

# L'Arbitrage en Matière des Litiges contractuels

## Etude comparative : Franco-Jordanienne

Mahmoud ISMAIL

Department of Private Law, Applied Science Private University, Amman, Jordan

m\_turabi@asu.edu.jo

**Abstract** — Le recours à l'arbitrage en matière des litiges contractuels entre des parties privées présente des avantages par rapport aux procédures devant les tribunaux. Les avantages de l'arbitrage qui a une valeur particulière en matière contractuelle se multiplient : les arbitres peuvent être choisis en raison de leurs compétences spéciales selon le sujet du contrat; la confidentialité peut être préservée; l'arbitrage peut être utilisé pour régler des questions sur le même sujet ou des sujets semblables mais survenant dans des pays différents, ceci peut présenter l'avantage de régler en une seule fois tous les différends entre les parties, surtout en matière de commerce.

**Keywords** – Arbitrage; Arbitrage Judicieux; Arbitrage Conventionnel; Litiges contractuels; Commerce; Droit civil.

### I. INTRODUCTION

Nous envisageons par la suite les éléments relatifs à l'arbitrage comme mode alternatif de règlement des litiges en matière des litiges contractuels, lesquels ne sont pas nécessairement spécifiques. Dans le cadre des litiges contractuels, il semble intéressant de mettre davantage l'accent sur certains aspects qui permettent à l'arbitrage de s'adapter à ces litiges.

Le recours à l'arbitrage est subordonné au respect d'une procédure et de conditions clairement définies par la loi. Dès lors, il convient de rappeler la définition juridique de l'arbitrage en particulier dans ses éléments utiles dans les litiges des droits contractuels.

L'arbitrage est une justice privée dont le fondement est conventionnel, c'est une convention d'arbitrage qui investit une personne du pouvoir de juger, la fonction de l'arbitre est juridictionnelle. Il présente donc une nature mixte, mi-contractuelle mi-juridictionnelle [1]. A cet égard, il convient de distinguer l'arbitrage de quelques notions voisines, l'arbitrage ne doit être confondu ni avec des notions voisines traditionnelles, ni avec l'arbitrage ICANN qui est spécifique aux litiges concernant le contrat [2].

### II. LES NOTIONS VOISINES TRADITIONNELLES

La distinction entre l'arbitrage et les notions voisines traditionnelles doit être réalisée aussi bien en droit français qu'en droit jordanien.

#### A. En droit français

Le droit français prévoit la possibilité de recourir à un mode alternatif de règlement des litiges par le biais de la conciliation.

Il s'agit d'un accord concrétisé dans un procès-verbal de conciliation signé par les parties et le conciliateur. Le conciliateur tente d'amener les parties à un accord, en organisant et en orientant les négociations. Les effets de la conciliation sont limités, car celle-ci n'est pas juridictionnelle et les parties à la conciliation ne sont donc pas obligatoirement liées, il faut qu'elles acceptent la décision du conciliateur pour qu'elle soit appliquée. La conciliation est d'une nature différente de celle de l'arbitrage. Mais, cette institution «présume un désaccord antérieur à la conciliation et un accord postérieur à celle-ci».

La Cour d'appel de Paris a été amenée, malgré l'utilisation de la notion d'arbitrage, à juger que l'espèce qui lui était soumise correspondait à une procédure de conciliation et non à une procédure d'arbitrage. L'espèce jugée par la Cour d'appel de Paris offre un exemple d'une parfaite confusion entre les deux institutions. A une action engagée devant le tribunal de commerce de Créteil, le défendeur opposait une exception tirée de l'existence « d'une convention d'arbitrage » à la pathologie exacerbée.

La convention litigieuse énonçait que «les différends découlant de la présente convention sont soumis soit aux instances professionnelles de conciliation, soit à l'arbitrage, soit au tribunal compétent». Des conditions particulières complétaient la convention et prévoyaient que « les différends du présent contrat sont soumis aux instances professionnelles de conciliation selon les modalités suivantes [...] à l'arbitrage selon les modalités suivantes: [...] au tribunal de commerce de Créteil après épuisement de l'arbitrage ».

Enfin, pour faire bonne mesure, une annexe aux conditions particulières décrivait les modalités de l'arbitrage de la manière suivante : « le tribunal arbitral aura les pouvoirs d'amiable compositeur et la sentence ne lie pas les parties qui ne pourront utiliser les voies de recours judiciaires qu'après épuisement de la procédure arbitrale». Le tribunal de commerce avait cependant admis son incompetence et renvoyé les parties à mieux se pourvoir.

