

ARTICLE

L'estoppel face à l'emprise de la faillite

Cass. M. Com., 29 nov. 2023, n° 2021/1/3/1341, Société SOTRAVO c/ Société Prefabricati Industriali STAI



Hamza CHERFAOUI

Doctorant contractuel · Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne · Rédacteur en chef de la RFMDA

Résumé — La Cour de cassation marocaine juge que les règles impératives de la faillite, et notamment le principe de l'interdiction des poursuites individuelles, ne peuvent être invoquées pour la première fois devant le juge de l'annulation lorsque la partie qui s'en prévaut les a volontairement dissimulées au tribunal arbitral au cours de l'instance. La bonne foi procédurale constitue ainsi une condition d'application de ces règles impératives, dans le cadre du contrôle de la sentence arbitrale.

Mots-clés : Faillite · Arbitrage · Procédure collective · Estoppel · Suspension des poursuites individuelles · Ordre public · Annulation de sentence · Convention de New York · Droit marocain · Droit comparé

1. - Les faits. L'interaction du droit de la faillite avec le droit de l'arbitrage génère plusieurs points de friction, que ce soit au niveau de la convention d'arbitrage, de l'instance arbitrale ou encore de la sentence arbitrale. Dans un monde où l'arbitrage tend presque toujours à s'internationaliser, la manière dont les États appréhendent cette interaction varie fortement d'un pays à l'autre, on peut ainsi aboutir à des solutions parfois singulières, voire originales, comme l'illustre précisément l'arrêt rendu par la chambre commerciale de la Cour de cassation marocaine le 29 octobre 2023.

L'arrêt de la Cour de cassation est indéniablement intéressant. Il constitue l'un des rares arrêts dans lesquels la Cour de cassation énonce des règles destinées à réguler les frictions entre la faillite et l'arbitrage.

Dans cette affaire, un protocole d'accord de cession de parts sociales a été signé le 26 juin 2012 entre, d'une part, la société italienne Prefabricati Industriali Stai (devenue ultérieurement la société Prefabricati Indus-

trali Stai à la suite d'un changement de dénomination sociale) et la société Consenergy Afrique (les cédants) et, d'autre part, la société Sotravo ainsi que trois autres personnes physiques (les cessionnaires).

L'objet de ce contrat portait sur la cession de parts sociales dans le capital de la société Stai Préfa. Ce contrat stipulait deux clauses contractuelles importantes. En premier lieu, l'article 5 du contrat prévoyait une garantie de bilan d'une durée de quatre ans, par laquelle les cédants s'engageaient à garantir tout passif ou déficit découvert après la cession des titres sociaux et non déclaré dans les documents comptables. En second lieu, l'article 11 de l'accord de cession prévoyait une clause compromissoire imposant le recours à l'arbitrage pour tout litige pouvant découler de l'exécution du contrat.

Après l'expiration du délai de quatre ans de la garantie de bilan, la société italienne (la cédante) a saisi le tribunal arbitral afin de réclamer à l'ensemble des cessionnaires la restitution ou le remboursement d'un mon-

1. Il convient de noter qu'il peut paraître curieux que ce soit le cédant qui demande l'activation de la garantie de bilan et non le cessionnaire, alors qu'en principe ces garanties sont stipulées au profit de l'acquéreur, comme le prévoit justement l'article 5 de l'accord de cession des parts sociales.

Bien que l'arrêt de la Cour de cassation ne le précise pas, cette situation peut s'expliquer par le fait que la demande du cédant porte justement sur : « la restitution » ou « le remboursement. » Le terme « restitution » est très expressif, car le contrat de cession et la garantie de bilan peuvent prévoir un mécanisme de retenue sur le prix d'achat. Autrement dit, grâce à ce mécanisme, les cessionnaires peuvent retenir le montant de la garantie sur le prix d'achat afin de se couvrir contre une éventuelle défaillance du cédant en cas de découverte de dettes ou de déficits non déclarés.

À l'expiration du délai de quatre ans de la garantie de bilan, et s'il n'y a aucune réclamation concernant la découverte d'un passif ou d'un

tant de 1 200 000 dirhams, au titre de la garantie prévue à l'article 5 du contrat de cession¹.

2. - La procédure arbitrale. Au cours de l'instance arbitrale, la société Sotravo (cessionnaire) a bénéficié, le 1er octobre 2018, d'une sauvegarde judiciaire ouverte par le tribunal de commerce de Casablanca. À la suite de l'ouverture de cette procédure collective, la société italienne Préfabricati Industriali Stai a déclaré, le 20 décembre 2018, sa créance auprès du juge-commissaire.

De manière curieuse, ni la société Sotravo (débiteur en difficulté), ni la société Préfabricati Industriali Stai (créancier dans la procédure collective) n'ont jugé opportun d'informer le tribunal arbitral de l'ouverture d'une procédure de sauvegarde à l'encontre de l'une des parties à l'instance arbitrale.

Le tribunal arbitral, ignorant l'existence de la procédure collective, n'a ni suspendu l'instance ni attendu la mise en cause des organes de la procédure collective. Au contraire, il a fait droit aux demandes de restitution de la société italienne (cédante) et a condamné, de manière non solidaire, l'ensemble des cessionnaires au remboursement du montant de la garantie, y compris le débiteur en difficulté, en répartissant les sommes selon des quotités différentes.

