce compétente dans le ressort de laquelle la sentence arbitrale a été rendue, ce recours pouvant être introduit dès le prononcé de la sentence arbitrale, ou quinze (15) jours à compter de la date de sa notification.

### **Article 84**

Le délai de recours, prévu aux articles 79, 80, 81, et 82 entraîne la suspension de l'exécution de la sentence arbitrale.

L'appel dans le délai suspend également l'exécution de la sentence arbitrale, à moins qu'elle ne soit soumise à l'exécution provisoire, et la cour d'appel de commerce compétente peut ordonner le sursis à exécution par un jugement indépendant et non susceptible d'appel.

Les règles relatives à l'exécution provisoire des décisions de justice s'appliquent aux sentences arbitrales.

### **Article 85**

Contrairement aux dispositions de l'article 64 ci-dessus, la cour d'appel de commerce compétente ne peut statuer sur le fond du litige dans le cas où elle déclare la sentence arbitrale internationale nulle.

## **Section II**

### **La médiation conventionnelle**

### **Article 86**

Afin de prévenir ou de régler un différend, les parties peuvent convenir de la désignation d'un médiateur chargé de faciliter la conclusion d'une transaction mettant fin au différend.

### **Article 87**

La convention de médiation est le contrat par lequel des parties s'accordent pour désigner un médiateur chargé de faciliter la conclusion d'une transaction pour mettre fin au litige né ou à naître.

Toutes personnes capables, physiques ou morales, peuvent souscrire une convention de médiation sur les droits dont elles ont la libre disposition dans le respect des dispositions de l'article 62 du dahir du 9 ramadan 1331 (12 août 1913) formant code des obligations et des contrats, à l'exception des questions exclues du champ d'application de la transaction, et ne peut

être conclue que sous les réserves, conditions ou limites posées pour la validité de la transaction en vertu des articles 1099 à 1104 du même dahir.

### **Article 88**

La convention de médiation peut être conclue :

- Après la naissance du litige. Elle est alors dénommée « compromis de médiation » ;
- Avant la naissance du litige en l'insérant dans la convention principale ou dans une convention à laquelle celle-ci se réfère. Elle est alors dénommée « clause de médiation ».
- En cours d'instance. Dans ce cas, elle est portée, à peine de nullité par la partie la plus diligente dans un délai ne pouvant être supérieur à sept jours après sa conclusion, à la connaissance de la juridiction qui atteste de l'accord des parties au litige de recourir à la médiation.

### **Article 89**

La convention de médiation doit être établie par écrit, soit par acte authentique ou sous seing privé, soit par procès-verbal dressé devant le tribunal ou le médiateur désigné, ou par tout autre moyen convenu par les parties.

La convention de médiation est réputée établie par écrit lorsqu'elle est consignée dans un document signé par les parties ou dans un échange de lettres, de télégrammes ou de tout autre moyen de télécommunication écrit qui en atteste l'existence, ou par courrier électronique établi conformément aux textes de lois en vigueur, ou dans l'échange de conclusions en demande ou de conclusions en défense, dans lesquelles l'existence d'une telle convention est alléguée devant le médiateur par l'une des parties et n'est pas contestée par l'autre.

Est réputée (être une) convention de médiation établie par écrit, toute référence expresse dans un contrat écrit à des dispositions d'un contrat type ou d'une convention internationale, ou à tout autre document comportant une clause de médiation, si cette référence est claire à considérer cette clause faisant partie du contrat.

### **Article 90**

Le compromis de médiation doit, à peine de nullité, déterminer l'objet du litige.

Lorsque le médiateur qu'il désigne n'accepte pas la mission qui lui est confiée, les parties peuvent s'accorder sur un autre médiateur. A défaut, le compromis est caduc.

### **Article 91**

La clause de médiation doit, à peine de nullité, être stipulée par écrit dans la convention principale ou dans un document faisant référence à la clause de médiation, et indiquer expressément qu'il s'agit de la médiation conventionnelle soumise aux dispositions du présent titre.

### **Article 92**

« La partie qui entend voir appliquer la clause de médiation en informe l'autre partie et le médiateur par tous les moyens disponibles ».

### **Article 93**

Il est interdit à la juridiction de connaître d'un litige ayant fait l'objet d'une convention de médiation jusqu'à l'épuisement de cette procédure ou en cas de nullité de la convention de médiation, et doit déclarer l'irrecevabilité de l'action lorsque l'une des parties excipe de l'existence de la convention de médiation, à moins que celle-ci ne soit nulle.

La juridiction ne peut prononcer d'office l'irrecevabilité sans que ce moyen ne soit soulevé par les parties.

### **Article 94**

La durée de la mission de médiation est initialement fixée par les parties sans qu'elle ne puisse excéder un délai de trois mois à compter de la date à laquelle le médiateur a accepté sa mission.

Les parties peuvent toutefois prolonger ce délai une ou plusieurs fois par un accord conclu dans les mêmes formes que celles retenues pour la convention de médiation et il n'est pas possible, en tout état de cause, que le délai total de prolongement de la médiation dépasse trois mois supplémentaires.

