



# MODES ALTERNATIFS DE REGLEMENT DES DIFFERENDS: POURQUOI LE MAROC DOIT APPROFONDIR LA RÉFORME

## POLICY PAPER

Élaboré par

- **Pr. Hanane RHARRABI**, Université Internationale de Rabat.
- **M. Kai-chieh CHAN**, Université Paris II Panthéon-Assas.

Sous la direction du **Pr. Ahmed Azirar**, Directeur de la Recherche  
au sein de l'IMIS.

# RÉSUMÉ EXÉCUTIF

Le présent Policy Paper vise à analyser la nouvelle loi qui régit l'arbitrage et la médiation en tant que modes alternatifs de règlement des différends, pour en relever les apports positifs, mais aussi les limites et les défis que soulève cette loi.

En effet, si les modes alternatifs de règlement des différends sont ancrés dans l'histoire et la tradition marocaine, leur encadrement juridique n'a été opéré que sous le Protectorat. Ainsi, le cadre juridique de l'arbitrage et de la médiation conventionnelle a connu plusieurs réformes dans le but de promouvoir les solutions amiables de règlement des litiges et améliorer le climat des affaires au Maroc.

La réputation du Maroc en matière d'arbitrage contribue à impulser cette dynamique eu égard au nombre et à l'issue des affaires en matière d'arbitrage à l'échelle internationale. De même, les juges marocains sont favorables à l'arbitrage à la lumière de l'analyse de la jurisprudence, qui dénote un esprit d'ouverture et d'appui ainsi que la consécration des principes garantissant l'efficacité de l'arbitrage.

La loi n° 95-17 du 24 Mai 2022 portant code d'arbitrage et de médiation conventionnelle, tire profit des enseignements de la pandémie de la Covid 19 en modernisant l'arbitrage, en élargissant l'arbitrabilité subjective et objective tout en renforçant le suivi du juge étatique de ce mode. Quant au mécanisme de la médiation conventionnelle, elle l'assouplit et renforce son efficacité afin que les parties puissent y recourir aisément.

Toutefois, cette loi n'est pas exempte d'imperfections, voire de contradictions qui doivent faire l'objet d'éclaircissements ou de compléments par la jurisprudence et éventuellement de rectifications lors d'une prochaine réforme. Il en est ainsi de la faiblesse des dispositions relatives à la confidentialité de l'arbitrage, de l'imprécision des articles qui régissent la formation du médiateur et de l'arbitre et du flou qui entoure la distinction entre la médiation et la conciliation conventionnelle.

La bonne application de cette réforme est encore tributaire de plusieurs défis que le Maroc doit relever et qui sont communs à plusieurs autres réformes ou à des débats juridiques d'actualité tels la digitalisation, la protection des données personnelles et l'anticipation des effets de l'intelligence artificielle.

Le perfectionnement et l'amélioration de l'accessibilité de la législation et la réglementation est ainsi nécessaire afin que toute réforme puisse pleinement remplir ses objectifs. Afin de cerner les modalités d'application et les enjeux du code d'arbitrage et de médiation conventionnelle, la diffusion de la jurisprudence judiciaire et arbitrale est également essentielle. La promotion effective de ces solutions alternatives doit absolument s'accompagner de la sensibilisation et de la formation des acteurs qui y participent.

## TABLE DES MATIÈRES

<b>RÉSUMÉ</b>	<b>3</b>
<b>INTRODUCTION</b>	<b>4</b>
<b>I. CADRE GÉNÉRAL ET RÉFORME DES MODES ALTERNATIFS DE RÈGLEMENTS DES DIFFÉRENDS</b>	<b>5</b>
1. Panoplie des modes alternatifs de règlement des différends	5
2. Histoire et évolution de la législation des Modes alternatifs de règlement des différends au Maroc	6
3. Une réforme stratégique du code d'arbitrage et de médiation conventionnelle	7
4. La réputation du Maroc en matière d'arbitrage	8
<b>II. LES PRINCIPAUX CHANGEMENTS APPORTÉS PAR LE CODE D'ARBITRAGE ET DE MÉDIATION CONVENTIONNELLE</b>	<b>13</b>
1. Libéralisation et modernisation de l'arbitrage	13
2. Appui de la justice étatique à l'arbitrage	14
3. Assouplissement et renforcement de l'efficacité de la médiation conventionnelle	15
<b>III. LES INSUFFISANCES DU CODE D'ARBITRAGE ET DE MÉDIATION CONVENTIONNELLE</b>	<b>16</b>
1. Le flou autour de la distinction entre la médiation et la conciliation conventionnelle	16
2. La faiblesse des dispositions relatives à la confidentialité	16
3. L'imprécision relative aux exigences liées à la formation du médiateur et de l'arbitre	17
4. La contradiction entre les articles 5 et 23 du Code	17
<b>IV. LES DÉFIS À RELEVER</b>	<b>18</b>
1. Le perfectionnement de la législation et la réglementation marocaine	18
2. L'amélioration de l'accessibilité des textes juridiques marocains et de la jurisprudence judiciaire et arbitrale	20
3. Le renforcement de la formation et la sensibilisation aux MARC	22
4. L'anticipation des effets de l'intelligence artificielle sur les MARC	23
<b>CONCLUSION</b>	<b>24</b>

## **INTRODUCTION**

La loi n° 95-17 du 24 Mai 2022 portant code d'arbitrage et de médiation conventionnelle, objet de ce Policy Paper, apporte au droit marocain des avancées certaines qui aident à promouvoir ces pratiques et à améliorer le climat des affaires. Elle n'en souffre pas moins de certaines limites et insuffisances que nous tenterons de mettre en exergue. Le point sera aussi mis sur les défis que doivent relever les parties prenantes pour que ces modes alternatifs répondent mieux aux objectifs qui leurs sont assignés.

# 1

## CADRE GENERAL ET RÉFORME DES MODES ALTERNATIFS DE RÈGLEMENTS DES DIFFÉREND

### 1. Panoplie des modes alternatifs de règlement des différends

La complexité des relations commerciales entre entreprises, investisseurs et Etats a conduit les opérateurs du commerce international à privilégier des mécanismes privés dénommés « les modes alternatifs de règlement des différends » (« MARD ») pour éviter les affres des procédures judiciaires. Ils visent à trouver une solution amiable entre les parties éventuellement aidées par un tiers et à faciliter la poursuite des relations commerciales entre elles, lorsqu'ils conduisent à une solution consensuelle<sup>1</sup>.

Leurs formes varient au sein d'un même ordre juridique, mais aussi d'un Etat à un autre, en fonction de l'état d'esprit et de la culture de résolution des conflits. Toutefois, il se recoupe dans les avantages conférés aux parties notamment la confidentialité, la souplesse et la rapidité de la procédure, l'autonomie laissée aux parties<sup>2</sup> ainsi que le choix du tiers en fonction des critères de compétence, d'indépendance et d'impartialité. Ainsi, la médiation et la conciliation reposent sur l'idée d'un tiers qualifié de médiateur ou conciliateur qui intervient pour rapprocher les parties notamment en confrontant leurs points de vue et les amener à conclure une transaction.

Selon les différentes législations, il existe des médiations ou conciliations légales<sup>3</sup>, judiciaires intervenant au cours d'un procès et entreprises à l'initiative du juge et des médiations purement conventionnelles, dont l'initiative repose sur un accord des parties. Ces dernières peuvent intervenir lors d'un procès en cours ou dans un cadre non-judiciaire, notamment en vertu d'une clause conventionnelle imposant le recours préalable à la conciliation ou à la médiation avant toute saisine d'un juge ou arbitre.

D'aucuns distinguent la médiation de la conciliation : le conciliateur se contente de rapprocher les parties sans leur proposer de solution alors que le médiateur est une force de proposition<sup>4</sup>. Toutefois dans la pratique, il est difficile de les distinguer dans la mesure où le rapprochement des parties implique la proposition d'une solution médiane<sup>5</sup>. Ainsi, selon la loi type élaborée par la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI) sur la médiation commerciale internationale, les termes « conciliation » et « médiation » sont en réalité interchangeables<sup>6</sup>.

Ces mécanismes se distinguent nettement de l'arbitrage dans la mesure où le tiers désigné comme l'arbitre exerce un pouvoir juridictionnel en imposant une solution aux parties. La sentence arbitrale a en effet autorité de chose jugée et peut obtenir, après exequatur force exécutoire. Contrairement à l'arbitrage, le tiers n'exerce

<sup>1</sup> SERAGLINI ( Ch), ORTSCHIEDT ( J), 2013, Droit de l'arbitrage interne et international, Montchrestien- Lextenso éditions, Edition Alpha, Editions juridiques SADER, Liban, n° 2, p 9.

<sup>2</sup> Les parties, qui optent pour les modes alternatifs de règlement des différends peuvent constituer une procédure sur mesure en déterminant la loi applicable et le lieu de l'arbitrage ou de médiation\conciliation ainsi qu'en choisissant un règlement d'arbitrage ou de médiation\conciliation et en fixant certaines modalités de la procédure.

<sup>3</sup> Elles sont imposées au Maroc par le Code de Procédure civile en matière sociale et de statut personnel, par le Code de la Famille en matière de divorce et par le Code de Commerce en matière de procédures applicables aux entreprises en difficulté.

<sup>4</sup> Vocabulaire juridique Capitaine sous la Direction de Gérard Cornu, PUF, coll. « Quadrige », 9ème édition 2011 : Médiation, p 546

Adde : Guide de l'arbitrage international du cabinet LATHAM & WATKINS LLP, <https://www.lw.com/en/practices/international-arbitration> p 50 et 53, consulté le 25 Décembre 2022.

<sup>5</sup> SERAGLINI ( Ch), ORTSCHIEDT ( J), op.cit, n ° 2, p 10.

<sup>6</sup> Loi type de la CNUDCI sur la médiation commerciale internationale et les accords de règlement internationaux issus de la médiation (2018), note de bas page n°1.

aucun pouvoir juridictionnel dans les autres MARC et ne prononce pas de décision obligatoire pour les parties. Il ne peut que leur proposer une solution, mais le règlement du conflit dépendra de leur accord, dont la valeur n'est que contractuelle.

Dans la pratique, les parties prévoient généralement successivement les MARC pour la résolution de leurs litiges par le biais de clauses de médiation ou de conciliation préalable et obligatoire à la saisine d'une juridiction étatique ou arbitrale en cas de litige entre les parties.

Les MARC font l'objet de législations et/ou réglementations plus ou moins libérales en fonction des orientations politiques et économiques des pays.

A cela s'ajoute de nombreux règlements d'origine privée élaborés par des institutions<sup>7</sup> dont l'activité première est d'administrer des arbitrages ou des médiations\conciliations afin de fournir des règles plus précises pour encadrer le bon fonctionnement de ces MARC. De ce fait, à côté de l'arbitrage ou médiation\conciliation ad hoc organisé par les parties elles-mêmes, se développe une médiation ou conciliation institutionnelle comme parallèle à l'arbitrage institutionnel<sup>8</sup>.

## 2. Histoire et évolution de la législation des MARC au Maroc

Le Maroc a depuis toujours utilisé les différentes formes alternatives de règlement des différends opposant les personnes physiques et morales<sup>9</sup>. Il en est ainsi de la conciliation traditionnelle par les chefs de tribus, les différentes formes d'arbitrage de litiges par les arbitres désignés par les parties et la conciliation des conflits civils et familiaux par les chefs religieux. Ces modes amiables de résolution des litiges étaient aussi associés aux différends commerciaux et exercés par des marchands compétents désignés dans les marchés au sein des communautés de corps et métiers. En effet, le fiqh islamique de rite malékite a permis aux « Mohtassibs » et « amines » de contrôler le respect de la qualité, des prix et la loyauté dans leurs activités artisanales, agricoles et commerciales, mais aussi de procéder à la résolution des litiges par un arrangement entre les parties<sup>10</sup>. A défaut de conciliation, il était fait recours à l'arbitrage. Certes on assiste aujourd'hui à une judiciarisation des conflits au Maroc, toutefois les réseaux officieux et les coutumes commerciales locales continuent de jouer un très grand rôle dans la résolution des litiges familiaux<sup>11</sup>, civils et commerciaux<sup>12</sup>.