3. - La décision de la Cour d'appel. Non satisfaite, la société Sotravo a formé un recours en annulation contre la sentence arbitrale. La cour d'appel a rejeté ce recours au motif que la société Sotravo ne pouvait invoquer, devant le juge de l'annulation, l'ouverture de la sauvegarde judiciaire sans l'avoir préalablement soulevée devant le tribunal arbitral. Cette décision a conduit Sotravo à former un pourvoi en cassation contre l'arrêt de la cour d'appel.

4. - Le pourvoi en cassation. La majorité des moyens du pourvoi en cassation portait sur le non-respect, par le tribunal arbitral, des règles impératives du droit de la faillite, même si celui-ci ignorait l'ouverture de la sauvegarde judiciaire. En effet, la société Sotravo reproche à l'arrêt de la cour d'appel d'avoir violé le principe de l'interdiction des poursuites individuelles en refusant d'appliquer l'article 686 du Code de commerce marocain et, par voie de conséquence, d'avoir refusé d'annuler la sentence arbitrale.

Autrement dit, il découle de ce principe d'ordre pu-

blic, qui s'applique tant à l'arbitrage interne qu'international, que toute poursuite individuelle ayant pour objet de condamner le débiteur en difficulté au paiement d'une somme d'argent, au titre d'une créance antérieure au jugement d'ouverture, est interdite. En conséquence, l'instance en cours doit être suspendue, que l'action soit engagée devant un tribunal arbitral ou devant les juridictions étatiques. La société Sotravo soutient que le terme « action en justice » englobe aussi bien les instances pendantes devant les juridictions étatiques que les instances arbitrales en cours.

Ensuite, la société Sotravo ajoute que la partie adverse a procédé, au cours de l'instance arbitrale, à la déclaration de sa créance auprès du juge-commissaire, sans le signaler au tribunal arbitral et que même si elle n'a pas, à son tour, informé le tribunal arbitral de l'ouverture de la procédure collective, les règles impératives de la faillite empêchent que ce comportement soit qualifié de renonciation à se prévaloir du principe de l'interdiction des poursuites individuelles devant le juge de l'annulation, argument qui a été retenu par la cour d'appel.

De plus, la société Sotravo pense que l'article 566 du Code de commerce soumet le débiteur en difficulté, même en sauvegarde, au contrôle du syndic pour tous ses actes de disposition. En conséquence, l'instance arbitrale aurait nécessité la mise en cause du syndic afin qu'il puisse présenter ses observations, et que son absence constitue une violation d'une règle d'ordre public ainsi que du droit de la défense.

Enfin, la société Sotravo s'appuie sur une jurisprudence de la Cour de cassation française, qui considère que le principe de l'interdiction des poursuites individuelles est une règle d'ordre public interne et internationale, et qu'en conséquence, le tribunal arbitral ne pouvait que constater la créance et en fixer son montant.

5. - La question de droit. Ainsi, la question principale qui se pose à la Cour de cassation est de savoir si, en cas de dissimulation de l'ouverture de la procédure collective par les parties au tribunal arbitral, est-il encore possible d'invoquer, pour la première fois devant le juge de l'annulation, les règles impératives de la faillite, telles que l'interdiction des poursuites individuelles? Autrement dit, est-ce qu'on fait dépendre

déficit non déclaré, les cessionnaires doivent restituer le solde retenu sur le prix d'achat au cédant.

En effet, l'arrêt précise, dans sa version arabe : « درهم 1.200.000,00 في حدته ضمان مبلغ بإرجاع إليهم المفوت وبأقي الطاعة طالت ». Le terme clé « إرجاع » signifie « remboursement » ou « restitution ». Ainsi, « elle a réclaté à la demanderesse (SOTRAVO) et aux autres cessionnaires le remboursement / la restitution d'un montant de garantie fixé à 1 200 000 dirhams ».

l'application des règles impératives de la faillite du fait qu'elles aient, ou non, été soulevées devant le tribunal arbitral ?

6. - La solution de la Cour de cassation. À cette question intéressante, la Cour de cassation marocaine apporte une réponse originale. Elle rejette le pourvoi en cassation tout en rappelant les éléments essentiels encadrant le contrôle d'une sentence arbitrale. La Cour de cassation affirme que le juge de l'annulation n'a pas un pouvoir général de révision. Son contrôle est strictement limité. Autrement dit, il ne peut annuler une sentence que si l'un des motifs expressément prévus par l'article 327-36 du Code de procédure civile est caractérisé. La Cour de cassation ajoute un point essentiel : « le juge de l'annulation ne peut contrôler que ce qui a été soumis au tribunal arbitral ».

En se fondant sur ce principe, la Cour de cassation constate que la société Sotravo, alors qu'elle était en difficulté, a dissimulé l'ouverture de la procédure collective au tribunal arbitral. Dès lors, elle ne peut pas, ensuite, reprocher aux arbitres de ne pas avoir appliqué les règles impératives des procédures collectives. En d'autres termes, on ne peut pas cacher une information déterminante aux arbitres, puis venir devant le juge de l'annulation en disant que la sentence viole le droit de la faillite.