La Cour d'appel de Paris accueille le contredit au motif «qu'en dépit du mot arbitrage, improprement utilisé, les partis ont entendu ne confier à la personne désignée que l'unique mission de leur proposer une solution dont la force obligatoire est nécessairement subordonnée à leur accord pour la mettre à exécution ; que cette procédure, qui n'a pas pour objet de charger « l'arbitre » du pouvoir de trancher le litige par une décision s'imposant aux parties, ne constitue pas une procédure d'arbitrage mais une simple procédure préalable de conciliation » [3].

La solution est classique. Toute clause, serait-elle qualifiée d'arbitrage, qui rend compte de la volonté des parties de recourir au juge étatique en cas de persistance du différend, est requalifiée clause de conciliation ou de médiation préalable. Par ailleurs, l'arbitrage se différencie de l'expertise qui correspond à un avis donné par une personne connue pour ses compétences sur un point technique relatif à un litige. C'est un avis technique sur un problème d'ordre factuel et non pas juridique. L'arbitrage a pour finalité une décision juridictionnelle alors que l'expertise débouche sur un simple avis [4].

L'expertise judiciaire ne peut pas être confondue avec l'arbitrage puisqu'elle est demandée par un juge et que l'arbitrage est donc a priori exclu. Toutefois, le risque de confusion n'est pas exclu notamment en présence d'une clause d'expertise obligatoire.

Selon Bertrand Moreau, « on confond souvent dans la pratique l'arbitrage avec l'expertise » et il souligne que « la différence essentielle est que l'expert n'aura à formuler qu'un avis qui ne liera pas les parties (...) tandis que l'arbitre a pour mission de prononcer un jugement qui s'imposera directement à celles-ci » [5]. La différence est effectivement de taille et le régime bien différent. Certes, la distinction est évidente lorsque l'espèce est « chimiquement pure ». Mais la délimitation est parfois moins nette.

L'étude de la question confirme en effet que l'incertitude sur la qualification peut se révéler source de bien des litiges, litiges procédant d'ailleurs souvent de ce que l'une des parties insatisfaite de la réponse apportée par le tiers chargé de les départager aura tendance à contester la qualification de la mission confiée, pour ne plus avoir à en subir les conséquences.

Enfin, l'arbitrage doit être distingué de la transaction. Cette dernière est une convention par laquelle les parties mettent fin à un litige né ou à naître en effectuant des concessions réciproques selon l'article 2044 du Code civil.

Le pouvoir de transiger n'est pas le même que celui de passer une convention d'arbitrage qui implique la capacité de se plier aux effets d'une sentence non encore connue. D'ailleurs, l'irrégularité du contrat de transaction impliquerait son annulation, alors que la sentence arbitrale ne se conteste que par voie de recours.

En matière des litiges contractuels, la transaction a cet avantage de permettre de préserver les droits préexistants à cette procédure des titulaires de droits contractuels. Une telle préservation est une préoccupation constante des titulaires de droits naissant des contrats de commerce [6].

Afin de préserver l'efficacité juridique et la valeur économique des objets de commerce international, leurs titulaires adressent alors au présumé débiteur une mise en demeure en vue de trouver une solution amiable ou agissent directement au litige en demandant des dommages-intérêts élevés. Par la suite, ils proposent une médiation afin de mettre un terme au litige : « je renonce à mon action mais vous cessez vos agissements illicites ».

Le but recherché n'est en effet pas tant d'obtenir la condamnation judiciaire du débiteur que de faire cesser pour l'avenir la renonciation des obligations contractuelles, préserver ainsi ses droits nés des contrats, le cas échéant, organiser la commercialisation des produits marqués sur des bases contractuelles négociées. Cette stratégie de défense

des droits présente les avantages de la rapidité, du coût relativement faible et de l'efficacité, notamment lorsque l'issue du procès n'est pas certaine pour le titulaire du droit contractuel, par exemple, du risque d'épuisement communautaire ou international de ses droits [7].