Les premières législations marocaines relatives aux MARC ne régissaient que l'arbitrage, tout en laissant le champ de la médiation régi par les dispositions du droit commun des contrats.

En effet, le Code de Procédure Civile du 12 Août 1913<sup>13</sup> et du 28 Septembre 1974<sup>14</sup> renfermaient déjà des dispositions propres à l'arbitrage mais qui ne concernaient que la matière interne et non l'arbitrage international. Ce vide législatif n'était pas compatible avec les engagements du Maroc en tant qu'Etat contractant de la Convention de New York du 10 Juin 1958 sur la Reconnaissance et l'Exécution des Sentences Arbitrales Internationales et de la Convention de Washington instituant le Centre International de Règlement des Différends en matière d'Investissements (CIRDI) du 18 Mars 1965. De même la première affaire traduite devant le CIRDI en 1972, fut marocaine (Aff. Holiday Inn N° 72/1)<sup>15</sup>.

<sup>7</sup> Notamment les règlements de la Cour Internationale d'Arbitrage de la Chambre de Commerce Internationale (CCI), la Cour Internationale d'Arbitrage de Londres (LCIA), le Centre régional d'arbitrage commercial international du Caire (CRCICA) et le Centre International pour la Résolution des Litiges (ICDR).

<sup>8</sup> Beaucoup de centres d'arbitrage, comme la CCI, la LCIA et l'ICDR administrent aussi des procédures amiables.

<sup>9</sup> USAID MORROCCO, Décembre 2006, Modes alternatifs de règlement des conflits ( MARC ou ADR) pour les différends commerciaux au Maroc- Evaluation et options pour une assistance technique, [https://pdf.usaid.gov/pdf\\_docs/Pnado235.pdf](https://pdf.usaid.gov/pdf_docs/Pnado235.pdf), p 3, consulté le 27 Décembre 2022.

<sup>10</sup> SEDDIKI-EL HOUDAIGUI ( N), Août 2016, Arbitrage commercial international au Maghreb-Droit et pratique, l' harmattan, Paris p 47.

<sup>11</sup> Idem : La médiation, l'arbitrage et la conciliation n'ont pas disparu dans les zones rurales et montagnardes.

<sup>12</sup> USAID MORROCCO, op.cit, p 3.

<sup>13</sup> <http://www.sgg.gov.ma/BulletinOfficiel.aspx> : ce code a été publié au Bulletin officiel n° 46 du 12 Septembre 1913.

<sup>14</sup> <http://www.sgg.gov.ma/BulletinOfficiel.aspx> : Ce code a été publié au Bulletin Officiel n° 3230 bis du 30 Septembre 1974.

<sup>15</sup> <https://icsid.worldbank.org/cases/case-database/case-detail?CaseNo=ARB/72/1>. Le Maroc est également partie aux conventions multilatérales suivantes relatives à l'arbitrage et à l'investissement : l'Accord unifié pour l'investissement des capitaux arabes dans les États arabes du 26 novembre 1980 ; la Convention arabe d'Amman sur l'arbitrage commercial du 4 avril 1987.

Cette lacune a été comblée par la loi n° 08-05 qui a abrogé et remplacé le chapitre VIII du titre V du Code de procédure civile relatif à l'arbitrage et à la médiation conventionnelle<sup>16</sup>. Elle s'est inspirée de la loi-type CNUDCI, du droit français et de la jurisprudence de la Cour Suprême marocaine. Le législateur marocain introduit pour la première fois la distinction entre arbitrage interne et international et consacre un chapitre à l'arbitrage international.

L'encouragement des MARC notamment l'arbitrage et la médiation conventionnelle a toujours été l'objet de fortes recommandations royales<sup>17</sup> en particulier lors du discours de sa Majesté le Roi Mohamed VI du 15 Octobre 2022 à l'occasion de l'ouverture de la première session de la 2ème année législative de la 11ème législature afin de renforcer la confiance des investisseurs<sup>18</sup>.

Les articles 37 et 38 de la charte nationale d'investissement adoptée quelques mois après ce discours<sup>19</sup> prévoient dans ce sens que les conventions d'investissement peuvent inclure des clauses stipulant qu'il sera procédé, préalablement à tout recours devant la justice étatique ou arbitrale, au règlement amiable des litiges afférents à l'investissement et pouvant naître entre l'Etat marocain et l'investisseur étranger, conformément aux textes en vigueur ou aux conventions internationales ratifiées par le Royaume du Maroc en matière d'arbitrage international.

Par ailleurs, le rapport du nouveau modèle de Développement<sup>20</sup> considère que l'amélioration de la performance de la justice est tributaire du désengorgement des tribunaux, qui nécessite le renforcement de l'arbitrage et la médiation<sup>21</sup>.

Aussi, le Code d'arbitrage et de médiation conventionnelle<sup>22</sup> (« Le Code ») s'inscrit dans ces orientations en organisant les dispositions pertinentes sur l'arbitrage et la médiation en un seul texte indépendant du Code de procédure civile.

### **3. Le Code : Une réforme stratégique pour l'attraction des investissements privés**

Le Maroc dispose du texte le plus libéral et moderne en matière de MARC dans le Maghreb Arabe<sup>23</sup> et est en constante amélioration de son climat des affaires devançant les pays de cette région<sup>24</sup>.

La réforme du Code constitue ainsi une étape majeure vers l'objectif du Maroc de se transformer en un centre régional d'arbitrage international. Il est important de noter que de nombreux Etats africains ont reconnu l'importance des MARC pour la résolution des conflits commerciaux transnationaux complexes<sup>25</sup>, tout en recherchant l'avantage économique induit par le fait d'être perçu comme une place favorable à l'arbitrage<sup>26</sup>.

<sup>16</sup> <http://www.sgg.gov.ma/BulletinOfficiel.aspx>.

<sup>17</sup> <https://www.diplomatie.ma/fr/discours-royaux>

<sup>18</sup> <https://www.mapnews.ma/fr/search/node/discours>.

<sup>19</sup> <http://www.sgg.gov.ma/BulletinOfficiel.aspx> : Le Dahir n° 1-22-76 du 9 décembre 2022 portant promulgation de la loi-cadre n° 03-22 formant charte de l'investissement a été publié au Bulletin Officiel n° 7151 du 12 Décembre 2022.

<sup>20</sup> [https://www.csm.d.ma/documents/Rapport\\_General.pdf](https://www.csm.d.ma/documents/Rapport_General.pdf)

<sup>21</sup> <https://www.cspj.ma/fr> : Le plan stratégique du Conseil Supérieur du Pouvoir judiciaire 2021-2026 du 19 Janvier 2022 prévoit aussi parmi les divers axes l'encouragement des MARC.

<sup>22</sup> Le Dahir n° 1-22-34 du 24 mai 2022 portant promulgation de la loi n° 95-17 relative à l'arbitrage et à la médiation conventionnelle a été publié au Bulletin Officiel n° 7099 du 13 juin 2022 en langue arabe : <http://www.sgg.gov.ma/BulletinOfficiel.aspx>.

<sup>23</sup> <https://www.cnea.ma>, consulté le 27 Décembre 2022.

<sup>24</sup> Cette conclusion découle de la comparaison entre la loi marocaine, le code de procédure civile algérien (loi n°08-09 du 25/02/2008), notamment son livre 5 sur les modes alternatifs de règlement des différends, la loi libyenne No.4 de 2010 sur l'arbitrage et la conciliation, le Code de procédure civile et commerciale libyen de 1953, le Code de l'arbitrage tunisien de 2017 et la loi égyptienne n° 27/1994 sur l'arbitrage commercial et civil.

<sup>25</sup> OUKERZAZ (H), 13 Novembre 2022, Arbitrage au Maroc : Nouveautés, enjeux, obstacles, <https://lematin.ma/express/2022/arbitrage-maroc-nouveautés-enjeux-obstacles/>, consulté le 26 Décembre 2022.

<sup>26</sup> BETTO (J-G), 30 Avril 2019, Arbitrage, accélérateur de l'attractivité économique du continent africain, <https://www.leclubdesjuristes.com/>, consulté le 28 Décembre 2022 ; FALL (A), 30 Novembre 2019, L'Afrique et l'arbitrage international : Nouveaux développements, <https://www.iarbafrica.com/>, consulté le 28 Décembre 2022 ; ONYEMA (E), 30 Juin 2020, - l'arbitrage en Afrique, rapport d'enquête 2020, Principaux centres et sièges d'arbitrage africains, p 12, <https://afas-global.org/>, consulté le 28 Décembre 2022 ;

A cet égard, le législateur marocain a officiellement consacré la Ville de Casablanca comme place d'arbitrage international en attribuant la compétence de juge d'appui à la procédure arbitrale<sup>27</sup> au président du Tribunal commercial de cette ville au cas où l'arbitrage se déroule à l'étranger et si les parties ont choisi l'application de la loi d'arbitrage marocaine<sup>28</sup>. Casablanca abrite également plusieurs institutions arbitrales, y compris la Cour Marocaine d'Arbitrage<sup>29</sup> ainsi que le Centre International de Médiation et d'Arbitrage de Casablanca (CIMAC)<sup>30</sup>.

En effet, le Maroc par sa stabilité politique et ses nombreux atouts géographiques, démographiques, culturels et économiques peut émerger en un véritable hub régional entre l'Europe, l'Afrique, l'Orient et l'Occident<sup>31</sup>. Il occupe une place géographique centrale accessible grâce à un aéroport international et se distingue par la cohabitation de différentes cultures ce qui véhicule une mentalité de consensus très utile en matière de MARC. Casablanca a de même la réputation de ville internationale ouverte sur le monde et dispose de fournisseurs de services et d'infrastructures à même de recevoir les arbitrages (Institutions d'arbitrages, Avocats, Conseillers juridiques, Experts, Traducteurs, hôtels avec salles de conférence...).

Au surplus, le Maroc n'est impliqué jusqu'à présent que dans Sept affaires connues d'arbitrage d'investissement<sup>32</sup>. Bien qu'il ait connu une forte augmentation des investissements directs à l'étranger ces dernières années, les litiges d'arbitrage international dans lesquels il est impliqué ne sont pas nombreux contrairement aux pays du Maghreb Arabe<sup>33</sup>.

De même, plusieurs décisions des juridictions marocaines témoignent de la volonté des juges de contribuer à l'épanouissement de l'arbitrage.

#### 4. La réputation du Maroc en matière d'arbitrage :

##### A. Les litiges internationaux dans lesquels le Maroc est impliqué

Comme le montre, ci-dessous, la liste des affaires d'arbitrages résolues<sup>34</sup>, le Maroc a été exemplaire dans sa gestion des différends en matière d'investissement. Sur le plan stratégique, cette liste révèle également qu'un plus grand soin peut être souhaité dans l'amélioration de la transparence des décisions administratives, dans la coordination des services gouvernementaux, et dans le respect des accords antérieurs et des promesses faites par les autorités publiques. Ces enseignements valent, en effet, à tous les gouvernements du monde respectueux de l'État de droit.