La Cour en déduit que la cour d'appel a correctement motivé sa décision en considérant que cette dissimulation ne rendait pas la sentence contraire aux règles impératives de la faillite. En définitive, la société Sotravo ne pouvait pas invoquer, pour la première fois devant le juge de l'annulation, des faits qui n'avaient jamais été portés à la connaissance du tribunal arbitral.

7. - L'annonce du Plan. La décision rendue par la Cour de cassation est, à tout le moins, originale et peut même sembler curieuse tant par son fondement que par son raisonnement (I). Cela étant, elle n'est pas dénuée de cohérence, dès lors qu'on la replace dans le cadre de l'approche territoriale qui caractérise le droit marocain de l'arbitrage (II).

I. Une décision singulière

Avant de traiter ce qui caractérise l'originalité de la décision (B), il convient, au préalable, de voir comment la Cour de cassation a tranché le débat autour de la notion d'« action en justice » (A).

A. Le débat tranché sur la notion de l'action en justice

8. - La controverse doctrinale au Maroc. La Cour de cassation a répondu de manière implicite à la question de savoir si la notion d'« action en justice », prévue à l'article 686 du code du commerce marocain, englobe aussi bien les instances devant la justice étatique que les instances arbitrales en cours.

En effet, l'article 686 du Code de commerce marocain dispose que : « *le jugement d'ouverture suspend... toute action en justice de la part de tous les créanciers dont la créance a son origine antérieurement audit jugement...* ». Cette question, déjà tranchée depuis longtemps par le droit français,² a pourtant suscité de nombreux débats et a été longuement controversée au Maroc. Un courant doctrinal minoritaire estime, de manière tranchée, que « *le jugement d'ouverture de la procédure collective n'a aucune incidence juridictionnelle sur la procédure d'arbitrage, laquelle se poursuit jusqu'à ce que les arbitres rendent leur sentence, le juge n'ayant aucun pouvoir pour la suspendre* »³.

À l'inverse, la doctrine majoritaire se montre favorable à l'idée que le principe de suspension des poursuites individuelles s'applique non seulement aux actions pendantes devant les juridictions étatiques, mais également aux instances arbitrales en cours⁴. Cette position a été suivie par les juridictions du fond du royaume, notamment par la Cour d'appel de commerce de Casablanca, qui a décidé :

« *Attendu qu'il est avéré que la procédure d'arbitrage était en cours au moment de l'ouverture de la procédure de redressement judiciaire à l'encontre de l'intimée; (...) que la procédure d'arbitrage est considérée comme une action en justice dès lors qu'elle est soumise à une juridiction d'exception; que le juge-commissaire est, par conséquent, compétent pour constater la suspension de l'ins-*

2. Cass. Fr. com., 27 mai 2008, n° 06-20483; Cass. Fr. 1ère civ., 30 mars 2004, n° 01-11951; V. encore : J.-B. RACINE, *Droit de l'arbitrage*, éd. PUF Thémis, 2016, p. 282; J. EL AHDAB et D. MAINGUY, *Droit de l'arbitrage : Théorie et pratique*, éd. LexisNexis, 2021, p. 296; C. SERAGLINI et J. ORTSCHIEDT, *Droit de l'arbitrage interne et international*, éd. Montchrestien, 2019, p. 167; A. KALAANI, « Les effets d'une procédure collective sur une instance arbitrale », *Revue Lamy droit des affaires*, n° 123, 1er février 2017... etc.

3. A. NACERI, « L'arbitrage et sa relation avec la magistrature », *GTM* n° 109, juillet-août 2007, p. 227. V. également, M.-D. TOUMLILT et A.-A. TOUMLILT, *Le droit de l'arbitrage au Maroc*, éd., Maghrébines, 2014, p. 67.

4. M.-D. TOUMLILT et A.-A. TOUMLILT, *Le droit de l'arbitrage au Maroc*, éd., Maghrébines, 2014, p. 67.

tance en cours conformément à l'article 695 du Code de commerce.»⁵

9. - Le débat tranché par la Cour de cassation. Ainsi, la Cour de cassation a tranché de manière définitive le débat relatif à la notion d'« action en justice », bien qu'elle ne l'énonce pas clairement dans le dispositif de la décision. En effet, en raisonnant a contrario, si la Cour de cassation marocaine avait estimé que l'article 686 du Code de commerce ne s'appliquait pas aux instances arbitrales en cours, elle aurait tout simplement cassé l'arrêt de la Cour d'appel pour violation de l'article 686 du Code de commerce. Or, tel n'a pas été le cas. Autrement dit, la Cour de cassation aurait pu, très simplement, écarter toute discussion relative à l'application de l'article 686 du Code de commerce. Au lieu de cela, elle a conditionné l'application de l'article 686 du Code de commerce à ce qu'il ait été soulevé au préalable devant le tribunal arbitral.

Cela démontre que la Cour de cassation est favorable à une interprétation large de la notion d'« action en justice » qui inclut à la fois les instances judiciaires en cours et les instances arbitrales. Le contraire aurait eu pour effet de rendre le droit marocain hostile à l'arbitrage, en fermant, au niveau de l'instance arbitrale, toute possibilité d'articulation entre le droit de la faillite et le droit de l'arbitrage. Par voie de conséquence, l'intégration des instances arbitrales et des sentences arbitrales dans l'écosystème de la faillite marocaine aurait été rendue difficile, voire impossible.