### B. En droit jordanien

Le droit jordanien ne dit rien sur la transaction. Il ne présente même pas la comparaison entre l'arbitrage et la transaction contrairement à la doctrine existant en droit français. Il ressort de la doctrine jordanienne ainsi que des textes en question que l'arbitre est présenté comme un juge privé, qui rend une décision en équité entre les parties au litige, sans prendre en considération les intérêts individuels. Selon nous, cette présentation est excessive puisque lorsqu'une personne privée décide de recourir au juge privé, en signant un accord d'arbitrage, il fait implicitement une transaction.

Par contre, le droit jordanien prévoit des règles relatives à la conciliation et à l'expertise. Il les considère comme des notions voisines à l'arbitrage. Le droit jordanien cependant, s'intéresse plus, à apporter des éclairages sur la différence entre l'arbitre et le mandataire. L'article 11 de la loi de 1953 rend possible l'exclusion de l'arbitre du litige s'il ne respecte pas les règlements d'arbitrage. De fait, comme la législation jordanienne rapproche l'arbitre du mandataire, le mandataire peut de la même manière être exclu par le mandant.

Toutefois, cette approche devient plus difficile sous la loi de 2001 qui a limité cette possibilité pour les parties de recourir à l'arbitrage et l'a prévu a contrario. D'une part, selon l'article 16-1 de la nouvelle loi, les parties peuvent choisir l'arbitre ou les arbitres par eux-mêmes et peuvent s'accorder sur la méthode à suivre pour effectuer ce choix. D'autre part, l'article 17-1 prévoit que les parties ne peuvent pas exclure l'arbitre sauf s'il existe des doutes quant à la neutralité et l'indépendance de l'arbitre, avec cette précision que la partie qui a choisi l'arbitre ne peut pas l'exclure pour un défaut antérieur au choix celui-ci.

Donc, nous ne pouvons pas considérer l'arbitrage comme un mandat parce que les parties peuvent se trouver dans la situation où elles ne peuvent exclure l'arbitre qu'elles ont elles-mêmes choisi, le mandant pouvant le cas échéant à tout moment exclure son mandataire. En tout état de cause, le mandataire travaille pour le compte de son mandant et ne doit pas être neutre comme c'est le cas pour l'arbitre.

### III. L'UTILITE DE L'ARBITRAGE EN MATIERE CONTRACTUELLE

Il apparaît que la nature de l'arbitrage s'adapte avec les litiges contractuels. D'un côté, il existe une sorte d'harmonisation des techniques utilisées dans l'arbitrage avec le contrat, et d'un autre, il existe un rapprochement d'ordre pratique entre la justice privée et le domaine contractuel privé lié aux droits de transitionnels de commerce.

#### A. Harmonisation des Techniques d'Arbitrage avec les Relations Contractuelles

En matière contractuelle, il est clair que les litiges ne relèvent pas exclusivement des relations contractuelles ayant existé entre les parties pour cause d'inexécution ou de

mauvaise exécution de la prestation ou de résiliation des conventions. Bien au contraire, il s'agit souvent de litiges qui se produisent souvent au cours de la vie du contrat et qui portent, par exemple, sur le domaine de l'exécution des obligations, sur son interprétation, sur sa rémunération, sans pour autant mettre un terme à des relations contractuelles appelées à se poursuivre.

L'arbitrage a indéniablement une grande utilité dans les litiges relatifs aux litiges contractuels, et il en a même plus que les instances juridiques classiques. Selon M. Moreau, président du comité français de l'arbitrage, le recours à la justice étatique constitue une « déclaration de guerre » qui aurait pour conséquence la rupture des relations commerciales surtout qu'il s'agit en l'espèce de protéger les droits contractuels.

En général, l'arbitrage a une valeur particulière en matière contractuelle. Les arbitres peuvent être choisis en raison de leurs compétences spéciales selon le litige soumis à l'arbitrage. Devant le tribunal étatique, une expertise sera souvent ordonnée. Le juge étatique est souvent incapable d'apprécier techniquement le litige relatif aux droits contractuels.

Par ailleurs, la confidentialité peut être préservée, l'arbitrage fournit la possibilité de tenir une audience dans un territoire neutre, le caractère informel, souple et confidentiel des audiences d'arbitrage favorise la possibilité de parvenir à une transaction entre les parties, basée sur le bon sens et les intérêts commerciaux mutuels.

L'arbitrage peut être utilisé pour régler des questions sur le même sujet ou des sujets semblables mais survenant dans des pays différents. L'arbitrage peut présenter l'avantage de régler en une seule fois tous les différends entre les parties. Cependant, le succès ou l'échec de tout système d'arbitrage dépendra de l'établissement de procédures simples qui assurent que justice soit rendue aux parties pour un coût minimum avec une rapidité maximum.

