

L’incidence du droit uniforme dans le droit national. Limites et possibilités

Kalthoum Meziou.

## L’INCIDENCE DU DROIT UNIFORME DANS LE DROIT NATIONAL. LIMITES ET POSSIBILITES. TUNISIE.

1- Rien n’empêche d’avoir une définition stricte du « Droit uniforme » et une définition large, il s’agit de s’entendre sur les mots et de préciser chaque fois la notion retenue. Cela étant dit, l’inclusion dans le concept de « Droit uniforme » des us et pratiques commerciales, des principes généraux du droit, de la *lex mercatoria*... me semble aboutir à une dilution des concepts en général. Les notions de principes généraux du droit, de *lex mercatoria*, usages du commerce... donnent déjà lieu à de grandes controverses, si l’on y ajoute le « Droit uniforme », les risques de confusion en seront multipliés.

Nous retiendrons néanmoins le sens large.

### 2- La Tunisie n’a ratifié aucune des conventions de la Haye.

Le législateur tunisien a promulgué un Code de l’arbitrage, le 26 avril 1993. Le législateur tunisien a voulu s’insérer dans un mouvement généralisé de réformes législatives en la matière. Ce mouvement caractérisé par l’autonomie et l’efficacité de l’arbitrage s’accompagne d’une uniformisation des solutions ou principes de solutions notamment pour l’arbitrage international.

Ce code règle dans des chapitres distincts l’arbitrage interne et l’arbitrage international. Le code s’inspire très fortement, pour ce qui concerne l’arbitrage international, de la loi-type de la CNUDCI, solution qui est apparue comme la voie la plus sûre pour être en harmonie avec la communauté internationale. Le législateur a repris à son propre compte l’affirmation d’un auteur qui estimait que « C’est faire preuve d’un conformisme de bon aloi que de se rallier à des règles proposées par une instance internationale ». Le souci de reprendre le maximum de dispositions de la loi-type est manifeste. De nombreux articles de la loi-type se retrouvent sans retouche dans le Code de l’arbitrage et leur enchaînement est également le même.

Par ailleurs, le système juridique tunisien, comme tout autre système, met en application les principes généraux du droit, ainsi que les règles générales de procédure.

**3-** Le droit tunisien désigné comme loi devant régir le contrat intègre le droit uniforme entendu largement lorsqu'il reprend les principes généraux du droit d'une façon générale et les principes généraux du droit des obligations et des contrats de façon plus particulière. Il en est de même en matière de responsabilité délictuelle ou quasi-délictuelle.

Lorsque la Tunisie est désignée comme lieu de l'arbitrage, l'article 73 du Code de l'arbitrage s'applique. De ce point de vue, l'article 73 pose problème. Il est utile d'en reprendre les dispositions pour plus de clarté.

Article 73 C.A. : « 1- Le tribunal arbitral tranche les différents conformément à la loi désignée par les parties.

2- À défaut d'une telle désignation, le tribunal arbitral applique la loi qu'il estime appropriée.

3- Le tribunal arbitral peut statuer selon les règles de l'équité si les parties l'y ont expressément autorisé.

4- Dans tous les cas, le tribunal statue sur le différent conformément aux stipulations du contrat, en tenant compte des usages du commerce applicables à la transaction ».

La loi d'autonomie est consacrée, l'arbitre n'a pas à apprécier le bien fondé de ce choix, mais la liberté des parties permet-elle le choix de règles non étatiques ? Se pose ici un problème d'interprétation. La question se pose en raison de la différence de rédaction entre le texte en langue arabe et sa version française. La rédaction française de l'alinéa 1er retient le terme « loi », la version en langue arabe emploie des termes différents « *ahkème el qanoun* ». Cette expression peut être entendue comme « règles de droit » ou « dispositions légales ». Or, les termes de loi ou règles de droit emportent des implications différentes ; alors que le mot loi désigne les règles juridiques d'un État, l'expression règles de droit est plus large, elle permet aux parties de choisir une loi étatique mais elles peuvent également recourir aux principes généraux de droit, aux usages du commerce international, à des normes transnationales, seuls ou en combinaison avec une loi étatique.