On ne peut dès lors que se réjouir de la position de la Cour de cassation marocaine, qui admet que la notion d'« action en justice » inclut également les instances arbitrales en cours.

Cependant, la Cour a conditionné l'application de ce principe au fait que la suspension des instances arbitrales en cours ait été soulevée préalablement devant le tribunal arbitral, afin qu'elle puisse, ensuite, être invoquée devant le juge de l'annulation. C'est justement ce point qui confère à sa décision ce caractère original.

B. La bonne foi comme condition d'application des règles impératives de la faillite

10. - La divergence des concepts et des idéologies. Le droit de la faillite et le droit de l'arbitrage poursuivent des finalités différentes, à telle enseigne que les juridictions américaines les ont qualifiés de pôles extrêmement opposés⁶. En effet, le droit de la faillite est imprégné d'une logique collective, visant à centraliser le traitement de toutes les créances antérieures au jugement d'ouverture et de concentrer les paiements dans le cadre d'un plan de restructuration ou de liquidation. Autrement dit, aucun paiement ne peut être effectué en dehors de ce plan.

Cette opposition des idéologies et des concepts amène chaque pays à appréhender à sa manière l'interaction de la faillite avec l'arbitrage. Bien qu'il existe des divergences souveraines sur cette interaction, la position marocaine, manifestement favorable à l'arbitrage, présente une conception singulière et originale au niveau de l'instance arbitrale par rapport à la plupart des pays du globe.

11. - L'estoppel face à la faillite en France. En effet, l'étude des rapports nationaux du IBA Toolkit sur l'interaction de la faillite et de l'arbitrage dans plus de 25 pays montre que la plupart des pays considèrent presque systématiquement que la règle de la suspension et de l'interdiction des poursuites individuelles est une règle d'ordre public à laquelle on ne peut, en principe, déroger⁷. À titre d'illustration, la Cour de cassation française a jugé que la règle de la suspension et de l'interdiction des poursuites individuelles est une règle d'ordre public interne et international, et que la sentence qui viole ce principe, encourt les foudres de l'annulation⁸.

Ainsi, il ressort de la lecture du Code de commerce marocain,⁹ inspiré de la loi française¹⁰, que dès l'ouverture d'une procédure collective, le tribunal arbitral se trouve privé de la faculté de prononcer une condamnation à payer une somme d'argent contre le débiteur en difficulté. En lieu et place, l'arbitre doit suspendre l'ins-

5. CAC Casablanca, 19 juin 2009, doss. n° 5721/2008/11 in M.-D. TOUMLILT et A.-A. TOUMLILT, *Le droit de l'arbitrage au Maroc*, éd., Maghrébines, 2014, p. 67.

6. UNITED STATES, Dist. Ct. D. Mass., 1987, *Societe Nationale algérienne pour la recherche, la production, le transport, la transformation et la commercialisation des hydrocarbures v. Distrigas Corp.*, 80 B.R. 606.

7. J. PERMESLY, F. OSSA et M. PENADES, « IBA Toolkit on Insolvency and Arbitration », IBA Arbitration Committee, mars 2021, p. 42.

8. Exemple : Cass. Fr. 1ère, civ., 8 mars, 1988 n° 86-12.015, Cass. Fr. 1ère civ., 5 févr. 1991, n° 89-14382, Cass. Fr. 1ère, civ., 6 mai 2009, n° 08-10.281, D. 2009 p.1422 et CA Paris, pôle 1 – sect. 1, 27 févr. 2018, n° 16/01358, *Riseria Prodotti del Sole c/ Scamark*, *Cah. arb.*, 2018, n° 1, p. 133, note P. PEDONE.

9. C. com. Marocain, art. 686 à 689.

10. C. com. Français, art. L. 622-22, L.631-14, al. 1 et L.641-3, al. 1)

tance arbitrale, le temps nécessaire pour que le créancier déclare sa créance et que les organes de la procédure collective soient mis en cause devant l'instance arbitrale. Plus encore, lors de la reprise de l'instance arbitrale, le tribunal arbitral doit se limiter à constater l'existence de la créance et à en fixer le montant, lequel sera ensuite intégré dans le cadre de la procédure de déclaration de créance¹¹.

12. - L'estoppel face à la faillite au Maroc. La position de la Cour de cassation marocaine est originale par rapport à la plupart des systèmes juridiques. Elle conditionne l'application du principe impératif de la suspension des poursuites individuelles à la bonne foi procédurale des parties. Autrement dit, le principe de la suspension des poursuites individuelles ne pourra être soulevé pour la première fois devant le juge de l'annulation que si la partie qui s'en prévaut l'a déjà soulevé au préalable devant le tribunal arbitral. L'originalité réside dans le fait que le droit marocain de la faillite permet des condamnations individuelles prononcées par un tribunal arbitral, alors même qu'un jugement d'ouverture a été rendu.

13. - Critique de l'approche marocaine. Cette décision peut, à première lecture, surprendre, voire susciter la critique. En effet, quand bien même l'on chercherait à sanctionner la mauvaise foi des parties ayant dissimulé une information aussi importante que l'ouverture d'une procédure collective, un tel raisonnement se heurte immédiatement au caractère public du jugement d'ouverture. Publiée au bulletin officiel et au registre du commerce, cette décision est opposable, dès son prononcé, à l'ensemble des tiers, qu'il s'agisse des créanciers du débiteur ou du tribunal arbitral lui-même¹². La même observation s'impose, du reste, à l'égard du créancier ayant régulièrement déclaré sa

créance mais qui n'a pas estimé nécessaire de porter l'existence de la procédure collective à la connaissance du tribunal arbitral.