La sentence lie seulement les parties impliquées dans la procédure. A cet égard, le juge jordanien, M. Moumani, relève que les options de recours et d'opposition ouvertes aux parties à l'arbitrage en vertu de l'article 18-1 de la loi jordanienne ne sont pas en adéquation avec la rapidité requise dans les procédures d'arbitrage en matière contractuelle [8].

L'article 18, concernant l'opposition contre un arbitre nommé, prévoit que « A request for challenge indicating the reasons for challenge shall be submitted to the competent court within fifteen days after the challenging party becoming aware of the constitution of the arbitral tribunal or becoming aware of the circumstances justifying the challenge. Unless the challenged arbitrator withdraws from his office after notifying him (of the challenge), the competent court shall decide on the request and such decision shall be subject to no appeal whatsoever ».

De même, l'article 1482 du CPC relatif aux appels ouverts aux parties à l'arbitrage, prévoit que « La sentence arbitrale est susceptible d'appel... ». Ensuite, l'article 1484 du CPC continue de la manière suivante : « Lorsque, suivant les distinctions faites à l'article 1482, les parties ont renoncé à l'appel, ou qu'elles ne se sont pas expressément réservées cette faculté dans la convention d'arbitrage, un recours en annulation de l'acte qualifié de sentence arbitrale peut néanmoins être formé malgré toute stipulation contraire ». Le

fait de permettre aux parties à l'arbitrage, notamment en matière contractuelle, de recourir au tribunal compétent pour former une opposition, demander une annulation ou effectuer un recours, multiplie les procédures attachées à l'arbitrage et ralentit la résolution du litige. Si nous ne pouvons pas suggérer d'annuler les voies de recours de la procédure arbitrale sans risquer de violer la justice, nous proposons de prévoir des délais de recours minimum. Le législateur laisse aux parties la liberté de déterminer une durée conventionnelle qui se substituera alors au délai légal de 6 mois.

Il convient de souligner que l'article 10 de la loi jordanienne ne donne aucun droit à l'arbitre de déterminer la durée de l'arbitrage. En principe, l'arbitrage est l'affaire des seules parties, l'arbitre ne peut en déterminer la durée. Ce souci de rapidité est propre à la procédure arbitrale, contrairement à la procédure devant une juridiction étatique. Il s'adapte parfaitement aux dispositions relatives aux délais de requête en matière contractuelle.

La rapidité de la procédure est consubstantielle à de tels droits et aux procédures liées.

Le législateur impose le respect du délai de recours, et le fait que le délai accordé pour exercer un recours ne saurait être assimilé à un délai de prescription, car l'arbitre, seul compétent pour examiner le recours en restauration, n'est pas une juridiction, et sa saisine ne peut donc être assimilée à l'exercice d'une action de justice.

Les arbitres en matière d'arbitrage portant sur des questions des litiges contractuels devraient avoir notamment les pouvoirs suivants, à moins d'un accord contraire : le pouvoir de rendre une décision entre les parties quant au respect des droits contractuels; le pouvoir d'attribuer des dommages-intérêts et d'ordonner une reddition de comptes du chiffre d'affaires et des profits; le pouvoir de prendre des mesures d'interdiction; le pouvoir d'agir à titre de médiateurs ou conciliateurs pour faire en sorte que les parties parviennent à un accord.

Si la présence d'un juriste est presque toujours indispensable, il reste que les parties peuvent désigner au sein du tribunal arbitral la personne qui leur paraît la plus expérimentée, la plus spécialisée pour apprécier la question technique posée. Cet aspect convivial de l'arbitrage est ici mis en valeur, mais il est certain qu'il est parfois totalement absent parce que les parties ne le souhaitent pas.

Cependant c'est une des possibilités de l'arbitrage que de permettre, sinon de parvenir à une solution transactionnelle, du moins d'éviter des ruptures préjudiciables.

### *B. La Judiciarisation Privée de l'Arbitrage*

Les parties à l'arbitrage bénéficient d'une option entre un arbitrage ad hoc et un arbitrage institutionnel qui accentue la «judiciarisation» de l'arbitrage. L'arbitrage ad hoc est celui qui est organisé spécifiquement pour un litige déterminé entre deux parties. Ces deux parties vont constituer un tribunal arbitral qui n'aura d'existence que pour le règlement de ce litige. Un tel arbitrage est totalement organisé par les parties elles-mêmes. Ici, les parties désignent les arbitres, prévoient les règles de fond, de forme et de procédure applicables à leur litige.