##### • Holiday Inns S.A. et autres c. Maroc, Affaire CIRDI n° ARB/72/1

Les faits et décisions de l'affaire Holiday Inns restent inédits mais ont été discutés par l'avocat des demandeurs<sup>35</sup>. Le différend découle d'un accord signé par le gouvernement marocain en 1966 avec les

<sup>27</sup> Cette expression est utilisée pour décrire le juge qui apporte son soutien à l'arbitrage en remédiant aux difficultés procédurales.

<sup>28</sup> Cette compétence était auparavant attribuée au président du tribunal de commerce de Rabat conformément aux dispositions de l'article 327-41 de la loi n° 08-05 abrogée.

<sup>29</sup> La Cour marocaine d'arbitrage est un organisme indépendant créée par la Chambre de commerce internationale (CCI Maroc), qui s'impose comme un acteur national incontournable en la matière.

<sup>30</sup> Arbitrage : Le CIMAC affiche des ambitions internationales, 20 janvier 2022, <https://casablancafianancecity.com/>, consulté le 2 janvier 2023.

<sup>31</sup> EL OTMANI ( K ), 24 Mai 2021, Le Maroc, Hub pour l'Afrique, <https://www.mapnews.ma/>, consulté le 3 Janvier 2023 ; MEFTAH ( R ), 31 Mai 2022, Le Maroc : Hub régional au centre de la relation Europe-Afrique, <https://www.libe.ma/>, consulté le 3 Janvier 2023 ;

<sup>32</sup> <https://investmentpolicy.unctad.org/investment-dispute-settlement/country/142/morocco/respondent>, consulté le 27 Décembre 2022.

<sup>33</sup> ISDS en chiffres, Impact de l'arbitrage des investissements contre les Etats d'Afrique, Transnational Institute. Amsterdam, Octobre 2019, p 3, [https://www.tni.org/files/publication-downloads/digital\\_isds\\_africa\\_fr.pdf](https://www.tni.org/files/publication-downloads/digital_isds_africa_fr.pdf), consulté le 31 Décembre 2022 : A l'heure actuelle, 28 pays d'Afrique soit près de 50 % des pays de la région ont fait l'objet de poursuites par des investisseurs devant les tribunaux d'arbitrage internationaux et trois d'entre eux concentrent à eux seuls 51 % du total des plaintes déposées contre des Etats du continent (Egypte, Lybie et Algérie).

<sup>34</sup> Trois autres affaires sont encore en cours de résolution auprès du CIRDI :

-Corral Morocco Holdings AB c. Maroc, Affaire CIRDI n° ARB/18/7, Comercializadora Mediterránea de Viviendas S.L. c. Maroc. : <https://medias24.com/2018/04/25/exclusif-corral-vs-maroc-les-details-de-la-requete-deposee-au-cirdi/>

-Affaire CIRDI n° ARB/22/17 Comercializadora Mediterránea de Viviendas S.L. c. Maroc : <https://globalarbitrationreview.com/article/morocco-and-algeria-face-treaty-disputes>;

-Affaire CIRDI n° ARB/22/17, <https://globalarbitrationreview.com/article/morocco-dragged-icsid-over-satellite-cities-project>

Les informations sur leur objet, les prétentions des investisseurs étrangers et de l'Etat marocain et leur éventuelles issues ne sont pas encore disponibles.



sociétés américaines Holiday Inns et Occidental Petroleum, dans lequel les parties ont décidé de créer une joint-venture dont l'objet était la création et l'exploitation au Maroc de quatre hôtels de cinq étoiles avec 300 chambres chacun à Rabat, Marrakech, Fès et Tanger.

Mais depuis 1971, certains responsables marocains se sont montrés déterminés à obtenir une modification du contrat dans un sens plus avantageux pour le Maroc. En mai 1971, le gouvernement marocain a alors décidé d'arrêter tout paiement alors que la construction de deux des quatre hôtels avait été terminée. L'affaire Holiday Inns c. Maroc, la première affaire introduite en vertu de la Convention CIRDI, était ainsi entamée en décembre 1971. Après le début de l'arbitrage, le Maroc a déposé des demandes reconventionnelles en rapport avec le manquement de l'investisseur à assurer son propre financement et à respecter les normes de qualité requises en droit marocain.

Avant toute décision au fond, les parties de l'affaire Holiday Inns sont parvenues à un accord à l'amiable au cours de l'été 1978. La procédure a donc été clôturée en octobre 1978<sup>36</sup>.

• **Salini Costruttori S.p.A. and Italstrade S.p.A. c. Maroc, Affaire CIRDI n° ARB/00/4**

La demande de l'affaire Salini a été introduite en 2000 par deux sociétés de construction italiennes contre le Maroc au sujet de sommes non payées encourues lors de travaux de construction de l'autoroute reliant Rabat et Fès.

En octobre 1995, agissant en tant que consortium, les sociétés ont conclu un contrat de marché public avec la Société Nationale des Autoroutes du Maroc (ADM). Les travaux se sont achevés en octobre 1998. En avril 1999, les demandeurs ont envoyé à ADM une liste de réclamations pour les coûts supplémentaires suite aux mauvaises conditions climatiques, aux charges financières, aux changements imprévisibles des devises, entre autres. Cependant, ADM n'a pas répondu à cette demande.

Dans sa décision sur la compétence en date du 23 juillet 2001, après avoir constaté que le contrat constituait un investissement en vertu du Traité bilatéral d'investissement (TBI)<sup>37</sup> Italie-Maroc, le tribunal s'est déclaré compétent<sup>38</sup>. La procédure a été clôturée en février 2004 suite à un règlement à l'amiable entre les parties.

• **Consortium R.F.C.C. c. Maroc, CIRDI Affaire n° ARB/00/6**

En 1995, le consortium R.F.C.C. a conclu un contrat de marché public pour construire une partie d'une nouvelle autoroute entre Rabat et Fès. Les parties contractantes se sont néanmoins disputées après la fin des travaux quant au montant à payer.

Dans une sentence en date du 22 décembre 2001, le tribunal a rejeté toutes demandes du demandeur car l'acte en question a été accompli par l'ADM en qualité de partie contractante privée et non d'organisme public. Le tribunal a également estimé que le Maroc n'a pas commis de discrimination à l'encontre de l'investisseur. La décision du tribunal a été validée par le comité ad hoc d'annulation en janvier 2006<sup>39</sup>.

• **The Carlyle Group L.P. et autres c. Maroc, CIRDI Affaire n° ARB/18/29**

La demande de l'affaire Carlyle Group a été déposée par le groupe américain Carlyle ainsi que par six autres sociétés basées aux États-Unis en 2018 en vertu de l'Accord de libre-échange entre les États-Unis et le Maroc.

À partir de 2015, les demandeurs ont conclu une série de contrats avec la Société Anonyme Marocaine de

<sup>35</sup> LALIVE (P), The First 'World Bank' Arbitration, British Yearbook of International Law, Vol. 51 (1), 1980, pp. 123-162.

<sup>36</sup> <https://icsid.worldbank.org/cases/case-database/case-detail?CaseNo=ARB/72/1>

<sup>37</sup> Guide de l'arbitrage international du cabinet LATHAM & WATKINS LLP, <https://www.lw.com/en/practices/international-arbitration>) p 31, consulté le 25 Décembre 2022 : Un BIT (Bilateral Investment Treaty) est un Traité conclu entre deux États en vue de promouvoir et de protéger les investissements réalisés par des ressortissants d'un Etat (Etat d'origine) dans le territoire d'un autre (Etat d'accueil).

<sup>38</sup> <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0738.pdf>

<sup>39</sup> <https://icsid.worldbank.org/cases/case-database/case-detail?CaseNo=ARB/00/6>

l'Industrie du Raffinage (SAMIR), par l'intermédiaire de deux SPV<sup>40</sup> incorporées dans les îles Caïmans. En vertu de ces contrats, les demandeurs devaient acheter certaines marchandises (pétrole brut et produits pétroliers) provenant de la SAMIR, lesquelles devaient rester dans les réservoirs de stockage de la SAMIR à Mohammedia. Finalement, les marchandises seraient revendues à la SAMIR avec une prime.

Cependant, en août 2015, la SAMIR est devenue insolvable. En conséquence, selon les demandeurs, au cours de la procédure de redressement judiciaire de la SAMIR, le Maroc aurait saisi certains produits et espèces qui appartenaient au groupe Carlyle.<sup>41</sup> De son côté, le Maroc a nié tout acte répréhensible et a fait valoir que les demandeurs n'avaient effectué aucun investissement. La procédure a été clôturée en septembre 2022 à la suite d'un accord de transaction<sup>42</sup>.

• **Scholz Holding GmbH c. Maroc. Affaire CIRDI n° ARB/19/2**

La demande a été introduite en janvier 2019 en vertu du TBI Allemagne-Maroc par la société allemande Scholz. Le différend portait sur la filiale marocaine de Scholz, Scholz Metall Marokko (SMM), qu'elle a créée en 2008. Basée dans la ville de Skhirat, la société traitait la ferraille avant de l'exporter vers l'Union européenne.

Selon SMM, son activité a été bloquée par les interdictions générales imposées par le ministère marocain de l'Industrie en 2012 et 2013 sur l'exportation de ferraille vers l'Union européenne, ainsi que par l'interdiction d'importer un type d'acier que SMM traite dans son usine. Pour elle, ces mesures auraient été mises en œuvre à la demande de concurrents locaux.<sup>43</sup>

Par une sentence datée du 1er août 2022, le tribunal a rejeté toutes les demandes de l'investisseur. Dans son raisonnement, le tribunal a accepté l'argument du demandeur selon lequel le Maroc avait imposé une interdiction de facto des exportations de ferraille qui manquait de transparence, puisqu'il s'agissait d'une mesure non écrite. Selon le tribunal, une telle interdiction est susceptible de constituer une violation du TBI. Toutefois, les demandes de l'investisseur ont été rejetées car il n'y avait pas eu de lien de causalité entre l'interdiction et la perte subie par Scholz, qui n'exportait pas de métal au moment de l'interdiction.<sup>44</sup>

• **Impresa Pizzarotti & C. S.p.A. c. Maroc, CIRDI Affaire n° ARB/19/14**

La demande a été introduite en mai 2019 en vertu du TBI Italie-Maroc par une entreprise de construction italienne.

Les demandes concernent le projet de tunnel des Oudayas. Le demandeur prétend que le Maroc a fait des déclarations inexactes sur la complexité du projet au stade de l'appel d'offres, étant donné que le tunnel devait passer sous la Kasbah des Oudayas, classée par l'UNESCO. En conséquence, l'investisseur affirme avoir été payé moins que promis, et que ses tentatives pour obtenir réparation auprès des tribunaux marocains n'ont pas été fructueuses<sup>45</sup>. À la suite d'un accord de transaction entre les parties, la procédure a été clôturée en mai 2021<sup>46</sup>.

<sup>40</sup> SPV (Special Purpose Vehicle) ou fonds commun de créances est une entité juridique qui a un objet social unique de détenir les actifs et les financements liés au projet.

<sup>41</sup> <https://medias24.com/2018/04/27/exclusif-lamericain-carlyle-reclame-400-millions-de-dollars-au-maroc-et-menace-de-saisir-le-cirdi/>

<sup>42</sup> <https://icsid.worldbank.org/cases/case-database/case-detail?CaseNo=ARB/18/29>

<sup>43</sup> <https://medias24.com/2019/01/14/scholz-vs-maroc-la-holding-allemande-reclame-60-millions-deuros-devant-le-cirdi/>

<sup>44</sup> <https://globalarbitrationreview.com/article/morocco-defeats-scrap-metal-claim>

<sup>45</sup> <https://globalarbitrationreview.com/article/morocco-faces-icsid-claim-over-road-tunnel>

<sup>46</sup> <https://icsid.worldbank.org/cases/case-database/case-detail?CaseNo=ARB/19/14>

## B. La jurisprudence marocaine en matière d'arbitrage

L'étude des décisions accessibles des juridictions marocaines en matière d'arbitrage démontre que les juges marocains veillent à assurer l'efficacité de l'arbitrage.