On peut également critiquer cette décision en faisant valoir que privilégier les poursuites individuelles de certains créanciers au détriment des autres conduit non seulement à violer le principe de suspension des poursuites individuelles, mais également le principe fondamental d'égalité entre créanciers.

Une telle approche viderait de sa substance la logique collective qui est au cœur du droit de la faillite. Dans cette configuration, l'arbitrage pourrait devenir un instrument permettant d'obtenir des paiements individuels de la part du débiteur en difficulté, en cas de mauvaise foi procédurale de la part des parties.

En définitive, subordonner l'application d'une règle impérative à la volonté des parties revient, tout simplement, à lui retirer son caractère impératif...

Néanmoins, si cette décision peut sembler, de prime abord, critiquable, elle a du sens en raison de l'approche territoriale que prône le droit de l'arbitrage marocain.

II. Une décision qui a du sens

Bien que la décision de la Cour de cassation puisse paraître curieuse, dans un premier temps, elle a du sens et se justifie par l'approche territoriale du droit marocain de l'arbitrage (A). Cette approche fait écho à la doctrine française, même si le droit français s'inscrit, pour sa part, dans une logique diamétralement opposée, fondée sur une conception universaliste de l'arbitrage (B).

¹¹. En France, il convient en réalité de distinguer deux situations

- La première concerne les instances antérieures au jugement d'ouverture et lorsque le tribunal arbitral n'a pas encore rendu sa sentence. Dans ce cas précis, comme indiqué ci-dessous, l'instance arbitrale doit être suspendue jusqu'à la déclaration des créances et la mise en cause des organes de la procédure collective. Une fois l'instance reprise, le tribunal arbitral ne doit plus que constater la créance et en fixer le montant. La Cour de cassation française a jugé que l'exequatur d'une telle décision ne pose aucun problème, puisqu'il ne contrevient pas au principe de suspension des poursuites individuelles. L'instance arbitrale voit ainsi sa physionomie modifiée pour s'aligner sur la logique collective de la faillite. Cass. Fr. 1ère civ., 5 févr. 1991 ; V. encore A. KALAANI, « Les effets d'une procédure collective sur une instance arbitrale », *Revue Lamy droit des affaires*, n° 123, 1er février 2017.

- La deuxième hypothèse concerne les instances arbitrales qui, bien qu'ayant débuté avant le jugement d'ouverture, se sont clôturées au moment de ce jugement et ont donné lieu au prononcé d'une sentence arbitrale. Selon la Cour de cassation française, il ne peut être reproché au tribunal arbitral d'avoir violé une règle impérative de la procédure collective au moment où la sentence a été rendue. En revanche, la haute juridiction précise que l'exequatur doit se limiter à constater l'existence de la créance et à reconnaître son montant, afin de permettre au créancier de procéder à sa déclaration dans le cadre de la procédure collective. Cass. Fr. com., 12 nov. 2020, n° 19-18849.

Enfin, on peut signaler une troisième hypothèse. Si l'instance arbitrale a été introduite postérieurement au jugement d'ouverture, sans qu'au préalable la déclaration des créances n'ait été effectuée, dans ce cas précis, la sanction est catégorique et la Cour de cassation prive l'instance et la sentence arbitrale de toute efficacité. Cass. Fr. com., 8 févr. 2023, n° 21-15771.

¹². C. com. Marocain, art. 669 ; C. com. Français, art. R. 621-4, qui énonce que « le jugement prend effet à compter de sa date » ; V. encore : F-X. LUCAS, *Manuel de droit de la faillite*, 4ème éd. PUF, 2022, p. 276.

A. L'approche territoriale du droit de l'arbitrage marocain

14. - Le sort des sentences annulées dans le pays de siège de l'arbitrage. La décision de la Cour de cassation marocaine présente ainsi une singularité, en ce qu'elle admet la validité de sentences arbitrales qui ne respectent pas, une règle pourtant impérative du de la faillite.

Cette solution peut néanmoins s'expliquer à la lumière de l'approche territoriale qui manifestement structure le droit marocain de l'arbitrage. Ainsi, la problématique qui se pose, est celle de la manière dont chaque ordre juridique appréhende les effets de l'annulation d'une sentence arbitrale dans l'État du siège. En d'autres termes, une sentence annulée dans le pays du siège de l'arbitrage peut-elle obtenir l'exequatur ou être reconnue, dans un autre État ?