Cet arbitrage a des avantages pour les questions des litiges contractuels. Il s'agit véritablement d'un arbitrage sur mesure où est choisi un arbitre spécialiste dans le domaine.

L'inconvénient est qu'il n'existe pas d'autorité de coordination et d'harmonisation pour encadrer ce tribunal arbitral sur mesure. Les textes sur l'arbitrage, dans grand nombre de pays, prévoient que les tribunaux étatiques doivent aider à la mise en place de cet arbitrage ad hoc, mais cela n'est pas une généralité [9].

C'est pourquoi les parties à un litige contractuel ont souvent recours à l'autre forme d'arbitrage: l'arbitrage institutionnel, dans lequel une institution préexistante offre, parmi ses services, celui de s'occuper de l'administration des arbitrages. Cette possibilité est parfaitement valable conformément à l'article 5 de la loi jordanienne: «In cases where this law allows the two arbitrating parties to choose a procedure that should be followed in a certain issue, this includes their right to authorize a third party to choose such procedure; and any arbitration institute or center, in the Kingdom or abroad, shall be deemed (in this respect) as a third party».

Ce n'est pas l'institution en elle-même qui va juger l'affaire, mais elle va s'occuper d'organiser la procédure arbitrale, de surveiller son bon déroulement et de tout faire pour que les arbitres rendent une sentence qui soit non seulement juste et équitable, mais aussi une sentence juridiquement indiscutable et qui résiste aux recours qui pourraient être formés. Les parties ont tout intérêt à être précises sur le choix du Centre d'arbitrage au moment de la conclusion de la convention d'arbitrage si elles souhaitent ne pas rendre l'arbitrage impraticable. La Cour d'appel de Paris a eu l'occasion de se prononcer sur la régularité d'une clause compromissoire prévoyant le règlement des litiges sous l'égide de la chambre de commerce de Paris, après l'interprétation de la volonté des parties.

En général, si les deux types d'arbitrage, à savoir les arbitrages ad hoc et institutionnels sont librement choisis, les litiges contractuels sont beaucoup plus organisés dans le cadre de l'arbitrage institutionnel. Les droits contractuels eux-mêmes sont arrangés par une structure organisationnelle. Ainsi, la construction organisationnelle est un point commun entre l'arbitrage et les droits contractuels, ce qui aide à obtenir une harmonisation entre les deux régimes juridiques.

#### IV. ASPECTS RELATIFS A LA CONVENTION D'ARBITRAGE

La clause compromissoire et le compromis sont des contrats régis par des règles communes, et ne sont pas nécessairement spécifiques aux droits contractuels. En revanche, l'écrit est une condition spécifique liée à la convention d'arbitrage lorsque celle-ci a pour objet des droits contractuels.

##### A. Les Types de Conventions Arbitrales

Dans la perspective contractuelle de la convention arbitrale, le contrat met à la disposition de l'arbitrage interne deux outils, à savoir la clause compromissoire et le compromis d'arbitrage. L'arbitrage ne peut avoir lieu que lorsque les parties sont d'accord pour qu'il ait lieu. Cet accord peut être donné à deux moments différents.

D'une part, au moment de la rédaction du contrat, dès lors il n'existe pas de litige mais dans un contrat on prévoit que tous les litiges seront réglés par arbitrage. Il s'agit de la clause compromissoire, celle qui est insérée dans un contrat avant la naissance de tout litige (a). Mais d'autre part, la

convention d'arbitrage peut être régularisée au moment où le litige est né. Il s'agit alors d'un compromis, ce dernier étant réalisé au moment du litige. Statistiquement, les arbitrages sur clause compromissoire constituent la grande majorité des arbitrages relatifs aux litiges contractuels en matière de commerce.

##### 1. La Clause Compromissoire

En procédure civile, c'est une clause insérée dans un contrat, le plus souvent commercial, par laquelle les parties s'engagent à recourir à l'arbitrage pour les différends qui pourraient survenir entre elles. La clause compromissoire est expressément consacrée par l'article 11 de la loi jordanienne sur l'arbitrage.