De prime abord, le principe compétence-compétence<sup>47</sup> dans son aspect négatif<sup>48</sup> a été réitéré dans plusieurs affaires par la Cour de Cassation Marocaine, qui considère que lorsqu'une partie invoque une clause compromissoire, il devient impératif de recourir à l'arbitrage avant la justice étatique<sup>49</sup>. Selon cette même juridiction, la saisine des juridictions étatiques ne peut être considérée par le tribunal comme une tacite renonciation à la convention d'arbitrage, puisque toute modification ou résiliation d'une convention ne peut se faire que par accord exprès des parties concernées<sup>50</sup>.

Dans le même sens et afin de renforcer le régime prétorien de la clause compromissoire, les tribunaux marocains admettent la validité de la clause compromissoire par référence si la partie à laquelle on l'oppose en a pris connaissance lors de la communication et de l'acceptation des conditions générales<sup>51</sup>.

De même à l'instar des pays qui ont promu l'arbitrage et dans lesquels s'est développé un mouvement de séparabilité de la convention d'arbitrage par rapport au contrat<sup>52</sup>, la jurisprudence marocaine a affirmé ce principe à contrario bien avant sa consécration légale par l'ancienne loi n° 08-05 complétant et modifiant le code de procédure civile marocain. Ainsi, la clause d'arbitrage est une convention indépendante des autres clauses du contrat, dont l'annulation n'entraîne aucun effet sur le contrat principal qui reste soumis pour toute contestation à la justice étatique<sup>53</sup>. Inversement, l'annulation du contrat se référant à la convention d'arbitrage n'a aucun effet sur l'existence de celle-ci dans la mesure où il appartient au tribunal arbitral d'apprécier la validité de la convention principale.

Enfin au même titre que quelques décisions de justice étatique et arbitrale comparées de plusieurs pays occidentaux en matière d'arbitrage international visant à assurer le rayonnement de la convention d'arbitrage à l'égard des tiers, les tribunaux marocains admettent l'extension de la clause compromissoire signée par une société membre d'un groupe de sociétés à une autre société du groupe. Cette extension puise son fondement dans la théorie de la transparence, qui vise à sanctionner l'abus manifeste ou la fraude ou encore dans l'acceptation tacite, voire présumée, de la clause d'arbitrage par la partie non-signataire, déduite de sa participation plus ou moins active, à des titres divers, à la négociation, l'exécution, ou même la résiliation du contrat<sup>54</sup>.

<sup>47</sup> Le principe compétence-compétence est aujourd'hui reconnu par les principales conventions internationales, la plupart des législations modernes sur l'arbitrage, comme la plupart des règlements d'arbitrage. Il a un aspect positif en vertu duquel la contestation de la validité et de l'étendue de la convention d'arbitrage devant l'arbitre ne le prive pas du pouvoir d'examiner cette objection à sa compétence. Dans son aspect « négatif », il implique que la compétence des arbitres, pour statuer sur leur propre compétence, est exclusive de la compétence du juge étatique qui n'a compétence ni pour trancher le litige ni pour statuer sur la validité de la clause d'arbitrage à moins que cette dernière ne soit manifestement nulle ou ne puisse manifestement pas être appliquée.

Il a incontestablement joué un rôle essentiel dans le développement de l'arbitrage et témoigne de « la maturité d'un droit » par rapport à ce mode ( Cf : GAILLARD ( E ), La jurisprudence de la Cour de Cassation en matière d'arbitrage international, Texte de la conférence donné à la Cour de Cassation le 13 Mars 2007 sur « la jurisprudence de la Cour de Cassation en matière d'arbitrage international », p 10, <https://edisciplinas.usp.br>, consulté le 17 Février 2023).

<sup>48</sup> FOUCHARD ( Ph ), GAILLARD ( E ), GOLDMAN ( B ), 1996, Traité de l'arbitrage commercial international, Litec, Delta, Liban n° 647 à 682, p 407 à 426.

<sup>49</sup> Arrêt n° 2200 de la Cour d'appel commerciale de Casablanca du 24 Novembre 1987, inédit ; Arrêt n° 151 de la Cour d'appel commerciale de Marrakech du 20 Avril 1999 ; Arrêt de la Cour de Cassation n° 116 du 30 Janvier 2008, inédit ; Arrêt n° 1577 de la Cour d'appel commerciale de Marrakech du 10 Novembre 2009, inédit ; Arrêt n° 1556 de la Cour de Cassation du 3 Décembre 2008, inédit ; Arrêt n° 87 de la cour d'appel commerciale de Fès du 17 Janvier 2012, inédit ;

Adde : Arrêt n° 1427 du 3 Novembre 2016 de la Cour de cassation Marocaine, in les modes alternatifs de règlement des différends à la lumière des orientations de la Cour de cassation et des points de vue des spécialistes sous la direction et la coordination de Nabil Mohamed BOUHMIDI, Revue des sciences juridiques - Maroc Droit, Librairie Rachad Settat, 2021 ( 1ère édition ), p 12 à 16.

<sup>50</sup> Arrêt n° 259 de la Cour de Cassation du 5 Mars 2008, Jurisprudence publiée par le Cabinet Bassamat Fassi Fihri, <https://www.jurisprudence.ma/a-propos-de-jurisprudence-ma/>, consulté le 17 Février 2023.

<sup>51</sup> Arrêt n° 2014/2157 de la Cour d'appel commerciale de Casablanca du 28 Avril 2014, in les modes alternatifs de règlement des différends à la lumière des orientations de la Cour de cassation et des points de vue des spécialistes sous la direction et la coordination de Nabil Mohamed BOUHMIDI, op.cit, p 78 à 88.

<sup>52</sup> SERAGLINI ( Ch ), ORTSCHIEDT ( J ), op.cit, n° 76, p 102.

<sup>53</sup> Arrêt n° 1003 de la Cour de cassation du 9 Juillet 2008, in les moyens alternatifs de règlement des différends- la transaction-la médiation-l'arbitrage sous la direction de Ahmed AJOUN, les publications de la revue marocaine des systèmes juridiques et politiques, n° 20, 2020 ( 1ère édition ), L'imprimerie Oumnia de Rabat, p 53.

Adde : Arrêt n° 242 de la cour d'appel commerciale de Casablanca du 11 Février 2009, inédit ; Arrêt n° 3/385 de la Cour de Cassation du 11 Novembre 2015, in L'arbitrage et la justice étatique, sous la coordination de Mohamed ELAOUAD, Revue du Tribunal international d'arbitrage et de médiation des litiges commerciaux en collaboration avec la revue des sciences juridiques, Imprimerie El Oumnia, Rabat, p 182 à 186.

<sup>54</sup> SERAGLINI ( Ch ), ORTSCHIEDT ( J ), op.cit, n° 205 pp 252 à 251 et n° 721 pp 703 à 705.

Ces arguments ont été repris par la haute juridiction marocaine qui a décidé par un arrêt de principe<sup>55</sup> dans la fameuse affaire Ynna Holding Vs Five FCB<sup>56</sup> que l'extension de la clause d'arbitrage à une holding alors qu'elle n'en est pas signataire est une question de fait, soumise à l'appréciation des juges de l'exequatur à condition que leur décision soit suffisamment motivée. C'est la raison pour laquelle l'arrêt de la Cour d'appel commerciale de Casablanca a été cassé et que l'affaire a été renvoyée devant une formation différente de la même juridiction.

<sup>55</sup> Arrêt n° 1/615 de la cour de cassation (toutes chambres réunies) du 3 Octobre 2022, inédit.

<sup>56</sup> EL HOURRI (A), 5 Octobre 2022, Jurisprudence Ynna Holding Vs Five FCB : l'affaire de la décennie, <https://medias24.com/>, consulté le 18 Février 2023, MOUSJID (B), 14 Octobre 2022, Maroc : la victoire d'Ynna Holding contre Fives FCB au centre du débat, <https://www.jeuneafrique.com/1>, consulté le 28 Février 2023, SYLLA (A), 23 Septembre 2015, Affaire Ynna Holding/ Fives FCB : Chaabi s'explique, <https://www.challenge.ma/>, consulté le 1er Mars 2023 : La filiale Ynna Asment d'Ynna Holding a signé une convention d'investissement avec l'Etat marocain et lancé un appel d'offre international en décembre 2007 pour la réalisation d'une cimenterie d'un montant de 164 millions d'euros dans la région de Settat. Fives FCB a alors été désigné en 2008 à titre de fournisseur principal en vertu d'un contrat qui prévoit l'application du droit suisse en cas de contentieux. En 2009, FCB Fives a mis en œuvre la clause compromissoire et a sollicité la Cour Internationale d'Arbitrage de la CCI de Genève, en raison de la rupture unilatérale du contrat par Ynna Asment. Cette dernière a considéré que le groupe français ne s'est pas acquitté de ses obligations dans les délais contractuels. Le tribunal arbitral a tranché cette affaire par une sentence condamnant solidairement Ynna Holding et sa filiale au paiement d'une somme de près de 19,5 millions d'euros, avec intérêts à 5 % à compter de juillet 2009. L'exequatur de cette sentence se révèle être un long processus judiciaire au centre duquel les juridictions doivent successivement se prononcer sur l'extension de la clause compromissoire conclue par une filiale à la société mère. En 2012, le Tribunal de commerce de Casablanca a rendu une ordonnance d'exequatur limitant l'exécution de la sentence arbitrale à Ynna Asment. Ce jugement a été infirmé par la Cour d'appel de Casablanca en 2015 qui s'est aligné sur la position des arbitres. Ynna Holding et Ynna Asment se sont alors pourvus en cassation la même année, mais la décision de cette haute juridiction ne sera prise que sept ans après par l'arrêt cité dans la note de bas de page précédente. L'affaire est toujours en cours en attendant la décision de la juridiction de renvoi.

# 2

## LES PRINCIPAUX CHANGEMENTS APPORTÉS PAR LE CODE

Le Code maintient un grand nombre de caractéristiques favorables à l'arbitrage de la loi n° 08-05 en particulier la distinction entre l'arbitrage interne et l'arbitrage international, et continue à offrir un régime plus souple pour l'arbitrage international. Par rapport à l'ancienne loi n° 08-05, le Code contient, d'une part, des dispositions qui visent à moderniser et à libéraliser le régime de l'arbitrage au Maroc. D'autre part, il contient également plusieurs mises en garde qui peuvent avoir pour effet de renforcer la position de la justice étatique vis-à-vis de l'arbitrage.

Pour ce qui est de la médiation conventionnelle, le Code a introduit des innovations juridiques par rapport à la législation abrogée visant à rendre ce mode amiable de règlement des différends plus souple et efficace.

### 1. Libéralisation et modernisation de l'arbitrage

Tout d'abord, le Code est marqué par plusieurs changements favorables à l'arbitrage. Une modification importante concerne la validité des conventions d'arbitrage signées par des personnes morales de droit public, telles que les collectivités locales et les entités qui leur sont liées. En vertu de l'ancienne loi n° 08-05, si ces entités sont en principe autorisées à conclure des conventions d'arbitrage, elles ne peuvent le faire que si les lois et règlements applicables le permettent. À cet égard, l'article 16 du Code ajoute que la convention d'arbitrage conclue par ces entités en violation de la condition susmentionnée demeure valide. De même, en vertu de la législation abrogée, les entreprises publiques peuvent conclure des conventions d'arbitrage si elles sont autorisées par leur conseil d'administration. L'article 17 du Code supprime cette exigence et prévoit simplement que les entreprises, les établissements et institutions publics sont capables de conclure des conventions d'arbitrage. Cela permet au Maroc de rejoindre la tendance législative dominante dans le monde, qui consiste à accorder aux entités et entreprises publiques la capacité de compromettre<sup>57</sup>.