Sur ce point, les États signataires de la Convention de New York de 1958 sur la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères divergent profondément quant à l'interprétation de son article V, § 1, e) et de son article VII. Deux grandes conceptions s'opposent¹³ :

15. - L'approche française ou l'approche universaliste. En premier lieu, certains États adoptent une approche dite délocalisée ou universaliste, selon laquelle

l'annulation de la sentence arbitrale dans l'État du siège ne constitue pas, en soi, un obstacle à sa reconnaissance ou à son exécution sur leur territoire. La France en est le chef de file. Cette conception a été consacrée par les arrêts Norsolor¹⁴, Hilmarton¹⁵, Chromalloy¹⁶ et Putrabali¹⁷. La jurisprudence française s'appuie sur l'article VII de la Convention de New York afin de faire prévaloir des règles nationales plus favorables à l'arbitrage. Le système français des règles matérielles internationales de l'arbitrage, reconnu comme l'un des plus favorables à l'arbitrage dans le monde, considère que la sentence arbitrale est une décision de justice internationale qui n'est soumise à aucune juridiction nationale. Autrement dit, il s'agit de la consécration de l'autonomie totale de la sentence arbitrale par rapport aux lois et aux juridictions étatiques, sous la seule condition du respect des critères de contrôle limitativement énumérés à l'article 1502 du Code de procédure civile. Cette conception trouve également un écho dans plusieurs pays, tels que les États-Unis¹⁸, les Pays-Bas¹⁹ ou encore la Belgique²⁰... etc. avec quelques subtilités selon les pays.

16. - L'approche territorialiste. En second lieu et à l'opposé, une conception territorialiste prévaut dans de nombreux États, selon laquelle l'annulation de la sentence arbitrale dans le pays du siège constitue un motif déterminant pour refuser son exequatur. Tel

13. Les États signataires de la Convention de New York se fondant sur la lettre de l'article V, qui prévoit que la reconnaissance ou l'exécution de la sentence « may be refused » « peut être refusée », conférant ainsi aux juridictions étatiques la faculté de refuser ou non l'exequatur lorsque la sentence a été annulée dans l'État du siège de l'arbitrage. V. encore : E. GAILLARD, « The Enforcement of Awards Set Aside in the Country of Origin », *ICSID Rev.*, vol. 14, 1999, p. 16 s. et S. KLIM, « The Emerging Framework for the Recognition & Enforcement of Annulled Arbitral Awards in U.S. Jurisprudence », *Ohio N. U. L. Rev.*, vol. 51, n° 2, 2025, p. 1 s.

14. Cass. Fr. 1ère, civ., 9 oct. 1984 n° 83-11.355.

15. Cass. Fr. 1ère, civ., 23 mars, 1994, n° 92-15.137.

16. CA Paris, 14 janv. 1997, n° 95/23025, Chromalloy.

17. Cass. Fr. 1ère, 29 juin 2007, n° 05-18.053 et 06-13.293. V. encore : TH. CLAY et M.-D. FONTMICHEL, *Code de l'arbitrage commenté*, éd., LexisNexis, 2021, p. 277 et 278.

18. Une première décision des juridictions américaines, qui a reconnu le principe d'universalité de l'arbitrage, est l'affaire Chromalloy. *Arbitration Between Chromalloy Aeroservices and Arab Republic of Egypt*, 939 F. Supp. 907 (D.D.C. 1996). Cette tendance a été confirmée par des décisions ultérieures, notamment *Corporación Mexicana de Mantenimiento Integral, S. de R.L. de C.V. v. Pemex-Exploración y Producción*, 832 F.3d 92 (2d Cir. 2016), et *Compañía de Inversiones Mercantiles S.A. v. Grupo Cementos de Chihuahua S.A.B. de C.V.*, 58 F.4th 1251 (10th Cir. 2023).

Cependant, la doctrine américaine estime que les décisions Pemex et Compañía ont rendu le principe d'universalité exceptionnel, et que la reconnaissance d'une sentence arbitrale annulée à l'étranger suppose une violation de l'ordre public. V. encore : S. KLIM, « The Emerging Framework for the Recognition & Enforcement of Annulled Arbitral Awards in U.S. Jurisprudence », *Ohio N. U. L. Rev.*, vol. 51, n° 2, 2025, p. 1 s.

19. CA d'Amsterdam (Gerechtshof Amsterdam), 28 avril 2009, n° 200.005.269/01, *Yukos Capital SARL c. OAO Rosneft*. « a Dutch court is not compelled to deny leave for recognition of an annulled arbitral award if the foreign decision annulling the arbitral award cannot be recognised in the Netherlands » in M. SCHERER, « Effects of Foreign Judgments Relating to International Arbitral Awards: Is the "Judgment Route" the Wrong Road? », *Journal of International Dispute Settlement*, vol. 4, n° 3, juillet 2013, p. 587-628.

20. E. GAILLARD, « The Enforcement of Awards Set Aside in the Country of Origin », *ICSID Rev.*, vol. 14, 1999, p. 16 s.

21. High Court (England and Wales), EWHC 2188 (Comm), *Yukos Capital S.a.r.l v. OJSC Oil Company Rosneft*; UK Supreme Court, 1 AC 763, *Dallah Real Estate and Tourism Co. v. Ministry of Religious Affairs, Government of Pakistan*. V. encore : R. RANA, « The Enforceability of Awards Set Aside at the Seat: An Asian and European Perspective », *Fordham International Law Journal*, vol. 40, n° 3, 2017, p. 773 s.; S. KLIM, « The Emerging Framework for the Recognition & Enforcement of Annulled Arbitral Awards in U.S. Jurisprudence », *Ohio N. U. L. Rev.*, vol. 51, n° 2, 2025, p. 1 s.