Elle tend à résoudre des litiges à naître, ainsi « l'accord d'arbitrage peut être conclu avant tout litige en forme d'un accord séparé ou contenu dans un contrat spécifique surgissant entre les deux parties... ». L'article 2061 du Code civil français déclare valable la clause compromissoire sous réserve d'exceptions énumérées notamment en matière commerciale. La clause compromissoire est acceptée en matière commerciale à l'exception des contrats mixtes [10]. Elle est en outre totalement exclue en droit du travail. Dans ce sens, les contrats d'exploitation des droits contractuels, qui sont souvent des contrats entre professionnels, pourraient comporter une clause compromissoire.

En droit français, certains litiges contractuels ne pourront pas être objet d'arbitrage, dans ce cas, les juridictions judiciaires seront seules compétentes. Par un arrêt du 22 novembre 2005, la Cour de cassation admet, d'une part, la validité d'une clause compromissoire dans un contrat de collaboration d'avocats, et d'autre part, fait application de l'article 2061 du Code civil. Selon l'article 2061 du code civil, sous réserve des dispositions législatives particulières, la clause compromissoire est valable dans les contrats conclus en raison d'une activité professionnelle. Ainsi, nous pouvons observer que les contrats de consommation, tel que le contrat de licence des logiciels informatiques, ne peuvent pas contenir de clause compromissoire.

Etant un résultat de la transposition de la Directive européenne 93/13/CEE du Conseil, du 5 avril 1993, concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs, l'alinéa q a été ajouté à l'annexe de l'article L. 132-1 du Code de la consommation qui réprime les clauses abusives insérées dans les contrats conclus entre un professionnel et un non professionnel. Selon cet article, dans les contrats conclus entre professionnels et non professionnels ou consommateurs, sont abusives les clauses qui ont pour objet ou pour effet de créer, au détriment du non professionnel ou du consommateur, un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat.

L'annexe q. de cet article vise donc le cas de la clause compromissoire de l'article 1442. Il dispose, en effet, que les clauses ayant pour objet ou pour effet de supprimer ou d'entraver l'exercice d'actions en justice ou des voies de recours par le consommateur, notamment en obligeant le consommateur à saisir exclusivement une juridiction d'arbitrage non couverte par des dispositions légales ou à passer exclusivement par un mode alternatif de règlement des différends, en limitant indûment les moyens de preuve à la disposition du consommateur ou en imposant à celui-ci

une charge de preuve qui, en vertu du droit applicable, devrait revenir normalement à une autre partie au contrat. Cette clause est invalide.

Nous constatons que les contrats conclus en matière contractuelle ne pourraient inclure une clause compromissoire que si le contrat en cause est conclu entre deux professionnels. Ainsi, nous devons exclure les contrats de licence conclus à propos de la commercialisation de logiciels. Cependant, la réforme de 2001 a supprimé la prohibition de la clause compromissoire en matière civile. L'admission de la clause compromissoire est donc désormais quasi-générale.

Le nouvel article 2061 du Code civil dispose que « sous réserve des dispositions législatives particulières, la clause compromissoire est valable dans les contrats conclus à raison d'une activité professionnelle ». En élargissant son domaine de validité aux actes de commerce et relations entre associés d'une société commerciale, la clause compromissoire est autorisée dans tous les contrats relatifs aux activités des artisans, des membres des professions libérales, des agriculteurs, ou des ventes des logiciels informatiques. La plupart des auteurs proposaient que la disposition de l'article 126 de la loi NRE modifiant l'article 2061 du Code civil soit d'application immédiate en raison de sa nature mi-processuelle.

Cette position a été confirmée par les décisions judiciaires. Malgré une résistance, la Cour de cassation a, par son arrêt du 22 novembre 2005, décidé que l'article 2061 serait rétroactif. Par conséquent, tous les types de contrats relatifs aux droits contractuels doivent, en principe, pouvoir contenir une clause compromissoire d'arbitrage, en droit français.

En droit jordanien, contrairement au droit français, la distinction n'existe pas entre le contrat conclu entre professionnels et le contrat de consommation. Le législateur n'ajoute rien sur la définition de la clause compromissoire, insérée dans l'article 11 de la loi sur l'arbitrage [11].

En revanche, la doctrine jordanienne insiste sur le fait que l'arbitrage est une exception d'origine législative. L'arbitrage interdit aux parties de recourir au tribunal, il faut donc être très prudent lors de l'interprétation et de la qualification de la clause compromissoire, pour que celle-ci soit claire, notamment pour les contrats conclus avec des parties faibles.