Un autre point intéressant est l'attitude libérale adoptée par le Code à l'égard de la définition de l'arbitrage international (par rapport à l'arbitrage interne). Alors que la loi n° 08-05 prévoyait une liste définitive d'arbitrages considérés comme «internationaux», l'article 72 du Code fournit une définition plus large, selon laquelle les arbitrages impliquant des intérêts du commerce international et dont au moins une des parties est domiciliée ou basée à l'étranger seront considérés comme des arbitrages «internationaux». En élargissant son champ d'application, le Code permet potentiellement à davantage d'arbitrages de bénéficier du régime libéral conçu pour l'arbitrage international. Mais en tout état de cause, tant pour l'arbitrage interne qu'international, le Code oblige désormais les juges marocains à reconnaître et à exécuter pleinement les sentences arbitrales qui n'ont pas fait l'objet d'une contestation dans les délais prévus par la loi, tant qu'elles ne sont pas contraires à l'ordre public interne et international (articles 70 et 79).

<sup>57</sup> DIALLO (O), 2010, Le consentement des parties à l'arbitrage international, Graduate Institute Publications, Edition Alpha, Genève, pp 13 à 53.

Deuxièmement, le Code aborde l'utilisation extensive des technologies de communication dans l'arbitrage. En effet, après l'apparition de la pandémie de Covid-19, nombreux sont ceux qui ont appelé à une utilisation accrue et à une réglementation de la technologie dans les procédures arbitrales par les lois nationales<sup>58</sup>. L'article 3 du Code, par exemple, dispose que les conventions d'arbitrage peuvent être conclues par voie de communication électronique conformément aux textes légaux en vigueur. L'article 33 prévoit que les tribunaux peuvent, si nécessaire et avec l'accord des parties, se réunir à distance en utilisant les techniques modernes de télécommunication. Cette clarification apporte une sécurité juridique importante au statut des audiences virtuelles au Maroc, ce qui est rarement le cas dans d'autres législations sur l'arbitrage<sup>59</sup>. Le tribunal peut également envoyer la version électronique de sa sentence (article 51) et la décision concernant ses honoraires (article 52) par voie électronique. Le Code permet aussi explicitement aux parties d'échanger les mémoires en demande (article 35) et en défense (article 36) par de tels moyens.

Le Code a ainsi prévu une variante de l'arbitrage, en l'occurrence en ligne ou numérique qui renvoie aussi bien à l'échange de documents par voie électronique dans une instance arbitrale qui demeure essentiellement physique, que la dématérialisation partielle avec la constitution de data rooms ou la dématérialisation totale dans des procédures où les arbitres et les parties ne se rencontrent plus ni n'échangent entre eux<sup>60</sup>.

Enfin, le Code apporte des éclaircissements sur plusieurs questions ouvertes qui ne sont souvent traitées que par la jurisprudence. Par exemple, pour faire face à la difficulté de nommer des arbitres dans des litiges multipartites (comme le montre l'arrêt Dutco et l'évolution pertinente devant les tribunaux français<sup>61</sup>), l'article 23 du Code donne aux juges marocains le pouvoir de nommer l'arbitre unique dans ce scénario afin que la procédure d'arbitrage puisse se poursuivre.

Le Code établit également des règles claires sur les responsabilités liées au comportement durant la procédure, qui sont, dans la jurisprudence de nombreux pays, uniquement soumises aux règles générales du contrat ou de la responsabilité civile<sup>62</sup>. Par exemple, dans le cas d'une demande abusive d'annulation d'une sentence, l'article 64 du Code ajoute que la Cour doit ordonner au demandeur d'indemniser l'autre partie avec un montant qui ne soit pas inférieur à 25% de celui accordé dans la sentence arbitrale. De même, en ce qui concerne l'énigme de la responsabilité civile des arbitres, qui est résolue par la théorie contractuelle dans certains pays et par la théorie juridictionnelle dans d'autres, le Code instaure un régime d'immunité limitée qui permet à une partie de poursuivre le tribunal ou un membre individuel dans les cas où le tribunal ne se réunit pas à nouveau pour interpréter une sentence ou pour corriger une erreur matérielle (article 56).

## 2. Appui de la justice étatique à l'arbitrage

Si le Code présente des éléments évidents de libéralisation de l'arbitrage, certaines dispositions peuvent toutefois avoir pour effet de renforcer le contrôle des juges marocains sur l'arbitrage. Par exemple, l'article 32 du Code permet désormais, au moins dans l'arbitrage interne, aux parties de contester l'ordonnance d'un tribunal arbitral sur sa propre compétence devant un juge. De même, en ce qui concerne la liste officielle des arbitres, l'article 12 du code ajoute que seules les personnes ayant des compétences et une expérience suffisante en matière d'arbitrage, comme l'exige le texte réglementaire, peuvent être inscrites. Néanmoins, cette disposition ne devrait pas avoir d'impact significatif, tant que les parties et les juges marocains sont en mesure de désigner des arbitres qui ne figurent pas sur la liste (article 13).

<sup>58</sup> Plusieurs institutions arbitrales ont, par exemple, modifié leurs règlements d'arbitrage afin de s'adapter à l'utilisation accrue de la technologie dans l'arbitrage : article 14(3) du règlement d'arbitrage de la LCIA (2020) ; article 26(1) du règlement d'arbitrage de la CCI (2021).

<sup>59</sup> International Council for Commercial Arbitration, 2022, Does a Right to a Physical Hearing Exist in International Arbitration?, <https://cdn.arbitration-icca.org/>, p 17 à 19, consulté le 30 Janvier 2023 : Le statut des audiences virtuelles a provoqué une grande incertitude dans la pratique au Bahreïn, en Chine, au Danemark, en Allemagne et en Norvège.

<sup>60</sup> Rapport sur l'arbitrage en ligne, Avril 2019, Commission de travail présidée par Thomas CLAY, Le Club des jeunes juristes, <https://www.leclubdesjuristes.com/>, p 5, consulté le 30 Décembre 2022 : L'arbitrage en ligne englobe également les procédures où les arbitres sont carrément remplacés par des algorithmes générés par l'intelligence artificielle. Toutefois le Code ne les encadre pas.

<sup>61</sup> <https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000007028100/>, consulté le 30 Décembre 2022 ; FOUCHARD ( Ph ), GAILLARD ( E ), GOLDMAN ( B ), 1996, op.cit, n° 792 et 793, pp 484 à 486 ; SERAGLINI ( Ch ), ORTSCHIEDT ( J ), op.cit , n° 761 et suivants, pp 693 à 695.

<sup>62</sup> BORN (G), 2021, International Arbitration: Law and Practice, Kluwer, pp 176 à 178.

Peut-être dans l'objectif de neutraliser l'ingérence de la justice étatique dans l'arbitrage, le Code exige désormais que le juge marocain convoque les parties avant de prendre sa décision. Cela inclut, entre autres, la procédure d'exécution et de reconnaissance des sentences arbitrales nationales et internationales (articles 67 et 77), de la prorogation de la durée de l'arbitrage par le Président du Tribunal Compétent en cas d'absence d'accord des parties ( article 48 ), de la récusation des arbitres (article 29), de la correction et de l'interprétation des sentences arbitrales nationales (articles 55 et 56), ainsi que du recours contre une ordonnance refusant d'accorder l'exequatur pour les sentences arbitrales nationales et internationales (articles 70 et 81). En effet, une telle exigence peut réduire les risques d'arbitraire des juges en leur permettant de repérer les irrégularités éventuelles. Mais en contrepartie, le fait de permettre aux parties de présenter leur point de vue peut également donner lieu à des demandes abusives et à des manœuvres dilatoires de la part de parties malveillantes.

### **3. L'assouplissement et le renforcement de l'efficacité de la médiation conventionnelle**

Afin d'encourager le recours à la médiation conventionnelle, l'article 89 alinéa 1 du Code élargit les modalités de conclusion de la convention. Elle peut aussi bien être établie par écrit par acte authentique, sous-seing privé ou par procès-verbal dressé devant le tribunal que devant le médiateur désigné ou par tout autre moyen convenu par les parties.

Dans le même sens, la clause de médiation ne doit plus à peine de nullité obligatoirement désigner le ou les médiateurs ni en prévoir les modalités de désignation. L'article 91 mentionne qu'elle doit uniquement sous peine de la même sanction spécifier qu'il s'agit de la médiation conventionnelle soumise aux dispositions du titre y afférent dans le Code.

Par ailleurs, en vue de garantir la célérité de la médiation, la durée de prorogation de la mission du médiateur ne doit pas dépasser un total de trois mois supplémentaires (article 94). De même, le législateur limite à sept jours la durée de la procédure au terme de laquelle le président du tribunal territorialement compétent accorde à la transaction issue de la médiation l'exequatur (Article 100). La loi n° 08-05 n'enserrait ni le procès de médiation ni la procédure d'exequatur de la transaction qui en découle dans des délais butoirs, ce qui était préjudiciable au développement de la médiation, censée être plus rapide que la justice étatique.

Enfin, pour assurer la crédibilité de la médiation conventionnelle, le Code prévoit les conditions d'exercice de la fonction médiateur ainsi qu'une obligation de révélation de toute cause pouvant porter atteinte à l'indépendance, l'impartialité ou la neutralité de la personne désirant l'exercer (Article 97).

Les personnes éligibles à la fonction de médiation ne doivent pas avoir été condamnées en vertu d'un jugement ayant force de chose jugée pour des faits contraires à l'honneur, à la probité ou aux bonnes mœurs ou avoir fait l'objet d'une sanction disciplinaire aboutissant à leur révocation d'une fonction officielle. Il en va de même des sanctions pécuniaires prévues au septième titre du cinquième livre de la loi n° 15-95 relative au Code du commerce<sup>63</sup>, de la déchéance commerciale ou de la privation de l'exercice d'un droit civil.

<sup>63</sup> Dahir n° 1-96-83 du 1er août 1996 portant promulgation de la loi n° 15-95 formant code de commerce, telle que modifiée et complétée, <http://justice.gov.ma>

# 3

## LES INSUFFISANCES DU CODE

Malgré les diverses avancées réalisées par le Code, celui-ci comporte quelques insuffisances qui doivent être examinées par la jurisprudence ou lors d'une prochaine réforme.

### 1. Le flou autour de la distinction entre la médiation et la conciliation conventionnelle

L'occasion n'a pas été saisie dans la réforme actuelle relative au Code pour clarifier la différence entre médiation et conciliation conventionnelle. Certains codes marocains ne régissent actuellement que la conciliation ou médiation judiciaire<sup>64</sup>. Une allusion à la conciliation conventionnelle figure à l'article 43 de la loi n° 20-08 régissant la profession d'avocat, promulguée par le dahir n° 1-08-101 du 20 octobre 2008<sup>65</sup>, préconisant à l'avocat d'inciter ses clients à recourir à la conciliation ou aux autres modes alternatifs de règlement des conflits. Mais aucune définition précise ne figure dans la législation et la réglementation en vigueur au Maroc et ne précise la différence entre la médiation et la conciliation conventionnelle.