En droit tunisien seul le texte arabe fait foi, la version française ne constitue qu'une traduction, aussi la doctrine unanime considère qu'il convient de retenir la solution libérale,

d'autant que celle-ci est conforme au texte de la loi-type qui a manifestement servi de modèle au législateur et qu'elle correspond aux tendances récentes de matière. Il en résulte que toute norme désignée par les parties est applicable.

Enfin, la notion « d'usages de commerce » est ambiguë. Dans une conception restrictive, les usages du commerce ne peuvent s'entendre que des pratiques habituellement suivies dans une branche d'activités déterminée. Dans une définition large, les usages incluent les règles de droit dégagées de l'observation du droit comparé et d'autres sources internationales. L'une ou l'autre acception aboutit à des résultats différents, la conception restrictive s'impose en droit tunisien, l'article précisant « les usages de commerce applicables à la transaction ».

**4-** Quant au fond, devant le juge, le droit applicable est déterminé par le Code de droit international privé. Son article 62 consacre la loi d'autonomie : « Le contrat est régi par le droit désigné par les parties ». Il s'agit dans ce cas nécessairement d'une loi étatique. Devant l'arbitre, le recours au droit transnational est possible. Dans tous les cas, le droit uniforme intégré dans le droit étranger applicable au contrat est considéré comme du droit étranger.

Quant à la procédure, devant le juge, le droit tunisien s'applique nécessairement, devant l'arbitre, le Code de l'arbitrage est libéral, il accepte les décisions des parties sous conditions du respect des droits de la défense et de quelques règles d'ordre public.

**5-** Seules quelques sentences arbitrales sont publiées. La circulation des sentences arbitrales se fait de façon informelle. Le plus souvent c'est à l'occasion de la saisine des juridictions étatiques que les affaires sont portées à la connaissance du public. Il peut s'agir d'une assistance, ainsi pour la nomination d'un arbitre ou du président du tribunal arbitral... il peut s'agir d'un recours en annulation ou une demande d'exequatur. Les juristes qui s'intéressent à l'arbitrage se saisissent de ces affaires pour les commenter.

Le principe *stare decisis* ne s'applique pas. Le collatéral estoppel n'est pas admis par le régime juridique tunisien.

**6-** Avant la promulgation du code, il y avait quelques articles dans le Code de procédure civile et commerciale, au total 27 dont un seul spécifique à l'arbitrage international. Le

législateur aurait pu se contenter de réformer ces textes ; l'option en faveur d'un code distinct révèle une préférence pour l'arbitrage essentiellement international perçu comme une garantie accordée aux investisseurs étrangers et par là comme un moyen de favoriser le commerce international ou plus spécialement de favoriser les entreprises nationales engagées dans le commerce international. L'arbitrage est conçu comme l'une des pièces de la nouvelle politique économique de la Tunisie marquée par le désengagement de l'État, la privatisation et l'ouverture sur le monde extérieur.

Depuis la promulgation du Code, le développement de cette procédure de règlement des différents est net, et cela tant pour l'arbitrage interne que pour l'arbitrage international.

Concernant les contrats d'État, deux solutions coexistent, l'une pour les relations internes et l'autre pour les relations internationales. Le Code maintient l'interdiction faite à l'État, aux collectivités publiques et aux établissements publics à caractère administratif de compromettre mais cette interdiction est limitée aux relations internes ; en revanche, il valide la convention d'arbitrage lorsqu'il s'agit de rapports internationaux d'ordre économique, commercial ou financier.

Cette faveur est générale, que l'arbitrage soit national ou international.

Cette acceptation de l'arbitrage n'est pas le seul fait du législateur, elle est également le fait des juridictions qui sont désormais plus réceptives. On constate aujourd'hui que la proportion de rejet du recours en annulation et la proportion de l'octroi de l'exequatur sont en augmentation. Cela peut s'expliquer par l'amélioration de la qualité des sentences arbitrales mais également par la disparition de la méfiance qui pouvait exister chez les juges à l'égard de l'arbitrage.

