

**Aspects de l'arbitrage international dans le droit et la
pratique des pays arabes.**

Exposé oral

LA COUR DE CASSATION, PARIS

Le 13 juin 2007

**Un survol : la réception des apports législatifs occidentaux et des modèles
internationaux par six pays arabes.**

Samir Saleh

INTRODUCTION

L'objet de cet exposé n'est pas d'analyser des aspects qui restent généralement immuables, tels la capacité des parties et l'arbitrabilité des litiges, mais d'illustrer à l'aide de quelques exemples le degré de réception ou de rejet des lois et modèles importés. Ainsi les greffes pratiquées au Liban, en Egypte, en Jordanie, au Kuwait et au Bahreïn et leur degré de réception seront brièvement passés en revue.

La Syrie constitue un cas isolé de refus en attendant de meilleurs jours.

SYRIE

Mais commençons ce survol par ce dernier pays.

Dans le cadre d'un régime politique à parti unique, ayant établi des liens étroits avec l'Union Soviétique des années soixante, calquant plusieurs secteurs de son économie sur le modèle socialiste de l'époque, il n'est pas étonnant de voir l'arbitrage interne mis en veilleuse et morcelé en procédures forcées.

Parallèlement à cette transformation de structure qui épouse les formes d'une économie qui se veut socialiste et qui ne reste que dirigée, l'attitude syrienne face à l'arbitrage international

s'avère tout aussi singulière. Les omissions de l'arbitrage interne et son changement de structure se doublent ici d'une « position d'enfermement » (pour reprendre le mot d'un grand homme d'Etat français). Un exemple typique se traduit par la résistance de l'Etat à reconnaître l'application de la Convention de New York. En quelques mots : la Syrie en union avec l'Egypte (la République Arabe Unie) avait signé et ratifié la Convention de New York en 1959. Pour des raisons qui ne sont plus un secret pour personne (des condamnations pécuniaires considérables à la suite d'une série de sentences internationales), le Conseil des Ministres Syrien, 26 ans après la publication du décret de ratification, notifie aux tribunaux une lettre circulaire du 3 novembre 1985, contestant sa régularité. Ceci n'a pas empêché la Cour d'appel de Damas dans une décision du 8 novembre 1986 de valider le décret de ratification.

Ceci dit, signalons une littérature juridique xénophobe des années 80. Ces écrits reprochent à l'arbitrage portant sur des contrats internationaux l'usage des langues étrangères, l'application de lois étrangères, un choix d'arbitres jugé contestable et enfin l'absence de voies de recours suffisantes auprès des tribunaux syriens.

Une dizaine d'années plus tard, en 1993, au cours d'une conférence tenue au Kuwait sous les auspices du Ministère de la Justice Kuwaitien et de la Chambre de Commerce du Bahreïn, le

délégué syrien s'est insurgé contre certaines pratiques de l'arbitrage international. Le délégué a dénoncé avec virulence une pratique qui consisterait, dans un litige opposant une partie arabe à une autre occidentale, à privilégier cette dernière en veillant à ce que la majorité des arbitres soit d'origine ou d'allégeance occidentale.

LIBAN

A l'opposé d'un refus qui perdure, signalons une réception législative quasi totale : celle du Liban qui adopte, non sans quelques omissions et rajouts, la loi française du 12 mai 1981.

Considérons d'abord la définition de l'arbitrage international. Le pays récepteur reproduit la définition française de l'article 1492 du Code de Procédure : « Est international l'arbitrage qui met en cause les intérêts du commerce international. » Cette brève définition a un caractère quintessentiel si on la compare à celle de la loi-type CNUDCI. Pour des raisons historiques qu'il serait trop long de développer ici, la définition française adopte un critère rigoureux. Sous tendue par ce que la jurisprudence appelle « un mouvement de flux et de reflux de valeurs, de services ou de biens au travers des frontières », elle semble réfractaire aux accommodements de l'autonomie de la volonté.

En revanche, la définition de la loi-type comporte des éléments accessoires et souvent étrangers à la nature du commerce

international, tels le centre d'affaires des parties, le lieu de l'arbitrage, le lieu d'exécution des obligations principales, bref des composantes qui appartiennent au monde des présomptions et de l'apparence. De plus, l'autonomie de la volonté joue un rôle déterminant pour la qualification de la transaction.

