

La criticité du consentement en matière d'arbitrage

The criticality of consent in arbitration

OUADSSE Oumaima : Doctorante chercheuse

Laboratoire Des Eudes Juridiques Et Politiques, Université Hassan 1^{er} Settat.

ECHCHARYF Hamid : Enseignant chercheur

Laboratoire Des Eudes Juridiques Et Politiques

Faculté des Sciences Juridiques et Politiques, Université Hassan 1^{er} Settat.

Résumé :

Aborder la question du consentement dans une étude semble être une démarche élémentaire, dépourvue d'innovation ou d'originalité, étant donné que la plupart des individus reconnaissent déjà l'importance du consentement dans divers aspects de la vie, notamment dans un contexte juridique. Cependant, lorsqu'on s'immerge dans le monde de l'arbitrage, on parvient à saisir pleinement la spécificité que revêt le caractère du consentement dans ce contexte. Cette spécificité se concrétise dans la valeur ou le rôle que joue le consentement, notamment au sein de la convention d'arbitrage, en tant qu'un élément clé de l'efficacité de cette dernière.

Abstract:

Addressing the issue of consent in a study seems to be an elementary approach, lacking innovation or originality, given that most individuals already recognize the importance of consent in various aspects of life, especially in a legal context. However, when we immerse ourselves in the world of arbitration, we can fully grasp the specificity of the nature of consent in this context. This specificity is materialized in the value or role that consent plays, particularly within the arbitration agreement, as a key element of the latter's effectiveness.

Introduction

La vie est plus un consentement qu'un choix.

Abbé Pierre

Depuis une longue période, l'arbitrage s'affirme probablement comme le mode de résolution des conflits le plus reconnu et apprécié. Vu ses avantages remarquables tels que la rapidité, la confidentialité, le choix de l'arbitre conféré aux parties, et bien d'autres points positifs.

L'arbitrage aide bien évidemment à alléger la charge des tribunaux civils, en offrant une voie alternative pour la résolution des litiges, contribuant ainsi à libérer les ressources judiciaires pour des affaires plus complexes. En outre, il encourage activement une résolution plus rapide et moins coûteuse des conflits, ce qui peut être particulièrement bénéfique tant sur le contexte économique que social.

En effet, L'arbitrage participe à instaurer la stabilité et à accroître l'efficacité du système juridique, en proposant une alternative pour la résolution des litiges adaptée à une variété de contextes sociaux, économiques et culturels.

En évoquant l'influence de l'arbitrage et son efficacité sur le système judiciaire étatique, il paraît évident de souligner la composante centrale, à savoir la convention d'arbitrage, qui représente le régime de l'arbitrage dans l'application pratique concrète. Cette convention qui se définit comme étant la convention par laquelle, les parties s'engagent à soumettre à l'arbitrage le règlement d'un conflit. Tandis qu'il faut souligner que cette dernière se distingue par son particularisme sur plusieurs plans, parmi lesquels on peut citer, son fondement légal sur le consentement, qui sera l'élément clé de notre étude. Puisque sans consentement ou avec un consentement vicié, on ne peut pas parler d'efficacité de convention d'arbitrage, puisqu'elle s'expose à d'éventuels recours à son encontre. **Alors dans quelle mesure l'efficacité de la convention d'arbitrage peut-elle être affirmée en fonction de l'intégrité du consentement des parties impliquées ?**

Pour répondre à cette problématique, nous aborderons deux éléments essentiels qui sont L'indispensabilité du caractère consensuel dans le contexte arbitral (1^{ère} partie), en traitant la théorie du consensualisme, ainsi que la matérialisation du consentement, pour ensuite passer aux obstacles juridiques qui entravent l'efficacité du consentement (2^{ème} partie) et qui peuvent entraîner une perte d'efficacité de la convention d'arbitrage.

Partie I : L'indispensabilité du caractère consensuel dans le contexte arbitral

Chapitre I : Le consensualisme : élément Fondamental de l'efficacité de la convention d'arbitrage

Chapitre II : La matérialisation du consentement entre offre et acceptation
(matérialisation classique)

Partie II : Les obstacles juridiques entravant l'efficacité du consentement

Chapitre I : Les vices propres au Droit des contrats

Chapitre II : Les pathologies proprement arbitrales (spécifiques à la convention d'arbitrage)

Partie I : L'indispensabilité du caractère consensuel dans le contexte arbitral

Chapitre I : Le consensualisme : élément Fondamental de l'efficacité de la convention d'arbitrage