## 2. *Le compromis*

Le compromis évoqué par l'article 11 de la loi jordanienne tend à trancher un litige né. Ainsi, « On peut conclure l'accord d'arbitrage après la naissance du litige même si un tel litige était l'objet d'une action devant une autre institution juridique... ».

En droit français, c'est l'article 2059 du code civil qui reconnaît la validité du compromis. Par ailleurs, l'article 1442 du CPC prévoit que « le compromis est la convention par laquelle les parties à un litige né soumettent celui-ci à l'arbitrage ». Dans cette situation, le compromis n'apparaît complet que lorsque sont réunis trois éléments, à savoir l'exposé du litige, la désignation du ou des arbitres et l'affirmation de volonté de faire juger le litige par lesdits arbitres.

La loi jordanienne dans son article 11 ainsi que la loi française dans l'article 1445 du CPC précisent qu'en cas de

compromis, si le litige est présenté à un tribunal, « l'objet de l'arbitrage doit être précisé sous peine de nullité ». L'article 1444 du CPC français précise que « la convention d'arbitrage désigne, le cas échéant par référence à un règlement d'arbitrage, le ou les arbitres, ou prévoit les modalités de leur désignation ». La loi jordanienne ne contient pas une telle sanction et se contente de prévoir la méthode de désignation des arbitres dans son article 16.

### *B. La formalité commune en matière d'arbitrage*

L'écrit est une formalité fondamentale. Il convient d'étudier l'existence de l'écrit en matière d'arbitrage.

Pour être valide, la convention d'arbitrage doit absolument faire l'objet d'un écrit. Aux termes de l'article 10 de la loi d'arbitrage jordanienne : « *a. An arbitration agreement shall be in writing otherwise it is void. An agreement is in writing if it is contained in a document signed by the parties or in an exchange of letters, telegrams, faxes or telexes or other means of telecommunication which provide a record of the agreement; b. The reference in a contract to the provisions of a standard contract or to an international convention or any other document containing an arbitration clause constitutes an arbitration agreement in writing, provided that the reference (to such clause) is clear in regarding that clause as a part of the contract; c. If the parties agree to arbitration while a court is reviewing the dispute, the court shall refer the dispute to arbitration and its decision shall be deemed as an arbitration agreement in writing* ».

Il résulte de ces dispositions que la clause doit être écrite sous peine de nullité. Ainsi, est assignée à l'écrit la fonction d'une formalité solennelle, c'est-à-dire, pour la validité même de la convention [12], son défaut étant sanctionné par la nullité de la convention. M. Nammour précise que « *c'est une nullité relative, et elle n'est encourue que si l'une des parties entend s'en prévaloir et n'accepte pas l'arbitrage* » [12]. La nullité insérée dans la loi jordanienne de 2001 à titre de sanction, a pour origine une évolution doctrinale et juridique. Au début, le législateur jordanien n'était pas sûr de vouloir annuler la clause compromissoire non écrite, sous réserve de pouvoir la prouver [14].

L'article 2 de l'ancienne loi jordanienne de 1953 prévoyait que la clause compromissoire est supposée être écrite, sans pourtant sanctionner son défaut par la nullité. Cette position se fondait sur le contenu de l'article 30-4 de la loi sur la preuve qui permettait la preuve par témoignage pour les obligations contractuelles, dont la loi exige l'écriture, au cas où le créancier a perdu le support contractuel.

La jurisprudence jordanienne était plus claire et même plus avancée que le législateur. La cour de cassation jordanienne a précisé en 1955 que l'écrit est exigé pour la validité d'une clause compromissoire [15]. En droit français l'article 1443, alinéa 1 du CPC prévoit que la clause compromissoire doit être stipulée par écrit, soit dans la convention principale, soit dans un document auquel celle-ci se réfère. Il s'agit ici d'éviter toute incertitude sur l'existence de la clause compromissoire qui permet, depuis la réforme de 1980, de recourir directement à l'arbitrage. En droit jordanien, la clause compromissoire peut faire l'objet d'un accord spécifique, d'un instrument

indépendant, auquel cas, le contrat principal remplira à son égard la fonction d'une formalité probatoire, pour assurer la preuve de l'existence de la clause compromissoire.