7- Les sentences arbitrales sont soumises à un contrôle de la part du juge dans la phase post arbitrale soit à l'occasion d'une voie de recours soit lors d'une demande d'exequatur. Ce contrôle diffère selon que l'arbitrage est interne ou international.

En matière d'arbitrage interne, outre la possibilité d'user de la tierce opposition, deux voies sont ouvertes : l'appel et le recours en annulation. L'appel a pour effet de remettre la cause en l'état où elle se trouvait avant le prononcé de la sentence, il y a ainsi un contrôle sur le fond. L'appel devient cependant avec le Code de l'arbitrage une voie de recours exceptionnelle. C'est uniquement si les parties le décident expressément qu'il est possible

d'attaquer une sentence arbitrale en appel. Cette possibilité leur est cependant totalement interdite lorsque les arbitres ont le pouvoir de juger en équité. La possibilité d'appel exclut le recours en annulation. De plus, si la sentence est confirmée en appel, la juridiction compétente en ordonne l'exequatur ; si elle est infirmée, elle statue au fond.

L'annulation est prononcée dans les hypothèses classiques : si la sentence est rendue en l'absence d'une convention d'arbitrage, si celle-ci est nulle, si les délais ont été dépassés, si les arbitres ont jugé *ultra petita*, si le tribunal arbitral a été irrégulièrement composé, si les règles fondamentales de la procédure n'ont pas été respectées et enfin si l'arbitre a violé une règle d'ordre public.

La seule voie de recours ouverte en matière d'arbitrage international est celle de l'annulation. Les causes d'annulation sont inspirées de la loi-type de la CNUDCI. L'annulation est prononcée si la sentence est « contraire à l'ordre public au sens du droit international privé ». Elle l'est aussi si le demandeur démontre que la constitution du tribunal ou que la procédure furent irrégulières. Ces irrégularités s'apprécient en fonction de stipulations contractuelles, du règlement d'arbitrage choisi ou de la loi de procédure désignée. Il y a aussi lieu à annulation si la partie requérante démontre qu'elle n'a pu faire valoir ses droits ou que la sentence est rendue hors des prévisions de la convention d'arbitrage. Dans ce dernier cas, la nullité doit porter uniquement sur les questions qui n'étaient pas visées par cette convention. La nullité est prononcée enfin si l'une des parties à l'arbitrage n'avait pas la capacité de recourir à l'arbitrage ou si la convention d'arbitrage est elle-même nulle.

Lorsque l'annulation est prononcée, la Cour d'appel de Tunis, qui est seule compétente en matière d'arbitrage international, peut statuer au fond mais seulement à la demande de toutes les parties. Le rejet du recours en annulation confère, quant à lui, l'exequatur. Cette solution permet de faire l'économie d'un procès. Elle s'impose en fait puisque les motifs d'annulation sont identiques à ceux prévus pour le refus d'exequatur.

**8- L'ordre public.** La sentence arbitrale est annulée et la demande d'exequatur rejetée lorsque la cour estime que ladite sentence est contraire à l'ordre public.

L'ordre public intervient, dans certains systèmes juridiques, sous deux formes dans la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales, l'ordre public procédural et l'ordre

public quant au fond. On retrouve en droit tunisien l'ordre public procédural sous la forme de la violation des droits de la défense.

Le respect des droits de la défense constitue une condition minimale pour l'insertion de la décision étrangère dans l'ordre juridique du for. Celui-ci exige une égalité de traitements des parties et le respect du principe du contradictoire.

Quant à l'ordre public au fond, il est précisé concernant l'arbitrage international qu'il s'agit de « l'ordre public au sens du droit international privé », ce qui implique un ordre public plus restreint que l'ordre public interne.

La Cour d'appel de Tunis a dégagé une notion d'ordre public économique libéral. On a soutenu devant cette cour qu'une sentence condamnant une partie tunisienne au paiement d'une somme d'argent libellée en devise étrangère était contraire à la législation régissant le change et le commerce extérieur, législation qui concerne l'ordre public et qui est applicable immédiatement en tant que loi de police, en conséquence de quoi l'exequatur devait être rejeté. La Cour d'appel ne suit pas ce raisonnement, elle estime que la partie tunisienne a reçu la somme en dollars américains et qu'elle devait la restituer dans la même devise, que la solution inverse amènerait la partie tunisienne à se soustraire à ses engagements contractuels, que ceci serait une violation de l'ordre public économique au sens du droit international privé, ordre public qui favorise les investissements étrangers en Tunisie.