Nous pensons à ce propos que malgré le caractère épidermique de la définition CNUDCI, cette dernière, plus souple, semble mieux adaptée à la structure économique du Liban, à sa configuration géographique, à la nature des affaires traitées, bref, à des données qui ne sont pas toujours compatibles avec un critère rigoureux.

Notons, dans un autre domaine, l'article 1458 du Code de Procédure Français qui énonce un principe fondamental: lorsqu'un litige soumis à l'arbitrage en vertu d'une convention valide est porté devant une juridiction étatique, cette dernière doit se déclarer incompétente. Cette disposition devenue évidente à force d'être répétée, trace une ligne de démarcation entre l'arbitre et le juge. Cette disposition nécessaire est omise par le législateur libanais.

Jumelé à cette omission, un autre article du Code de Procédure Français, l'article 1493, reproduit par la loi libanaise, prend une portée démesurée dans le pays récepteur, et ce, dans la mesure où le législateur libanais semble donner aux tribunaux étatiques une compétence tentaculaire qui transcende les difficultés de

constitution d'un tribunal arbitral. Le texte français dispose en la matière que pour les arbitrages internationaux se déroulant en France ou soumis à la loi de procédure française, lorsque la constitution d'un tribunal arbitral se heurte à une difficulté, la partie la plus diligente peut, sauf clause contraire, saisir le Président du Tribunal de Grande Instance. Le texte libanais correspond, mot pour mot, à l'article 1493, n'était-ce un alinéa final qu'on ne trouve pas dans le modèle français. Cet alinéa, apparemment improvisé, se libère du contexte de l'article et du but législatif, à savoir les difficultés de constitution du tribunal arbitral. Conférant au tribunal de Beyrouth une compétence quasi universelle, le texte traverse, avec une mobilité toute phénicienne, terres et océans !

EGYPTE

La position de l'Égypte est sélective, à mi-chemin entre le rejet et l'ouverture. Ce pays adopte à quelques détails près la loi-type CNUDCI. La Haute Cour Constitutionnelle Égyptienne apportera, un peu plus tard, des amendements dictés par le respect de la Constitution.

En ce qui concerne les différences législatives initiales, deux exemples sont à retenir. Le premier a trait au champ d'application de la loi 27 de 1994. Le texte égyptien élargit le champ d'application de la loi-type circonscrit, comme on le sait,

aux arbitrages commerciaux internationaux. Il l'étend aux arbitrages portant sur les transactions civiles. Il y soumet même les contrats administratifs, selon la définition traditionnelle française reprise par l'Égypte. La Loi 27 s'applique indifféremment aux arbitrages internes et internationaux, ad hoc ou institutionnels, qu'ils aient lieu en Égypte ou à l'étranger. En face de cette polyvalence et de cette ubiquité, on aurait pu se demander s'il était nécessaire de prévoir comme le fait la Loi 27 une ligne de démarcation entre l'arbitrage interne et l'arbitrage international.

Le deuxième exemple a trait aux composantes de la définition de l'arbitrage international. Le législateur égyptien retient deux éléments : l'un s'inspire de la définition de la loi-type et l'autre de la définition plus rigoureuse du droit français. Le législateur a donc cumulé l'accessoire avec le quintessentiel.

Après ce bref aperçu – les développements se trouvent dans l'exposé écrit – abordons la Jordanie, un autre pays récepteur de la loi-type CNUDCI, pays en communion juridique avec l'Égypte.

JORDANIE

A l'instar du Liban qui avait bénéficié d'une assistance législative française en 1933, la Jordanie adopte en 1953 une loi calquée sur celle de la puissance mandataire, la Loi Anglaise de 1950. Comme au Liban, la loi jordanienne a, depuis lors, vécu en vase clos et n'a plus suivi le mouvement réformateur en Grande-Bretagne qui aboutit en 1996 au « English Arbitration Act ». Cependant, le législateur jordanien a voulu suivre en 2001 l'exemple de l'Egypte en adoptant comme modèle la loi CNUDCI, tout en ménageant « la réalité jordanienne », suivant les termes de l'Exposé des motifs.

- (i) A l'exemple de l'Egypte, le législateur a considérablement élargi le champ d'application de la loi-type. La loi jordanienne s'applique aux conflits civils et commerciaux, aux arbitrages internes et internationaux. Elle ne mentionne pas les contrats administratifs ; ce concept propre au droit français n'existe pas en Jordanie. La définition de l'arbitrage international devenue superflue, vu qu'elle ne sert pas de ligne de démarcation entre deux types d'arbitrage, l'interne et l'international, ne figure plus logiquement dans le texte.