De plus, la Cour de cassation jordanienne a décidé que : « le fait de citer le mot arbitrage dans la convention ne suffit pas pour considérer celle-ci comme une convention d'arbitrage, il faut lire tous les articles pour comprendre ce que veut dire le mot arbitrage dans ce texte ; c'est le sens des mots qui est considérable et non pas les mots eux-mêmes » [16]. Ainsi, la jurisprudence jordanienne n'insiste pas seulement sur l'existence de l'écrit, mais elle exige également la clarté de l'écrit. Aussi, les mêmes articles, français et jordanien, admettent l'hypothèse où la clause compromissoire figure par écrit dans « *un document auquel la convention principale fait référence* » ; c'est qu'on appelle donc la clause par référence.

L'étude de l'arbitrage en matière contractuelle dans deux pays différents (France – Jordanie) n'est pas injustifiée. Malgré la différence socioculturelle entre les deux pays, ses propres systèmes de l'arbitrage ont des législations comparables, ils partagent de nombreuses données juridiques, qui rendent leur approche globale relativement accessible.

Le droit français trouve son origine dans la loi Romane, et trouve sa modernité dans l'espace de la loi communautaire européenne, alors que le droit jordanien trouve son origine dans la loi musulmane et s'évalue dans l'espace de la loi française.

Cela apparaît contradictoire, le fait d'avoir des systèmes socioculturels différents, et d'avoir, au même temps, un système juridique proche!

La contradiction n'est pas réelle. Deux raisons permettant cette situation, l'un est lié au choix du législateur jordanien, et l'autre est lié à la nature juridique de l'arbitrage en matière contractuelle.

Concernant le choix du législateur jordanien, celui-ci cherche à développer son système juridique en général, et développer les lois de l'investissement en particulière, dont l'arbitrage fait partie. Il suit la loi égyptienne, dont une bonne partie de son régime juridique est effectué à la lumière du droit français. Cependant, si le législateur jordanien trouve le courage et la motivation de changer et d'améliorer son système juridique à l'instar des systèmes juridiques plus avancés, il ne fait pas toujours le travail parfaitement. Certaines modifications législatives s'adaptent mal avec les règlements traditionnels, d'autres ont besoins d'être mise à jour pour suivre la modernité juridique...etc.

## REFERENCES

- [1] H. MOUTULSKY, La nature juridique de l'arbitrage, Ecrit II, Etudes et notes sur l'arbitrage, Dalloz, 1974, p. 5 et s.
- [2] E. LOQUIN, « La distinction de l'arbitrage et de la médiation ou de la conciliation », RTD Com. 2002, p. 40.
- [3] CA Paris, 23 mars 1989 : Rev. arb., 1990, p. 731.
- [4] B. BEIGNIER, « Ordre public », Mélanges Boyer, PUF, Toulouse, 1996, p. 99.
- [5] B. MOREAU, Intérêt de l'arbitrage pour les litiges de propriété intellectuelle, Arbitrage et propriété intellectuelle, Litec, 1994, p. 7.
- [6] P. LALIVE, « Avantages et inconvénient de l'arbitrage ad hoc », *Mélanges Bellet*, Paris, Litec, 1991, p. 301 et s.
- [7] P. NDIAYE, *Arbitrage en ligne et commerce électronique*, thèse à l'université de Montréal, 2006, p. 70.
- [8] A. MOUMANI, L'arbitrage en loi jordanienne et en loi comparative, V. I, Al Tawfik, 1983, p. 100.
- [9] Cass. jordanienne, n°31/1955, Revue du syndicat des avocats, p.72.
- [10] M. DE BOISSON, *Le droit français de l'arbitrage interne et international*, GLN Joly, 1990, p. 398.
- [11] M. AL ABADI, L'expérience jordanienne en matière de droit de propriété intellectuelle: le droit d'auteur, publications de la ministre de la culture en Jordanie, 2000, p. 1.
- [12] P. MAYER, « Le contrat illicite », Rev. arb. 1984. p. 207.
- [13] F. NAMMOUR, *Droit et pratique de l'arbitrage interne et international*, LGDJ, 2ème éd., 2004, p. 78.
- [14] J.-B. RACINE, note sur CA Paris, 17 janvier 2002, Rev. Arb. 2002, p. 399.
- [15] Cass. jordanienne, n°31/1955, Revue du syndicat des avocats, p.72.
- [16] Cass. jordanienne, n°305/1973, 15.09.1973, Revue d'avocats, 01 avril 1974, p. 343.