### 2. La faiblesse des dispositions relatives à la confidentialité

Contrairement aux articles relatifs à la médiation conventionnelle, aucune des dispositions du Code n'aborde les questions de confidentialité du procès arbitral, laissant ainsi aux parties et/ou aux centres ou institutions d'arbitrage le soin de les résoudre. En fait, la loi de certains pays encadre explicitement l'existence ainsi que la portée de l'obligation de confidentialité pendant et après l'instance arbitrale<sup>66</sup>.

Au même titre que la législation abrogée, le Code prévoit que le processus de médiation est confidentiel : Les délibérations et les compromis au profit des parties au litige ne peuvent être invoqués devant les tribunaux ou autres instances, sauf clause contraire des parties (Article 95). Au plus, il soumet aussi bien l'arbitre que le médiateur au secret professionnel, sous peine d'application des dispositions prévues par le code pénal (Articles 31 et 96).

Toutefois, afin que l'obligation de confidentialité gagne en efficacité, ces dispositions peuvent être complétées pour englober toutes les personnes concernées : les parties (et leurs conseils) et tout tiers pouvant être appelé à intervenir au processus tel un sachant ou expert.

Dans le même objectif, outre les constatations et déclarations, mêmes les documents échangés pendant la médiation dès lors qu'ils ont été créés pour les besoins des MARC notamment une offre écrite, une note au médiateur ou à l'arbitre ou un document d'évaluation d'un préjudice doivent en principe être soumis à la confidentialité.

<sup>64</sup> Page 4, note 3.

<sup>65</sup> La loi n° 28-08 organisant l'exercice de la profession d'avocat a été promulguée par le Dahir n° 1-08-101 du 20 octobre 2008 et publiée au Bulletin Officiel n° 5680 du 6 Novembre 2008 (texte disponible uniquement en langue arabe).

<sup>66</sup> C'est notamment le cas de l'Espagne (l'article 24(3) de la loi 60/2003 sur l'arbitrage), de la Nouvelle-Zélande (l'article 14(B) d'Arbitration Act de 1996) et de Hong Kong (l'article 18(1) de l'Arbitration Ordinance de 2011).



### 3. L'imprécision relative aux exigences liées à la formation du médiateur et de l'arbitre

Tant vaut l'arbitre, tant vaut l'arbitrage. Certes, l'existence d'un statut juridique de l'arbitre ou du médiateur est discuté, mais l'exercice de cette mission ne cesse de se professionnaliser compte tenu des enjeux des affaires et aux devoirs inhérents à la mission de juger ou de transiger. Par conséquent, un certain nombre de pays ont imposé aux arbitres diverses exigences en matière de compétences ou de formation<sup>67</sup>.

La fixation des modalités de tenue de la liste des arbitres et leurs conditions d'inscription et de radiation a été différée à l'adoption du texte réglementaire prévu par l'article 12 du Code. Or, une bonne application du Code est nécessairement tributaire des critères exigés des arbitres. En effet, l'expérience a démontré que plusieurs personnes ont été victimes de dérapages de l'arbitrage au Maroc : sentences mal rédigées ou tronquées, arbitres véreux, peu formés, incompétents ou usurpateurs, centres d'arbitrages fictifs ou douteux ...<sup>68</sup>

Quant aux dispositions relatives à la médiation conventionnelle, elles ne prévoient pas de précision ultérieure sur les formations, diplômes et expériences requis pour l'exercice de la médiation.

Il est donc fortement recommandé de fixer dans le texte réglementaire et dans la prochaine réforme le type de formation exigée du médiateur ou de l'arbitre (de base professionnalisante et selon les spécialités attendues ainsi que la formation continue), les compétences requises (relationnelles, bon sens de la justice et de l'équité), les qualifications nécessaires (notamment l'expérience pratique) et l'évaluation des équivalences le cas échéant. La mise en place d'une période transitoire, avant d'être considéré comme qualifié, avec un parrainage et la possibilité de désigner un co-médiateur\co-arbitre expérimenté est nécessaire pour compléter la formation.

De même, les devoirs des arbitres et médiateurs doivent être clairement prévus notamment l'obligation d'information à l'égard des parties sur les valeurs et le déroulement de la procédure et celle de s'assurer de la participation effective des parties au processus de médiation jusqu'à son issue.

### 4. La contradiction entre les articles 5 et 23 du Code

La réforme donne des pouvoirs étendus aux juges étatiques pour nommer des arbitres mais en cas de difficulté liée à la constitution du tribunal arbitral (article 23), le Code préserve l'ancienne règle selon laquelle un compromis d'arbitrage, conclu par les parties après la naissance du litige, deviendrait caduc dès que l'un des arbitres qu'il mentionne refuse ou n'est pas en mesure d'accepter sa mission (article 5).

Il faut lever cette contradiction dans la mesure où elle peut faire l'objet d'usages abusifs par un tiers de mauvaise foi aux fins d'annulation de la convention d'arbitrage<sup>69</sup>. A plus forte raison, la volonté des parties de recourir à l'arbitrage qui est un mode consensuel de résolution des litiges doit être, dans tous les cas, respectée et ne doit pas être remise en cause par des tiers. En effet, en droit américain, allemand et suisse, la volonté des parties de recourir à l'arbitrage ne devient pas caduque par le seul fait que la clause choisit un arbitre qui était autrefois compétent mais qui est devenu indisponible entre-temps<sup>70</sup>.

<sup>67</sup> Page 4, note 3.

<sup>68</sup> La loi n° 28-08 organisant l'exercice de la profession d'avocat a été promulguée par le Dahir n° 1-08-101 du 20 octobre 2008 et publiée au Bulletin Officiel n° 5680 du 6 Novembre 2008 (texte disponible uniquement en langue arabe).

<sup>69</sup> C'est notamment le cas de l'Espagne (l'article 24(3) de la loi 60/2003 sur l'arbitrage), de la Nouvelle-Zélande (l'article 14(B) d'Arbitration Act de 1996) et de Hong Kong (l'article 18(1) de l'Arbitration Ordinance de 2011).

<sup>70</sup> BORN (G), op.cit, pp 836 à 838.

# 4 | DES DÉFIS À RELEVER

Le Maroc ambitionne de rendre attractif sa législation relative aux MARC et de faire de Casablanca une place stratégique en matière d'arbitrage eu égard aux impératifs de sécurité juridique pour les investisseurs. La construction d'un ordre juridique afférent à ces mécanismes consensuels a certes été progressive depuis l'indépendance, mais certains défis restent encore à relever.

## 1. Le perfectionnement de la législation et la réglementation marocaine

L'introduction de la possibilité de recourir aux nouvelles technologies dans le Code<sup>71</sup> répond certes aux impératifs de la révolution numérique, mais nécessite d'en cerner tous les enjeux.

En effet, l'utilisation des technologies de communication dans la procédure d'arbitrage requiert le parachèvement de la législation et de la réglementation relative à la souveraineté numérique<sup>72</sup>.

La loi n°43-20 relative aux services de confiance pour les transactions électroniques promulguée par le Dahir n° 1-20-100 du 31 Décembre 2020 établit un cadre juridique propice à la digitalisation. Elle régit trois catégories de signature électronique (simple, avancée et qualifiée) afin de s'adapter à la totalité des situations et actes juridiques et d'offrir davantage de sécurité à ses utilisateurs. Elle vise aussi à multiplier les prestataires de services de certification électronique, ce qui va baisser le coût de la signature électronique et en maximiser l'usage.

Toutefois, l'ensemble des textes nécessaires à l'application de cette loi n'ont pas encore été adoptés, en l'occurrence les articles 5, 14, 78 et 79, dont la mise en œuvre demeure tributaire d'arrêtés des autorités gouvernementales concernées<sup>73</sup>.

De surcroît, les règles relatives à la protection de données personnelles<sup>74</sup> doivent être respectées dans le cadre de la dématérialisation des procédures relatives aux MARC. En effet, la plupart des participants à l'arbitrage sont susceptibles d'être considérés comme des « responsables du traitement » car, par leur fonction, ils déterminent les finalités et les moyens du traitement de données à caractère personnel dans le cadre d'un arbitrage. Aussi, la compréhension et la sensibilisation aux exigences qu'elles impliquent dans le contexte des MARC permet d'éviter que les sentences arbitrales soient contraires à l'ordre public et donc susceptibles d'annulation ou de refus de reconnaissance et d'exécution. Malgré le cadre réglementaire et institutionnel établi par le Maroc<sup>75</sup> pour assurer une protection suffisante des données personnelles, il ne figure

<sup>70</sup> BORN (G), op.cit, pp 836 à 838.

<sup>71</sup> Cf page 16.

<sup>72</sup> Confiance et souveraineté numérique, AUSIMAG-Le magazine de l'IT et du digital au Maroc, 8 Avril 2022, p 1, <https://ausimaroc.com/>, consulté le 28 Décembre 2022 : On parle de souveraineté numérique ou cybersécurité pour désigner la maîtrise de notre présent et de notre destin tels qu'ils se manifestent et s'orientent par l'usage des technologies et des réseaux informatiques.

<sup>73</sup> Voir les articles 22, 30 et 31 du décret n° 2-22- 687 du 16 novembre 2022 publié au bulletin officiel n° 7162 du 19 Janvier 2023.

<sup>74</sup> Elles englobent toutes informations de quelque nature qu'elle soit et quel qu'en soit le support concernant une personne physique identifiée ou identifiable directement ou indirectement.

<sup>75</sup> Ces règles sont prévues par la loi n° 09-08 relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel, promulguée par le Dahir n° 1-09-15 du 18 février 2009 et le décret d'application n° 2-09-165 du 21 mai 2009. La loi précitée a institué la Commission Nationale de contrôle de données à caractère personnel (CNCP) chargée de l'information, la sensibilisation, le conseil, la proposition, l'investigation et l'instruction de plaintes ainsi que le traitement des déclarations et les demandes d'autorisations.

toujours pas dans la liste des pays considérés par les autorités européennes comme assurant une protection suffisante en la matière, ce qui entrave l'implantation d'entreprises au Maroc ainsi que la sous-traitance des sociétés étrangères<sup>76</sup>. Aussi, les textes juridiques marocains doivent converger avec les standards de la réglementation européenne et faire l'objet de vulgarisation<sup>77</sup>. Dans le même sens, la Commission Nationale de Protection des données personnelles doit publier et expliciter ses actions, délibérations et décisions afin de rendre accessible l'application des textes sur la protection des données personnelles.

Ces dispositions s'appliquent au traitement des données à caractère personnel automatisé en tout ou en partie ainsi qu'à leur traitement non automatisé qu'elles soient contenues ou appelées à figurer dans des fichiers manuels. Elles veillent à ce que ces traitements ne portent pas atteinte à la vie privée et aux libertés et droits fondamentaux de l'homme<sup>79</sup>. Ils peuvent être effectués par une personne physique ou morale dont le responsable est établi sur le territoire marocain ou lorsqu'il recourt à des moyens automatisés ou non situés sur le territoire marocain. Au plus, le Règlement Général Européen sur la Protection des Données (UE) 2016/679 du parlement européen et du conseil du 27 avril 2016 (RGPD) s'applique aux entreprises siégeant en dehors de l'Union Européenne, lorsqu'elles opèrent des traitements des données à caractère personnel liés à l'offre de biens ou de services aux personnes qui se trouvent sur le sol européen. En pratique, les arbitres sont tenus de rappeler aux parties, à leurs représentants, aux témoins et experts, ainsi qu'à toute autre personne comparaisant devant eux, que le RGPD ou d'autres réglementations sur la protection des données sont applicables à l'arbitrage<sup>80</sup>.