22. Bundesgerichtshof [BGH], 22 fév. 2001, III ZB 71/99 et Bundesgerichtshof [BGH], 23 avril 2013, III ZB 59/12 in S. KLIM, « The Emerging Framework for the Recognition & Enforcement of Annulled Arbitral Awards in U.S. Jurisprudence », *Ohio N. U. L. Rev.*, vol. 51, n° 2, 2025, p.

est notamment le cas en Angleterre²¹ ou en Allemagne²² ... etc. où l'exécution d'une sentence annulée au siège est, en principe, refusée.

17. - L'approche marocaine manifestation territorialiste. Maintenant, qu'en est-il de la position marocaine ? Contrairement à la jurisprudence française, la position marocaine penche plutôt vers l'approche territoriale. C'est dans ce sens que la doctrine marocaine semble établie, en commentant un arrêt de la cour d'appel de commerce de Casablanca²³.

Dans cette décision, la sentence arbitrale faisait l'objet, d'une part, d'une demande d'annulation devant les juridictions étatiques du siège de l'arbitrage et, d'autre part, d'une demande d'exequatur devant la juridiction de Casablanca. Confrontée à cette situation, la cour d'appel a accordé l'exequatur au motif que la sentence n'avait pas encore été annulée. Elle précise que l'introduction d'un recours en annulation, à elle seule, ne saurait justifier un refus d'exequatur, seule une annulation effective, et non une simple demande d'annulation, peut produire un tel effet²⁴.

18. - Une décision censée nécessitant des éclaircissements supplémentaires. C'est ainsi, dans cette perspective, que l'arrêt de la Cour de cassation marocaine prend tout son sens. En effet, bien que la sentence arbitrale viole le principe impératif de la suspension des instances en cours, la Cour de cassation marocaine n'a pas jugé nécessaire de faire respecter le droit de la faillite au niveau de l'instance arbitrale, mais probablement, au niveau de la sentence arbitrale.

Cette solution d'équilibre permet de réaliser deux objectifs. En premier lieu, elle n'empêche pas la sentence arbitrale de circuler au-delà des frontières marocaines, notamment pour obtenir l'exequatur dans les pays qui

adoptent une approche territoriale. En second lieu, le droit de la faillite marocain conserve sa logique collective et assure l'égalité des créanciers, non pas tant sur le fondement du principe de la suspension des instances, mais sur la base d'un autre principe tout aussi impératif, celui de l'interdiction des voies d'exécution et des saisies²⁵. En effet, c'est à ce moment précis que l'exécution forcée de la sentence arbitrale devra s'aligner et se conformer à la logique collective. L'exequatur devra alors jouer un simple rôle déclaratoire de l'existence et du montant de la créance. À défaut, le droit de la faillite risquerait de perdre toute substance ainsi que la logique collective qui le structure. C'est sur ce point précis que la Cour de cassation marocaine sera attendue pour apporter les éclaircissements nécessaires.

B. La convergence avec la perception doctrinale française

19. - Le rapport du projet de réforme du Code de l'arbitrage français. La position actuelle de la Cour de cassation marocaine se rapproche de manière sensible de celle préconisée par le rapport du projet de réforme du Code de l'arbitrage français. Cette convergence s'inscrit dans une volonté commune de lutter contre les manœuvres dilatoires des parties à l'arbitrage, qui dissimulent volontairement certaines irrégularités au cours de l'instance arbitrale pour ne les invoquer qu'ultérieurement, devant le juge de l'annulation ou de l'exequatur, dans le seul but de retarder l'issue du litige.

20. - Le droit positif de l'arbitrage en France face à l'estoppel. En effet, l'article 1466 du CPC français²⁶ impose aux parties, de soulever leurs moyens en temps

1 s.

23. « Contrairement à la jurisprudence française exposée ci-dessus, laquelle autorise l'exécution, en France, d'une sentence arbitrale annulée à l'étranger, et ce sur la base de l'article VII de la Convention de New York (...), la jurisprudence marocaine ne paraît pas encline à s'engager dans cette voie. En atteste un arrêt de la Cour d'appel de commerce de Casablanca (...) La juridiction précitée a ainsi considéré que « l'article V de la Convention de New York exige, pour rejeter la demande d'exequatur, que la sentence arbitrale ait été effectivement annulée et pas seulement qu'elle ait fait l'objet d'un recours en annulation » » CAC Casablanca. 26 août 2008, GTM n° 117, novembre-décembre 2008, p. 79. in M.-D. TOUMLILT et A.-A. TOUMLILT, *Le droit de l'arbitrage au Maroc*, éd., Maghrébines, 2014, p. 518 et 519.

24. Un auteur s'interroge toutefois sur l'attitude qu'aurait adoptée la cour d'appel de Casablanca dans l'hypothèse où la sentence aurait effectivement été annulée. Par un raisonnement a contrario, il estime que la juridiction marocaine aurait probablement refusé l'exequatur. Néanmoins, l'auteur plaide, pour une approche plus nuancée. Il propose ainsi de distinguer deux situations : lorsque les motifs ayant conduit à l'annulation de la sentence coïncident avec les motifs de refus de l'exequatur prévus par le droit marocain, l'exequatur doit être refusé ; en revanche, lorsque les motifs de l'annulation prononcée à l'étranger ne sont pas recevables au regard de la loi marocaine, l'exequatur devrait être accordé, abstraction faite de l'annulation intervenue dans l'État du siège de l'arbitrage. M.-D. TOUMLILT et A.-A. TOUMLILT, *Le droit de l'arbitrage au Maroc*, éd., Maghrébines, 2014, p. 519.