L'arbitrabilité. Le Code de l'arbitrage dans son article 7 exclut du domaine de l'arbitrage des questions classiques : les matières touchant à l'ordre public, les questions relatives à la nationalité, celles relatives au statut personnel, les matières où l'on ne peut transiger. Le même article maintient la prohibition faite à l'État, aux collectivités locales et aux établissements publics à caractère administratif de compromettre mais seulement pour les relations internes. La convention d'arbitrage est donc valable dans les rapports internationaux de l'État.

La question de l'interprétation des termes « touchant à l'ordre public » s'est posée. Il a été décidé par la jurisprudence que l'arbitrabilité était le principe et l'inarbitrabilité l'exception, que l'article 7 devait s'interpréter de façon restrictive et qu'il ne suffisait pas qu'une matière touche à l'ordre public pour devenir inarbitrable.

**9-** La sentence arbitrale CIRDI de l'affaire du Plateau des Pyramides a abouti à une modification législative.

La Tunisie, comme de nombreux pays, a prévu dans son premier Code relatif aux investissements le recours à l'arbitrage et plus spécialement à l'arbitrage Cirdi. De telles dispositions ont été analysées comme exprimant le consentement anticipé de l'État et interprétées par certains comme permettant la saisine du Cirdi par l'investisseur en l'absence de toute convention d'arbitrage. Cette position a été confirmée par la sentence Cirdi du Plateau des Pyramides.

La Tunisie s'est retrouvée devant le même problème à propos d'un contrat passé avec un investisseur saoudien. L'affaire s'est terminée par un règlement à l'amiable. Mais la Tunisie, tout comme l'Égypte, a modifié sa législation. Désormais le Code d'incitation aux investissements pose un principe, la compétence des juridictions tunisiennes pour tout différent entre l'investisseur étranger et l'État tunisien, et prévoit une exception en cas d'accord mentionnant une clause compromissoire ou permettant aux parties de convenir d'un compromis. Le consentement anticipé de l'État sur la base d'une loi n'est pas possible, le recours à toute forme d'arbitrage y compris l'arbitrage Cirdi suppose le consentement spécifique de l'État à y recourir.

D'une façon générale, les milieux spécialisés se tiennent au courant des sentences publiées et des décisions prises, mais il ne semble pas qu'il existe dans les décisions des tribunaux de référence à des décisions rendues par des institutions d'arbitrage.

**10-** Les décisions rendues ou exécutées en Tunisie peuvent être fondées sur le droit uniforme lorsque celui-ci est désigné par les parties comme applicable au contrat, ainsi lorsqu'il y a un renvoi à la *lex mercatoria* ou aux principes généraux du droit ou au droit transnational...

**11-** Les juristes tunisiens, magistrats, avocats et enseignants, conscients de la nécessité de la circulation internationale des décisions arbitrales, sont de plus en plus attentifs à tout ce qui a trait à l'arbitrage international. Le libéralisme qui domine la matière a nécessairement des répercussions sur la « culture » de l'arbitrage qui est en passe de s'installer. Dans la mesure où ce libéralisme véhicule le Droit Uniforme, on retrouve ce dernier dans le droit tunisien.

**12-** La commission mise sur pied pour l'élaboration du Code de l'arbitrage était, d'une façon générale, attentive à l'évolution de l'arbitrage sur le plan international.

a- Elle a tenu compte des différents règlements d'arbitrage, celui de la CCI du CIRDI en particulier. Voir la réponse à la question n° 9.

b- Elle a tenu compte des travaux des institutions internationales. Pour la CNUDCI, voir la réponse à la question n° 2.

c- La commission a tenu compte essentiellement de la législation et de la jurisprudence française. Si celles-ci sont elles-mêmes influencées par l'action ou les travaux de certaines institutions, cela a pu influencer indirectement le droit tunisien.