Pour simplifier la compréhension, le consensualisme dans le droit des contrats s'entend comme un principe selon lequel le seul consentement des parties contractantes suffit à la formation du contrat sans qu'aucune forme ne soit exigée pour l'extériorisation de ce consentement. Le formalisme, contrairement au consensualisme, implique des exigences particulières de forme pour la validité du contrat, alors il ne faut pas confondre la forme et le formalisme.¹ Au Maroc, on trouve le même principe, dès que deux volontés convergent, la forme écrite n'est pas requise selon l'art 2 du D.O.C qui ne mentionne pas la forme parmi les conditions essentielles pour la validité d'une convention.² Cet assouplissement de l'exigence formelle constitue la pierre angulaire dans plusieurs matières dans le Droit, tel que l'arbitrage. Cela vaut la peine de mentionner que cette théorie est appuyée par une jurisprudence importante, ainsi qu'une interprétation des instruments universellement admis. A titre d'exemple on peut citer la Convention de New York³ qui exige un minimum quant au formalisme de la convention d'arbitrage, mais quand même il faut mentionner que l'écrit est exigé, même s'il est exigé juste pour satisfaire aux Etats signataires de La Convention de New York. Aussi la Convention de Genève⁴ dans une position plus simple et souple que celle de la Convention de New York, on déduit cela à travers l'article 1^{er} paragraphe 2 « soit une clause compromissoire insérée dans un contrat, soit un compromis, signés par les parties ou contenus dans un échange de lettres, de télégrammes ou de communications par télex, et dans les rapports entre pays dont les lois n'imposent pas la forme écrite à la convention d'arbitrage, toute convention conclue dans les formes permises par ces lois »⁵. Aussi bien on a la loi type CNUDCI¹, Certes cette loi exige la forme écrite mais

¹ VENTE INTERNATIONALE ET DROIT VIETNAMIEN DE LA VENTE | Minh Hang Nguyen, <https://books.openedition.org/puf/2999?lang=en> ; Consulté le 29/01/2024 à 9 :52

² Article 2 Dahir (9 ramadan 1331) formant Code des obligations et des contrats (B.O. 12 septembre 1913) (1). : *Les éléments nécessaires pour la validité des obligations qui dérivent d'une déclaration de volonté sont : 1° La capacité de s'obliger ; 2° Une déclaration valable de volonté portant sur les éléments essentiels de l'obligation ; 3° Un objet certain pouvant former objet d'obligation ; 4° Une cause licite de s'obliger.*

³ Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères Conclue à New York le 10 juin 1958 Approuvée par l'Assemblée fédérale le 2 mars 1965 Instrument de ratification déposé par la Suisse le 1^{er} juin 1965 Entrée en vigueur pour la Suisse le 30 août 1965.

⁴ Convention européenne sur l'arbitrage commercial international Genève, 21 avril 1961.

⁵ La convention de Genève, L'article 1^{er} Champ d'application de la Convention, paragraphe 2.

dans une forme très souple qui peut prendre la forme de « La convention d'arbitrage doit se présenter sous forme écrite. Une convention est sous forme écrite si 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 télécommunications 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 »².

À partir de toutes les informations préalablement abordées, on arrive à illustrer concrètement l'importance que joue le consensualisme dans l'arbitrage. Par le biais de ce dernier, et les facilitées qu'il représente, on peut admettre son impact et sa relation avec l'efficacité de la convention d'arbitrage, dans la mesure où un excès de formalisme peut causer juste des retards, nullité etc.

Chapitre II : La matérialisation du consentement entre offre et acceptation (matérialisation classique)

En droit Marocain, l'approche du consentement est particulièrement spécifique, et c'est ce qu'on peut constater dès les premières analyses qu'on peut avoir sur les deux éléments constitutifs du consentement et qui sont : l'offre et l'acceptation. Si l'on nous interroge sur la base de notre classification, la réponse reposera sur l'approche jurisprudentielle. Celle-ci a longtemps favorisé le consentement à la convention d'arbitrage en ce qui concerne les deux termes : offre et acceptation. Bien que la convention d'arbitrage soit un contrat, elle est donc soumise aux règles de droit des contrats, l'offre et l'acceptation.

⇒ Quant à l'offre dans le cadre légal marocain fallait souligner les trois caractéristiques fondamentales de ce dernier à savoir :

- **La fermeté de l'offre** : Ce critère est crucial, étant donné que la convention d'arbitrage entraîne la renonciation à la possibilité d'avoir recours aux juridictions étatiques pour certains litiges. La fermeté de l'offre se manifeste par sa formulation de telle manière qu'une simple acceptation constitue la convention. Le cas contraire, la qualification de l'offre pourrait être considérée comme une invitation à entamer des pourparlers.
- **La précision de l'offre** : L'offre doit également être précise, autrement dit, il doit en préciser les termes et les modalités, Cette exigence revêt une importance

¹ Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international (1985) avec les amendements adoptés en 2006. La Loi type vise à aider les États à réformer et à moderniser leurs lois sur la procédure arbitrale afin de tenir compte des caractéristiques et besoins particuliers de l'arbitrage commercial international.