25. C. com. Marocain, art. 686, al. 4.

26. Pour sa part, le droit marocain prévoit une disposition similaire. La loi n° 95-17 relative au Code de l'arbitrage et de la médiation conventionnelle, Dahir n° 1.22.43 du 24 mai 2022, B.O n° 7099 du 13 juin 2022 (en langue arabe), prévoit à son article 18 : « Il est interdit de se prévaloir des motifs justifiant le refus d'accorder l'exequatur, du recours en annulation ou du recours en rétractation pour la première fois devant la juridiction compétente, si l'une des parties pouvait soulever ce motif devant le tribunal arbitral avant le prononcé de la sentence arbitrale. »

utile devant le tribunal arbitral. Le non-respect de cette règle conduit à une fin de non-recevoir devant le juge étatique saisi de l'exequatur ou de l'annulation. Autrement dit, les parties sont réputées avoir renoncé à se prévaloir ultérieurement de ces arguments, comme ce fut précisément le cas dans l'affaire soumise à la Cour de cassation marocaine.

Cependant, cette règle n'est pas absolue. Le droit français prévoit deux exceptions. La première concerne la compétence du tribunal arbitral, qui peut être soulevée à tout moment, y compris pour la première fois devant le juge de l'annulation ou de l'exequatur²⁷. La deuxième exception porte sur la violation de l'ordre public international, laquelle peut également être invoquée à tout moment devant le juge du contrôle de la sentence²⁸.

21. - La proposition du projet de réforme du Code de l'arbitrage français. Dans ce contexte, le rapport du projet de réforme du Code de l'arbitrage a formulé une proposition qui, bien que non retenue, révèle la volonté de la doctrine française de combattre, en toute hypothèse, les manœuvres dilatoires fondées sur la mauvaise foi procédurale. L'objectif est clair celui, d'accélérer le traitement du contentieux arbitral. Cette proposition veut limiter les exceptions à la règle de la renonciation à se prévaloir des moyens non soulevés devant le tribunal arbitral.

En effet, pour éviter certaines formes de déloyauté procédurale, la proposition visait à supprimer l'exception relative à la possibilité de soulever l'incompétence du tribunal arbitral à tout moment. L'idée est simple et proche de celle retenue par l'arrêt de la Cour de cassation marocaine, est que les parties qui se taisent volontairement au cours de l'instance arbitrale ou dissimulent une information capitale relative à la compétence du tribunal arbitral doivent être réputées avoir renoncé à s'en prévaloir devant le juge de l'annulation ou de l'exequatur.

Afin de préserver l'équilibre avec les règles impératives de la faillite, la proposition maintenait toutefois

l'exception relative à l'ordre public, laquelle peut être soulevée à tout moment, y compris pour la première fois devant le juge du contrôle de la sentence. Ainsi, la position de la Cour de cassation marocaine converge sensiblement avec celle défendue par la doctrine française²⁹.

22. - Convergence avec la perception marocaine. La principale différence entre le droit positif français et la solution retenue par la Cour de cassation marocaine tient à la qualification du principe de la suspension et de l'interdiction des poursuites individuelles. En droit français, ce principe est considéré comme une règle d'ordre public interne et international, susceptible d'être invoquée à tout moment. En revanche, en droit marocain, au regard de l'arrêt commenté, ce principe ne semble pas être qualifié de règle d'ordre public international. En conséquence, comme l'a jugé la Cour de cassation, il ne peut être soulevé pour la première fois devant le juge du contrôle de la sentence, sans avoir été au préalable, débattu devant le tribunal arbitral.

En définitive, la Cour de cassation marocaine a tenté, à sa manière, de trouver un équilibre entre le droit des procédures collectives et l'arbitrage. En refusant d'annuler une sentence pourtant rendue en méconnaissance du principe de la suspension des poursuites individuelles, elle lui laisse la possibilité de produire des effets et de circuler dans les États qui, à l'instar du Maroc, retiennent une approche territoriale de l'arbitrage.

Néanmoins, la question principale à laquelle l'arrêt de la Cour de cassation ne répond pas demeure entière : qu'en est-il de la suite ? Le principe de l'interdiction des voies d'exécution et des saisies permettra-t-il effectivement de faire respecter la logique collective et l'égalité des créanciers, en cantonnant la sentence arbitrale à un rôle purement déclaratoire dans la procédure de déclaration de créance, et non à un mécanisme permettant l'obtention d'un paiement individuel privilégié au détriment des autres créanciers de la procédure collective ?

²⁷. Cass. Fr. 1^{ère}, civ., 2 déc. 2020, n° 19-15.396. (Schooner).

²⁸. F. ANCEL et T. CLAY (dir.), « Rapport et propositions de réforme du droit français de l'arbitrage », Groupe de travail sur la réforme du droit français de l'arbitrage, remis au ministre de la Justice, mars 2025, p. 65 et 66.

²⁹. F. ANCEL et T. CLAY (dir.), « Rapport et propositions de réforme du droit français de l'arbitrage », Groupe de travail sur la réforme du droit français de l'arbitrage, remis au ministre de la Justice, mars 2025, p. 66.