(ii) Malgré les améliorations de procédure dues à la sagesse du législateur et au passage du temps, la loi jordanienne dans sa globalité peut présenter certaines difficultés dans le domaine du droit civil, s'il était applicable.

Deux exemples typiques:

Le premier a trait à la théorie de l'abus de droit. En Occident, la notion entre en jeu lorsqu'une personne cause un dommage à autrui dans l'exercice d'un droit qui n'est pas dans les limites fixées par la bonne foi et le but en vue duquel ce droit a été conféré. Or, cette source de responsabilité est définie dans le Code Civil Jordanien comme l'exercice illicite d'un droit, définition antinomique en elle-même et par rapport à la notion classique de l'abus de droit, puisqu'elle réintroduit les notions d'acte illicite et de faute.

Le deuxième exemple est l'absence du principe de responsabilité des commettants résultant des actes de leurs préposés. C'est seulement dans la mesure où le commettant participe à l'acte fautif ou illicite du préposé que sa responsabilité est engagée, cas par cas, suivant les circonstances. En définitive, on peut observer ici une adaptation remarquable d'ordre procédural du modèle occidental sur un fond de droit civil, resté tel quel au cours des siècles.

Abordons maintenant brièvement le statut de deux pays du Golfe : le Kuwait et Bahreïn.

KUWAIT

En matière de législation et de jurisprudence arbitrales, le Kuwait n'est pas en prise directe sur l'Occident exportateur de lois. Dans ce domaine, le Kuwait se tourne vers l'Egypte qui lui assure non seulement des projets de lois, mais aussi des travaux de doctrine et une infrastructure humaine de magistrats et de professeurs d'université. On pourrait, avec tout le respect dû à l'excellence égyptienne et à la souveraineté kuwaitienne, utiliser un terme familier au contrat d'entreprise : le Kuwait bénéficie d'une sous-traitance en matière juridique.

C'est donc à travers l'Egypte que le Kuwait s'ouvre sur l'Occident. Hâtons nous de constater que le Kuwait n'affiche aucune hostilité vis-à-vis de l'arbitrage international. Mais l'Emirat a pris ses dispositions pour verrouiller discrètement des portes, celles de la procédure arbitrale consensuelle, pourtant adoptée depuis les années 80.

Laissant la procédure consensuelle à l'abandon, dans ses malformations de naissance, le législateur consacre toute son attention à l'arbitrage judiciaire créé en 1995.

En quelques mots, en quoi consiste l'arbitrage judiciaire?

Tout d'abord la composition du tribunal est mixte : trois juges et deux arbitres nommés par les parties, quelque soit le nombre des parties. Une majorité judiciaire est ainsi assurée d'emblée. Cette

majorité immuable sera d'autant plus confortablement assise que les deux arbitres ne sont pas, semble t-il, librement choisis par les parties: leurs noms doivent figurer sur une liste pré-établie par le Ministère de la Justice ; ils seront obligatoirement de nationalité koweïtienne. Ceci constitue un retour (au second degré) aux règles rigoureuses de la Shari'a. Le plus surprenant, c'est que l'Exposé des motifs de la loi de 1995 affirme avec force que les parties sont « libres » de choisir leurs arbitres.

L'arbitrage judiciaire sera en outre paré des plus beaux atours. Ainsi les failles qui caractérisent la procédure consensuelle, laissée à l'abandon, sont comblées : l'arbitrage judiciaire n'a plus besoin de l'intervention des tribunaux. Son caractère mixte l'en dispense ; les juges/arbitres ont tous pouvoirs pour régler eux-mêmes les exceptions de compétence (y compris leur propre compétence) et les questions préliminaires d'irrecevabilité ; ils ont aussi tous pouvoirs pour enjoindre à une partie récalcitrante de produire des documents, de pénaliser des témoins qui ne comparaissent pas et d'ordonner des commissions rogatoires, bref tous les pouvoirs dont la procédure consensuelle reste privée : la rapidité et une parcelle d'imperium.

En définitive, le Koweït a savamment soigné, sans fracas, une procédure dirigée, au dépens de l'arbitrage consensuel.