### **Article 95**

Les travaux de la médiation sont confidentiels. Il n'est pas permis de se prévaloir de ce qui s'y déroule ou des désistements consentis aux parties au litige devant les juridictions ou toute autre autorité, sauf convention contraire des parties.

### **Article 96**

Le médiateur est tenu de garder le secret professionnel sous peine d'appliquer les dispositions prévues par le Code pénal.

### **Article 97**

La médiation peut être confiée à une personne physique ou à une personne morale.

La médiation ne peut être confiée qu'à une personne physique disposant de la pleine capacité, qui n'a pas fait l'objet auparavant d'un jugement passé en force de chose jugée la condamnant pour des faits contraires à l'honneur, à l'intégrité ou la moralité publique, ou d'une sanction disciplinaire qui a donné lieu à sa révocation d'une fonction officielle, ou de l'une des sanctions financières prévues par le titre VII du livre V de la loi numéro 15/95 relative au code de commerce, ou de sa privation de la capacité d'exercice du commerce ou de l'un de ses droits civiques.

Dès que le médiateur accepte la mission qui lui est confiée, il doit en aviser les parties par tous moyens.

L'acte de mission du médiateur prévoit le montant de ses honoraires ou la manière de les déterminer, les modalités de paiement, et la convention n'est considérée pleinement conclue entre le médiateur et les parties qu'en cas d'accord sur tout ce qui précède par écrit.

Le médiateur doit respecter l'indépendance, la neutralité, l'intégrité et l'impartialité.

Le médiateur ne peut renoncer à sa mission qu'en cas de dispense de la part des parties ou lorsque le délai de la médiation a expiré sans que les parties aient pu conclure une transaction, ou sur décision du tribunal dans les cas prévus à l'article 93 ci-dessus

Le médiateur, dès sa nomination et qui a connaissance de l'existence de toute circonstance ou qui pourrait affecter son impartialité, son indépendance et son impartialité, doit en aviser les parties, et dans ce cas il ne peut accepter sa mission qu'après leur approbation.

### **Article 98**

Le médiateur peut entendre les parties et chercher à rapprocher leurs points de vue pour leur permettre de trouver une solution au conflit qui les oppose.

Il peut également, avec l'accord des parties et pour les besoins de la médiation, entendre les tiers qui y consentent en cas de nécessité.

Il peut, avec l'accord des parties, avoir recours à toute expertise de nature à faciliter son rôle dans la médiation.

### **Article 99**

Le médiateur rédige au terme de sa mission, un projet de transaction sous la forme d'un document qui comprend les faits du conflit et la manière d'y mettre fin, et l'accord des parties ainsi que les solutions auxquelles elles sont parvenues comme règlement du conflit soumis, qu'il expose aux parties.

Le médiateur signe avec les parties le document de transaction si elles consentent au document et il le leur remet.

En cas de non-aboutissement à une transaction pour quelque cause que ce soit, le médiateur délivre aux parties le document de non-transaction portant sa signature.

La transaction à laquelle parviennent les parties est soumise pour sa validité et ses effets aux dispositions du titre IX du livre deuxième du Dahir du 9 ramadan 1331 (12 août 1913) formant code des obligations et des contrats, en tenant compte des dispositions de l'article 100 ci-dessous.

### **Article 100**

La transaction a, entre les parties, la force de la chose jugée et peut être assortie de la mention d'exequatur par le Président du tribunal compétent pour statuer sur l'objet du litige dans un délai de 7 jours.

#### **Article 101**

Les dispositions de cette loi ne contredisent pas les textes réglementant les procédures spéciales liées au règlement de certains litiges.

#### **Article 102**

Les délais mentionnés dans la présente loi sont des délais pleins, conformément à l'article 512 du Code de procédure civile.

#### **Article 103**

Les dispositions du chapitre huit de la section cinq du code de procédure civile ratifiées par Dahir ayant valeur de loi numéro 1.74.447 du 11 ramadan 1394 (28 septembre 1974) restent applicables à titre transitoire tel que modifiées et complétées, pour :

- Les conventions d'arbitrage ou de médiation conclues avant la date d'entrée en vigueur de la présente loi ;
- Les demandes d'arbitrage en cours devant les tribunaux arbitraux ou les différends soumis à la médiation, ou les réclamations qui s'y rapportent, qui sont présentées devant les tribunaux à la date mentionnée au premier point ci-dessus jusqu'à leur règlement définitif et épuisement de tous les recours.

#### **Article 104**

Les renvois aux dispositions du chapitre huit de la section cinq du code de procédure civile reproduites en vertu de l'article 105 qui suit, prévues par les textes législatifs et réglementaires en vigueur, sont considérés comme des renvois aux dispositions similaires de la présente loi.

#### **Article 105**

Sous réserve des prescriptions de l'article 103 ci-dessus, à compter de la date d'entrée en vigueur de la présente loi, toutes dispositions contraires à celle-ci, notamment les dispositions du chapitre huit, section cinq du code de procédure civile ratifiées par Dahir considérées comme la loi n° 5.94.449 à la date (12 septembre 5794) 55 du Ramadan 537, sont abrogées.