² Article 7, Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international.

cruciale, en particulier pour les litiges soumis à l'arbitrage, car un manque de précision pourrait être interprété comme une renonciation à recourir à la justice étatique. En d'autres termes, la clarté de l'offre est nécessaire pour éviter toute ambiguïté ou incertitude qui pourrait compromettre la validité de l'arbitrage et l'accès aux tribunaux étatiques en cas de litige.

- **L'extériorisation de l'offre :** Le troisième critère est l'extériorisation de l'offre. Le législateur offre divers modes d'extériorisation de l'offre dans la mesure où l'article 313 du CPC¹ qui adopte une approche très flexible en ce qui concerne l'appréciation du support écrit de la convention d'arbitrage. L'article 3 de la nouvelle loi 95-17 relative à l'arbitrage reprend presque littéralement 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 mentionnée dans un courrier électronique.

⇒ L'acceptation : A l'instar des autres législations notamment la législation française, et à travers l'article 313 du CPC², l'acceptation seule peut former le contrat. Cependant on a une particularité qui norme la loi marocaine dans ce contexte, c'est que le silence ne vaut pas consentement, du fait de la doctrine musulmane confirmée par la jurisprudence. Et vu qu'elle constitue une position rigoureuse vis-à-vis d'autres législations, l'art25 du D.O.C³ ajoute une nuance moins sévère, en donnant au silence la force et la valeur, le cas où ce dernier a un caractère habituel.

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.⁴

Partie II : Les obstacles juridiques entravant l'efficacité du consentement

¹ Code de procédure civile Marocain, DAHIR PORTANT LOI N° 1-74-447 DU 11 RAMADAN 1394 (28 SEPTEMBRE 1974) APPROUVANT LE TEXTE DU CODE DE PROCÉDURE CIVILE¹.

² Ibidem .

³ Dahir (9 ramadan 1331) formant Code des obligations et des contrats (B.O. 12 septembre 1913) (1).

⁴ La Convention d'Arbitrage : Étude Comparée de Droit Franco-Marocain, Thèse de doctorat en droit Soutenance le 22 novembre 2022, Samia AJOUBY, Université Paris-Panthéon-Assas École Doctorale de Droit Privé (ED6).

Après avoir traité les éléments clés d'efficacité de la convention d'arbitrage sous le cadre du consentement, passons maintenant aux obstacles qui empêchent l'efficacité de ce dernier, et qu'on peut les classer selon deux grandes catégories : Les vices propres au Droit des contrats (chapitre I) et Les pathologies proprement arbitrales (chapitre II).

Chapitre I : Les vices propres au Droit des contrats

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 »¹

Nous examinerons de manière séquentielle : **L'erreur, Le dol, La violence.**

- **L'erreur** : est considérée comme l'un des vices du consentement par la législation marocaine, offrant ainsi la possibilité de demander la résiliation des obligations contractuelles. « L'erreur de droit donne ouverture à la rescision de l'obligation »².

La législation marocaine identifie plusieurs catégories d'erreurs : L'erreur de droit (Art 40. D.O.C³), L'erreur sur l'objet de la convention d'arbitrage (Art41. D.O.C), L'erreur sur la personne (Art42.D.O.C).

- **Le dol** : « 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 ».⁴ Alors la loi énonce d'une manière claire les deux formes du dol et qui sont : les manœuvres dolosives ou la réticence.
- **La violence** : « 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 »⁵(Art 46. D.O.C).

De cette définition, on peut déduire deux critères : l'illégitimité de la violence et sa détermination du consentement. L'article 51 du DOC ajoute que la crainte révérencielle 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. Ainsi que, l'article

¹ Dahir (9 ramadan 1331) formant Code des obligations et des contrats (B.O. 12 septembre 1913) (1).

² Article 40, Dahir (9 ramadan 1331) formant Code des obligations et des contrats (B.O. 12 septembre 1913) (1).

³ D.O.C : Dahir des obligations et contrats .

⁴ L'article 52 du DOC.

⁵ Article 46du Doc .

49 du DOC ajoute que les voies de droit peuvent être constitutives de violence lorsqu'elles font l'objet d'un abus.¹

Chapitre II : Les pathologies proprement arbitrales (spécifiques à la convention d'arbitrage)

Une clause d'arbitrage est pathologique lorsque, par sa rédaction défectueuse, Imprécise ou incomplète, elle va entraver le bon déroulement de l'arbitrage et dans certains cas l'empêcher.² Autrement dit, une clause est dite pathologique quand elle est équivoque quant à : la volonté des parties de se soumettre à l'arbitrage, dans l'identification de l'institution arbitrale compétente, la certitude de la renonciation à la juridiction étatique.