Le traitement des données personnelles ne peut en principe être effectué que si la personne concernée a expressément exprimé son consentement à l'opération envisagée. Il en va de même de la communication de données à caractère personnel à un tiers pour la réalisation de fins directement liées aux fonctions du cédant et du cessionnaire. Le responsable de ce traitement peut recourir à la sous-traitance sous réserve d'un contrat selon lequel le sous-traitant n'agit que sous la seule instruction du responsable du traitement. D'importantes données à caractère personnel sont échangées au cours d'une procédure d'arbitrage ou de médiation concernant les parties, leurs conseils, le tribunal et les tiers. C'est le cas des pièces échangées par les parties, des mémoires, des attestations de témoins, des rapports d'experts et de la transaction ou sentence arbitrale.

Aussi, la plupart des participants à l'arbitrage ou à la médiation sont susceptibles d'être considérés comme responsables de traitement : les parties et leurs avocats ou conseillers juridiques, les experts, les arbitres ou médiateurs et les institutions d'arbitrage et ou de médiation. Ils peuvent déléguer le traitement à des sous-traitants qui sont sous leur contrôle notamment les secrétaires, les transcripteurs et les traducteurs.

Chaque participant à l'arbitrage ou à la médiation doit examiner les restrictions au transfert des données à caractère personnel qui lui sont applicables. En effet, les législations et réglementations modernes en la matière restreignent les transferts de données personnelles vers des pays tiers pour éviter le contournement des obligations légales vers des juridictions ayant des normes inférieures de protection des données personnelles.

Aussi, les questions en matière de conformité de protection des données à caractère personnel doivent être clarifiées lors des préparatifs de la procédure d'arbitrage ou de médiation, notamment avant la collecte,

<sup>76</sup> BENZARTI ( W), La lettre d'Artémis du 3ème trimestre 2021, La mise en conformité à la loi 09-08 : Une voie incontournable face à l'arsenal répressif, p 62, <https://westfieldmorocco.com/>, consulté le 30 Décembre 2022

<sup>77</sup> EL HOURRI ( A), 10 Décembre 2019, Données personnelles : Omar Seghrouchni livre les premiers détails de la réforme, <https://medias24.com/>, consulté le 2 Janvier 2023.

<sup>78</sup> Il peut s'agir de la collecte, l'enregistrement, l'organisation, la conservation, l'adaptation ou la modification, l'extraction, la consultation, l'utilisation, la communication par transmission, diffusion ou toute autre forme de mise à disposition, le rapprochement ou l'interconnexion, ainsi que le verrouillage, l'effacement ou la destruction des données personnelles.

<sup>79</sup> <https://www.cndp.ma/fr/cndp/qui-sommes-nous/commision.html>, consulté le 30 Décembre 2022.

<sup>80</sup> Cour Internationale d'Arbitrage de la CCI, Note aux parties et aux tribunaux arbitraux sur la conduite de l'arbitrage selon le Règlement d'arbitrage de la CCI, 2021, n° 119.

l'examen, l'échange et le transfert des documents, par la conclusion d'un protocole spécifique ou par une ordonnance de procédure au plus tard au début de l'instance. Le but de cette démarche est de répartir clairement la responsabilité du traitement des données personnelles au cours de la procédure amiable ou arbitrale.

De prime abord, la production et la divulgation des données à caractère personnel doivent être limitées et faire l'objet d'un traitement sécurisé en matière de stockage, localisation ou encore de protection contre les attaques<sup>81</sup>.

Ensuite, les participants aux procédures des MARC doivent s'assurer de la conformité aux législations de protection des données personnelles en cas de recours aux logiciels de vidéoconférence et de reconnaissance vocale pour la tenue d'audiences virtuelles afin de protéger la vie privée des utilisateurs. Aussi, il ne faut utiliser que les applications qui garantissent la confidentialité des données et ne les réutilisent pas pour d'autres finalités.

Enfin, les participants à l'arbitrage ou à la médiation doivent prévoir une durée raisonnable de conservation des données dans la mesure où les législations modernes exigent que la durée de conservation ne dépasse pas celle nécessaire à la réalisation des finalités pour lesquelles elles sont traitées.

Quant à la procédure d'exequatur, elle doit être amendée pour prendre en considération les sentences rendues sous forme électronique. Les notions d'original et de copie sont inadaptées à l'arbitrage en ligne<sup>82</sup> qui peut ne pas les générer dès lors que les documents, notamment la sentence arbitrale n'existe que sous forme électronique<sup>83</sup>. En effet, les dispositions du Code prévoient que l'exequatur ou la reconnaissance de la sentence arbitrale interne ou internationale exige la production de l'original de la sentence et de la convention d'arbitrage ou de leurs copies<sup>84</sup>.

A cet égard, il est à souligner que l'écrit sur support électronique ne soulève aucune objection car la preuve électronique est admise en droit marocain au même titre que la preuve écrite<sup>85</sup> depuis l'adoption de la loi n° 53-05 relative à l'échange électronique des données juridiques. L'apposition de la mention d'exequatur sous forme électronique peut alors être envisagée dans le cadre de la numérisation des procédures et services judiciaires. La digitalisation fait d'ailleurs l'objet d'un axe à part entière dans le plan stratégique du Conseil Supérieur du Pouvoir Judiciaire 2021-2026 pour renforcer la sécurité judiciaire.

## **2. L'amélioration de l'accessibilité des textes juridiques marocains et de la jurisprudence judiciaire et arbitrale**

L'amélioration de la compétitivité du Maroc en matière de MARC est tributaire d'une législation et réglementation accessible pour les personnes qui ne sont pas arabophones. L'ouverture vers des systèmes étrangers ne peut se faire sans la traduction de notre code d'arbitrage et de médiation conventionnelle au moins en français. Or pour le moment et à l'instar d'autres lois, la traduction officielle de ce texte en français n'est toujours pas disponible. Ce retard réduit la connaissance des dispositions du Code à l'étranger et pénalise la recherche juridique en matière de MARC, sujet propice aux études de droit comparé.

<sup>81</sup> La loi n°05-20 promulguée par le Dahir n° 1-20-69 du 25 juillet 2020 vise la mise en place d'un cadre juridique approprié pour développer un écosystème national de cybersécurité. Les modalités de son application sont prévues par le décret n°2-21-406 du 9 Août 2021.

<sup>82</sup> Rapport sur l'arbitrage en ligne, op.cit, p 5, consulté le 30 Décembre 2022.

<sup>83</sup> Idem, p 10.

<sup>84</sup> Voir les articles 54, 55, 69 et 78 du Code.

<sup>85</sup> Voir les articles 417, 417-1, 417-2 et 417-3 du Dahir des Obligations et Contrats du 12 Août 1913, tels que modifiés par la loi n° 53-05 relative à l'échange électronique des données juridiques, promulguée par le Dahir n° 1-07-129 du 30 Novembre 2007.

Afin de favoriser le développement de la culture juridique marocaine au niveau régional et international, la traduction officielle en plusieurs langues notamment en anglais et en espagnol des textes juridiques devrait être envisagée.

Par ailleurs, la jurisprudence étatique n'est systématiquement pas publiée sur des supports physiques et digitaux. A cet égard, le rapport du nouveau modèle de Développement considère à juste titre que la publication des décisions de justice fait partie intégrante du parachèvement de la réforme de justice. A défaut, la communauté juridique éprouve beaucoup de difficultés pour appréhender la position de la jurisprudence sur les diverses problématiques économiques et sociales. L'accès aux décisions judiciaires est un fondement de l'Etat de droit<sup>86</sup> et permet d'uniformiser la jurisprudence. La publication permet de vérifier que les fluctuations des positions de juges sont objectives et justifiées afin de garantir aux contractants et investisseurs une certaine prévisibilité juridique.

L'absence de diffusion de la jurisprudence sape la confiance des investisseurs qui évalue l'attractivité du Maroc en incluant la sécurité judiciaire dans le risque juridique. Comme l'arbitrage est subordonné au contrôle du juge étatique, l'accès à la jurisprudence marocaine en la matière permet de mettre en lumière les principes et mécanismes d'assistance du juge étatique à la procédure arbitrale et de contrôle de l'efficacité de la sentence arbitrale. Cet accès est aussi d'une grande utilité relativement aux solutions de fond des matières arbitrables en particulier le droit commercial et le droit des investissements.

Au plus, la transaction issue de la médiation conventionnelle a, entre les parties, la force de la chose jugée et peut être assortie de la mention d'exequatur de la part du président du tribunal territorialement compétent pour statuer sur l'objet du litige. Il en ressort que l'accessibilité à la jurisprudence relative à l'exécution des transactions est intéressante pour comprendre l'effectivité des solutions de la médiation.

Aussi, le Conseil Supérieur du Pouvoir Judiciaire a adopté un plan stratégique 2021-2026 le 19 janvier 2022 comportant un axe relatif à la publication de la jurisprudence judiciaire gratuitement à travers son portail électronique, celui de la Cour de cassation et des tribunaux<sup>87</sup>. Si ces plateformes ont déjà été créées, elles doivent être enrichies pour englober les divers domaines et permettre au professionnel, chercheur ou non-juriste de bien cerner l'état de la jurisprudence marocaine sur un sujet bien déterminé. Leur performance technique et efficacité doivent aussi être améliorées car elles ne sont pas fonctionnelles lorsque la recherche est effectuée dans une langue étrangère (français, anglais ou espagnol). De même, les décisions de justice doivent inclure des résumés et mots clés afin de faciliter et d'encourager la recherche et la vulgarisation de la jurisprudence.

En complément de ces actions, des initiatives privées payantes ou gratuites se sont développées tel « Quadaoukoum<sup>88</sup> » ou le portail de jurisprudence du Cabinet Bassamat et Laraqui<sup>89</sup>, mais ne suffisent pas à combler les lacunes d'une publication officielle et systématique des décisions de justice.

A l'instar de la jurisprudence étatique, les sentences arbitrales doivent être accessibles et intelligibles pour la communauté juridique, opérateurs économiques et particuliers pour rompre avec le caractère prétorien de l'arbitrage. Les centres et institutions d'arbitrage ainsi que les tiers chargés de trancher des arbitrages ad hoc doivent faire partager sans réserve les sentences dans les cas où les parties ont renoncé à la préservation de leur confidentialité. Les sentences arbitrales peuvent également être anonymisées ou partiellement divulguées après accord des parties.

<sup>86</sup> Le droit d'accès à l'information et à la justice sont respectivement prévus par les articles 27 et 118 de la Constitution promulguée par le Dahir n° 1-11-91 du 29 Juillet 2011. La loi n° 31-13 relative au droit d'accès à l'information promulguée par le Dahir n°1-18-15 du 22 Février 2018 encadre les conditions et modalités d'exercice du droit d'accès à l'information.

<sup>87</sup> <http://www.coursupreme.ma/> et <https://www.cspj.ma/>

<sup>88</sup> <https://quadaa.com/>

<sup>89</sup> [www.cabinetbassamat.com](http://www.cabinetbassamat.com)

### 3. Le renforcement de la formation et la sensibilisation aux MARC

La formation académique et professionnelle aux MARC au Maroc est encore insuffisante, eu égard aux exigences de professionnalisme inhérentes à la mission de l'arbitre.

Les universités et les formations à destination des professions juridiques et judiciaires doivent prévoir des programmes et des modules spécifiques dédiés aux MARC de façon générique ou exclusivement à l'arbitrage ou à la médiation. Cela favorisera la création d'un pôle académique d'excellence à même de susciter des vocations chez les étudiants ou les apprentis-juristes.