Terminons le survol par un paysage moins tourmenté, celui du Bahreïn.

BAHREIN

Pour ce qui a trait à la loi initiale qui règlemente l'arbitrage interne, dans le Code de Procédure de 1971, elle préfigure de manière, en quelque sorte rudimentaire, la loi kuwaïtienne de 1980 ; énumérer ses failles, c'est tomber dans le répétitif. Signalons cependant certaines omissions qui s'ajoutent aux absences du texte kuwaitien : l'absence de dispositions règlementant la récusation des arbitres ; l'absence de texte ayant trait aux questions préjudicielles ; un silence total en matière de rectification et d'interprétation des sentences.

En revanche, la loi de 1994, un texte autonome applicable à l'arbitrage commercial international, incorpore à la lettre les dispositions de la loi CNUDCI, sans l'apport du cru local. Analyser cette loi, c'est sortir du sujet : l'étude d'un apport international en bloc, sans résonances locales, n'est pas à l'ordre du jour.

Cette adoption sans réserve n'est pas sans rappeler les maisons préfabriquées que les cadres des multinationales du pétrole construisent dans le désert pour leur propre confort sur des surfaces gazonnées, arrachées à grands frais à l'espace

désertique. Espérons que la loi portant sur l'arbitrage international au Bahreïn n'a pas pour seul but le confort des arbitres anglo-saxons et la protection des parties occidentales. Car l'Histoire pourrait se répéter dans ses aspects multiformes : les anciennes Capitulations dans le pays du Levant, en passant par le partage du pouvoir judiciaire au Bahreïn jusqu'au début du XXème siècle entre les qadis de l'Emirat et le représentant de la puissance coloniale, les tribunaux mixtes du Caire, et, terminant le cycle, les tribunaux mixtes au Liban. Tout cela est transmuté, il est vrai, en une forme plus bénigne : des lois préfabriquées.

CONCLUSIONS

A défaut de conclusions péremptoires, nous sommes confrontés à des constatations générales, hypothéquées par le nombre limité des pays traités, et pour certains pays, par le court passage du temps :

1ere constatation

La plupart des pays ouverts au développement législatif occidental sont apparemment mus par des considérations promotionnelles, tels des centres d'arbitrage en mal de croissance (Liban, Egypte, Jordanie et Bahreïn).

2eme constatation

Les pays qui se ferment à l'apport législatif et à l'arbitrage consensuel ne sont pas toujours motivés par des considérations juridiques ou idéologiques. C'est l'autocratie servie par une économie dirigée, aboutissant souvent à un narcissisme d'Etat, comme en Syrie. Plus prosaïquement, le refus est discrètement encouragé par une assistance judiciaire exogène qui s'accroche à ses prérogatives comme pour le Kuwait.

3eme constatation

Les dispositions législatives reçues ne heurtent pas les fondements scripturaires de la Shari'a. A ce propos, le Code Civil Suisse introduit en 1922 en Turquie, qui a fini par bien s'adapter, comprenait des bouleversements plus radicaux. Par ailleurs, les lois greffées ne constituent pas un apport de modernité transplanté dans un terrain vierge. Elles remplacent, pour la majorité des cas, des textes modernes – pour l'époque – introduits par la France et la Grande-Bretagne.

4eme et dernière constatation

Contrastant avec l'innocuité d'un corpus de lois de caractère procédural qui ne bouleverse ni les enseignements du Coran ni ceux de la Tradition, quelques points grinçants émergent, dont l'intervention des tribunaux. Ceci va d'un état chronique (Syrie) à des *lapsus calami* (Liban). En définitive, le législateur manifeste souvent plus de confiance vis à vis du pouvoir judiciaire non point, semble-t-il, par un respect constitutionnel dicté par la séparation des pouvoirs. Montesquieu n'a jamais été la lecture préférée des régimes autocratiques. La réticence de certains pays viendrait du fait qu'une activité suspecte, au sens le plus subjectif, conséquence logique de la liberté des parties, pourrait échapper à l'emprise directe du pouvoir. Ou bien qu'une infrastructure humaine, jugée indispensable pour le bon fonctionnement des tribunaux locaux, soit à ménager à tout prix.

Ce survol rapide portant sur une matière en pleine évolution, reste à compléter. C'est pourquoi nous sommes dans l'attente de vos remarques et de vos questions à la fin des exposés.