Exemples :

- clause d'arbitrage désignant comme applicable à l'instance arbitrale une règle abrogée
- clause n'énonçant pas clairement et formellement la volonté de se soumettre à l'arbitrage
- absence de renonciation expresse et formelle à la protection judiciaire des juges et tribunaux.³

Abordons à présent les dénominations spécifiques de ces clauses ainsi que leurs définitions précises :

- **Les clauses pathologiques relatives à la désignation d'une institution arbitrale :** Une formulation maladroite d'une clause d'arbitrage peut entraîner une désignation approximative ou peu claire d'une institution arbitrale, qu'elle existe ou non. En se basant strictement sur le libellé du texte, la clause d'arbitrage pourrait être considérée comme invalide. Cependant, lorsque l'intention claire des parties de désigner une institution spécifique est évidente, il est possible d'effectuer une interprétation favorable en ce sens.⁴

¹ La Convention d'Arbitrage : Étude Comparée de Droit Franco-Marocain, Thèse de doctorat en droit Soutenance le 22 novembre 2022, Samia AJOUBY, Université Paris-Panthéon-Assas École Doctorale de Droit Privé (ED6).

² COMMENTAIRE DE JURISPRUDENCE Nathalie PETIT- CLAUSTRE Chargée d'enseignement à l'Université Toulouse 1 Capitole Cass. 1ère Civ., 4 mars 2020, n°18-22.019.

³ Présentation, Les clauses pathologiques en matière d'arbitrage, Publié par Émile Lejeune.

⁴ La Convention d'Arbitrage : Étude Comparée de Droit Franco-Marocain, Thèse de doctorat en droit Soutenance le 22 novembre 2022, Samia AJOUBY, Université Paris-Panthéon-Assas École Doctorale de Droit Privé (ED6).

- **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. »¹, En droit marocain de l'arbitrage international, la solution est inverse, car aucun texte ne semble réprimer de telles clauses. Cela laisse entendre qu'elles pourraient potentiellement être interprétées en faveur de leur validité (in favorem validitatis).²
- **Les clauses abusives** : Précédant l'entrée en vigueur de la loi n°31-08, le législateur marocain était passif vis-à-vis des clauses abusives, ce qui était extrêmement réprimé par la doctrine³. En tout état de cause, la loi n°31-08 est venue mettre fin à ces tergiversations doctrinales⁴. Elle définit rigoureusement 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 »⁵, la loi énumère de manière non exhaustive certaines clauses pouvant être considérées comme abusives, tout en accordant aux magistrats un vaste pouvoir d'interprétation à travers son article 16.⁶

¹ L'article 1443 du Code civil français.

² La Convention d'Arbitrage : Étude Comparée de Droit Franco-Marocain, Thèse de doctorat en droit Soutenance le 22 novembre 2022, Samia AJOUBY, Université Paris-Panthéon-Assas École Doctorale de Droit Privé (ED6).

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

⁴ Dahir n°1-11-03 du 18 février 2011 (B.O. n°5932 du 7 avril 2011).

⁵ 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.

⁶ La Convention d'Arbitrage : Étude Comparée de Droit Franco-Marocain, Thèse de doctorat en droit Soutenance le 22 novembre 2022, Samia AJOUBY, p125, Université Paris-Panthéon-Assas École Doctorale de Droit Privé (ED6).

Conclusion

Au cours de notre étude, nous nous sommes arrêtés à plusieurs reprises sur les caractéristiques du consentement, constatant une diversification au niveau de ces dernières, entre caractéristiques relevant du droit des contrats et d'autres relevant du droit ou des règlements spécifiques à l'arbitrage. Passons de l'indispensabilité du consensualisme au consentement et la matérialisation de ce dernier à travers l'offre et l'acceptation, qui doivent respecter plusieurs conditions que nous avons déjà examinées précédemment, Nous avons pu déterminer le rôle du consentement. Qui est un rôle majeur dans la formation et l'intégrité de toute convention d'arbitrage puisqu'il constitue la pierre angulaire de la matière. Aujourd'hui, on sait tous qu'on ne peut pas évoquer une convention d'arbitrage efficace sans parler d'un consentement efficace. D'ailleurs c'est la question centrale sur laquelle a reposé notre étude et repose la convention d'arbitrage, et qui nous pousse à réfléchir sérieusement sur les autres facettes du sujet, à savoir les obstacles entravant l'efficacité du consentement, et qui ont fait l'objet de notre étude au niveau de la dernière partie, dans laquelle on a pu découvrir que malgré qu'on a un cadre légal qui contourne la convention d'arbitrage ainsi que l'élément du consentement, on souffre toujours des maladresses rédactionnelles qui causent des clauses pathologiques, constituant le cœur du défi lié à l'efficacité de la convention d'arbitrage.