Certes, certaines facultés de droit ont déjà conçu des modules de ce genre dans le cursus de licence ou master. Toutefois, ces modules doivent être renforcés aussi bien au niveau des connaissances juridiques des branches de droit qui peuvent faire l'objet de règlement extrajudiciaire<sup>90</sup> que du savoir-faire procédural et des règles de déontologie et de communication nécessaires à la fonction d'arbitre ou de médiateur. Celle-ci n'est pas une profession, mais plutôt une fonction temporaire : les tiers l'exerçant sont le plus souvent des universitaires, des conseillers juridiques, des avocats, d'anciens magistrats ou des juristes d'entreprises. Ils peuvent également être issus de domaines techniques : ingénieurs, assureurs, experts techniques ou financiers, lorsque la nature du dossier l'impose. Aussi, il est judicieux que ces praticiens créent des associations professionnelles ou clubs de MARC et tissent des liens avec le monde académique pour uniformiser et diffuser les bonnes pratiques, publier les règlements types et les guides professionnels. Les centres ou institutions d'arbitrage doivent se joindre à cette dynamique compte tenu de leur rôle dans la fixation des normes processuelles et des conditions auxquelles une sentence arbitrale ou une transaction peut être reconnue dans l'ordre juridique marocain. Leur rôle est d'autant plus important qu'ils produisent un droit souple sous forme d'instruments tels que les chartes éthiques/déontologiques ou les lignes directrices et interviennent pour assurer une standardisation des pratiques d'arbitrage ou de médiation en fonction de la vocation mondiale, régionale ou internationale du centre.

Les facultés de droit peuvent par ailleurs envisager de créer des académies d'arbitrage à l'échelle nationale ou régionale afin de promouvoir l'expérience marocaine en matière de MARC.

Enfin, le monde académique peut insuffler la passion pour les MARC parmi les étudiants juristes à travers l'organisation de concours d'arbitrage/médiation ou conciliation<sup>91</sup> et la mise en scène de procès y afférents dans le cadre d'ateliers pratiques en partenariat avec les arbitres ou médiateurs.

Le renforcement de la formation aux MARC doit être accompagné d'une forte sensibilisation aux avantages des MARC.

En effet, une partie de la communauté économique et juridique méconnaît encore les mécanismes des MARC ou y a recours de façon mécanique uniquement par l'insertion de clauses de style dans les contrats<sup>92</sup>. Il y a une certaine hostilité des avocats marocains par rapport à l'arbitrage du fait qu'ils ne l'ont jamais pratiqué ou été en contact avec des dossiers y afférents pendant leurs stages ou expériences professionnelles. Certains n'entendent parler de l'arbitrage qu'à propos de scandales qui entachent la réputation des MARC.

Au demeurant, contrairement à l'arbitrage international qui est devenu une justice habituelle du commerce et des investissements internationaux, l'arbitrage au niveau interne est encore peu développé. Les petites et Moyennes entreprises marocaines (PME) sont encore frileuses à prévoir l'arbitrage dans les clauses de règlement des litiges notamment en raison de son coût<sup>93</sup>.

<sup>90</sup> Sont exclus du domaine des MARC :

- les questions d'état ou d'ordre public à l'exception des intérêts pécuniaires qui en résultent ;  
- les droits personnels qui ne font pas objet de commerce.

<sup>91</sup> A l'instar des concours de plaidoiries organisés autour de thématiques particulières par certaines universités marocaines ou étrangères.

<sup>92</sup> OUKERZAZ (H), 13 novembre 2022, Arbitrage au Maroc : Nouveautés, enjeux, obstacles, <https://lematin.ma/>, consulté le 3 Janvier 2023.

<sup>93</sup> KHALAL (A), 6 Décembre 2015, L'arbitrage en droit marocain, <https://cimed.ch/>, consulté le 30 Décembre 2022 ;

En effet peu d'affaires trouvent leurs sièges, sont plaidées au Maroc, ou sont soumises au droit marocain. L'absence de statistiques sur le nombre des arbitrages se tenant annuellement au Maroc ne contribue pas à insuffler une bonne culture des MARC. Au plus, à un nombre limité d'arbitrages institutionnels, s'ajoutent des arbitrages ad hoc<sup>94</sup> dont il est impossible de connaître l'ampleur car ils ne dépendent d'aucune institution et sont totalement confidentiels.

Quant aux particuliers, ils ne prennent pas en compte l'option des MARC dans le règlement des conflits qui les opposent aux personnes morales ou physiques, faute de procédures spéciales qui les démocratisent. Dans ce sens, les MARC doivent s'adapter aux particuliers, ce qui implique le développement d'institutions d'arbitrage spécialisées éventuellement soutenues par les pouvoirs publics pour garantir une certaine prévisibilité des coûts et la protection de la partie faible notamment le salarié, l'assuré et le consommateur.

#### **4. L'anticipation des effets de l'intelligence artificielle sur les MARC**

Le Code ne régit pas les effets de l'Intelligence artificielle sur les MARC alors que la réflexion sur la dématérialisation totale de ces procédures est en cours de maturation en France<sup>95</sup> et au sein d'organismes internationaux<sup>96</sup>. En effet, confrontés à un nombre croissant de pièces soumises par les parties, les arbitres (ainsi que les avocats) ont déjà le choix entre plusieurs logiciels basés sur l'Intelligence artificielle qui pourraient séparer rapidement les documents susceptibles d'être pertinents de ceux qui ne le sont pas<sup>97</sup>. Pourtant, il y a une absence de cadre juridique spécifique relatif à l'utilisation du numérique dans les MARC et en même temps une volonté forte pour le développement des juridictions électroniques, de l'arbitrage et de la médiation conventionnelle<sup>98</sup>.

A cela s'ajoute l'absence de définition d'une feuille de route nationale d'intelligence artificielle<sup>99</sup>, alors que des centres d'arbitrages marocains se préparent déjà à l'arbitrage numérique<sup>100</sup>.

Afin de lever ces incertitudes, il est éminemment important de définir à titre prospectif le rôle de l'algorithme dans les MARC : aide matérielle de l'arbitre ou médiateur et des parties dans le déroulement de la procédure et/ou leur assistance lors de la prise de décision notamment par des instruments prédictifs ?

Si l'intelligence artificielle dans les MARC peut être judicieuse dans l'organisation des procédures, son utilisation devrait être limitée en matière d'élaboration de la sentence, tâche qui devrait rester éminemment humaine. En effet, l'arbitre ou le médiateur sont choisis en fonction de plusieurs qualités telles la compétence technique, l'expérience pratique ainsi que le sens de la justice et de l'équité. A plus forte raison, les outils prédictifs sont fondés sur une modélisation des solutions antérieures, ce qui n'est pas forcément compatible avec l'innovation et la souplesse juridique que l'on recherche dans les solutions issues des MARC<sup>101</sup>. La confidentialité des MARC et l'absence de publication systématique des décisions est également un frein à l'utilisation de la justice prédictive.

<sup>94</sup> OUKERZAZ (H), op.cit., : « La majorité des arbitrages effectués au Maroc, des arbitrages domestiques sont des arbitrages ad hoc ».

<sup>95</sup> La loi française du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice, insère à cette fin dans la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation pour la justice du XXI<sup>e</sup> siècle de nouveaux articles 4-1 à 4-7 traitant de l'arbitrage numérique. Ils énoncent des obligations à l'intention des plateformes d'arbitrage en ligne et leur offrent la possibilité d'une certification par un organisme accrédité, dont les conditions ont été précisées par un décret n° 2019-1089 du 25 octobre 2019.

<sup>96</sup> Rapport sur l'arbitrage en ligne, op.cit, p 22 qui cite notamment la Chambre de commerce internationale de Paris qui a constitué une commission spécialisée nommée l'ICC Commission on Arbitration.

<sup>97</sup> BLACKBAY (N), PARTASIDES (C), REDFERN (A), 2023, Redfern and Hunter on International Arbitration, Oxford University Press, n° 6.110.

<sup>98</sup> Le plan stratégique du Conseil Supérieur du Pouvoir judiciaire 2021-2026 du 19 Janvier 2022, <https://www.cspj.ma>

BELAMAALLEM ( A), 29 Juillet 2022, La justice numérique, un chantier prometteur pour l'amélioration du système judiciaire : L'expérience marocaine des procès à distance en période de la pandémie de Covid 19 a été bien menée, <https://www.mapexpress.ma/>, consulté le 3 Janvier 2023.

IBRIZ ( S), 27 Octobre 2021, Digitalisation des procédures judiciaires : le projet de loi revient au Ministère, <https://medias24.com/>, consulté le 3 Janvier 2023 : un projet de loi n°27.21 réglementant la numérisation des procédures judiciaires dans les domaines civil et pénal est en cours d'étude par les services du ministre de la justice, avant sa transmission au Conseil du Gouvernement.

<sup>99</sup> Avis du Conseil économique, social et environnemental, 29 Avril 2021, Vers une transformation digitale responsable et inclusive, [www.cese.ma](http://www.cese.ma), p 23, consulté le 3 Janvier 2023.

<sup>100</sup> IBRIZ (S), 11 Octobre 2021, Droit : Mizan lance la plateforme d'arbitrage accéléré, 100 % digitalisée, <https://medias24.com/>, consulté le 3 Janvier 2023.

<sup>101</sup> SCHERER (M), 2019, Artificial Intelligence and Legal Decision-Making, Journal of International Arbitration, p 573.

## CONCLUSION

L'effectivité de la réforme des MARC au Maroc ne tient pas uniquement à la qualité, l'adaptation et l'amélioration constante des textes législatifs et réglementaires. L'appui et l'exécution efficace des sentences arbitrales et transactions ainsi que leur diffusion, contribuent également à insuffler une bonne culture des MARC. Les acteurs privés et publics qui participent à l'arbitrage et à la médiation en sont responsables et doivent développer des standards de comportements qui reflètent les valeurs des MARC.

### A PROPOS DES AUTEURS

**Mme Hanane RHARRABI** est professeure à l'Ecole de Droit de l'Université Internationale de Rabat. Elle est titulaire d'un doctorat en droit des affaires de l'Université Mohamed V de Rabat. Elle a été auparavant juriste d'entreprise et conseillère. Ses recherches portent sur le droit de propriété intellectuelle, le droit de la concurrence et la compliance ainsi que les modes alternatifs de règlement des différends.

**M. Kai-Chieh CHAN** est collaborateur (juriste) chez Dechert LLP (Paris), où il est spécialisé en arbitrage international et en droit international public. Il est titulaire d'une maîtrise en science économique de l'Université nationale de Taiwan, d'un master en droit de l'Institut d'études politiques de Paris, et d'un master en droit international de l'Université Paris-Panthéon-Assas. Il prépare actuellement son doctorat en droit international de l'investissement.

### A propos de l'IMIS

L'Institut Marocain d'Intelligence Stratégique (IMIS) est un Think-Tank consacré à l'étude des enjeux stratégiques du Maroc. L'Institut publie des ouvrages de référence sur le pays, dont « Un chemin Marocain : 1999-2019 Parcours d'un Royaume en Transformation », « Le Maroc Stratégique », ou « Une Ambition Marocaine ».



# IMIS

Institut marocain d'intelligence stratégique

Tous droits réservés - 2023

Adresse : Km 3,5 Avenue Mohammed VI,  
Ensemble Saada, Bureau N°3, Souissi, Rabat  
Téléphone : +212537651679 - E-mail : [contact@imis.ma](mailto:contact@imis.ma)  
Twitter : @ImisMaroc / Facebook : IMISMaroc  
[www.imis.ma](http://www.imis.ma)

# IMIS

Institut marocain d'intelligence stratégique

Tous droits réservés - 2023

Adresse : Km 3,5 Avenue Mohammed VI,  
Ensemble Saada, Bureau N°3, Souissi, Rabat  
Téléphone : +212537651679 - E-mail : [contact@imis.ma](mailto:contact@imis.ma)  
Twitter : @ImisMaroc / Facebook : IMISMaroc  
[www.imis.ma](http://www.imis.ma)