

**Clause de règlement amiable : la faculté de recours au juge étatique fait obstacle à la qualification de clause compromissoire (CA. com. Marrakech 2023)**

Identification			
<b>Ref</b> 37922	<b>Juridiction</b> Cour d'appel de commerce	<b>Pays/Ville</b> Maroc / Marrakech	<b>N° de décision</b> 2369
<b>Date de décision</b> 16/11/2023	<b>N° de dossier</b> 2023/8228/1963	<b>Type de décision</b> Arrêt	<b>Chambre</b>
Abstract			
<b>Thème</b> Convention d'arbitrage, Arbitrage		<b>Mots clés</b> نية الأطراف, Clause de conciliation préalable, Convention d'arbitrage, Force obligatoire du contrat, Gérance libre, Intention des parties, Irrecevabilité, Préalable de conciliation obligatoire, Clause compromissoire, Qualification de la clause, بطلان شرط تحكيم, تسوية نزاع حيبا, شرط تحكيم, طلب سابق لأوانه, عقد تسبير حر, قوة العقد شريعة المتعاقدين, اختصاص المحكمة التجارية, Action prématurée	
<b>Base légale</b> Article(s) : 317 - 327-5 - Dahir portant loi n° 1-74-447 du 11 ramadan 1394 (28 septembre 1974) approuvant le texte du code de procédure civile (CPC)		<b>Source</b> Non publiée	

## Résumé en français

La clause qui organise une tentative de règlement amiable tout en réservant expressément la compétence du juge étatique en cas d'échec ne constitue pas une clause compromissoire. Il s'agit d'un préalable de conciliation dont le non-respect rend l'action en justice prématurée et, partant, irrecevable.

En requalifiant ainsi la clause d'un contrat de gérance libre, la Cour d'appel de commerce de Marrakech en déduit que le caractère obligatoire et dérogoire, essence de la convention d'arbitrage, fait ici défaut. La commune intention des parties n'était que d'imposer une tentative de discussion avant toute saisine du juge.

La Cour ajoute que l'argument tiré de la nullité de la clause pour défaut de désignation des arbitres (art. 317 du CPC) est devenu inopérant, l'article 327-5 du même code prévoyant désormais une procédure supplétive. La demande est donc bien irrecevable, non pas en raison d'une compétence arbitrale exclusive, mais pour inobservation d'une condition de recevabilité contractuellement définie.

## Texte intégral

محكمة الإستئناف التجارية بمراكش، بتاريخ 2023/11/16، قرار عدد 2369، في ملف عدد 2023/8228/1963

بناء على مقال الاستئناف والحكم المستأنف ومستنتجات الطرفين ومجموع الوثائق المدرجة بالملف.

وبناء على تقرير المستشار المقرر الذي لم تقع تلاوته بإعفاء من الرئيس وعدم معارضة الأطراف.

واستدعاء الطرفين لجلسة 2023/11/02.

وتطبيقا لمقتضيات المادة 19 من قانون المحاكم التجارية والفصول 328 وما يليه و 429 من قانون المسطرة المدنية.

وبعد الإطلاع على مستنتجات النيابة العامة.

وبعد المداولة طبقا للقانون.

حيث انه بمقتضى مقال مسجل و مؤداة عنه الرسوم القضائية بتاريخ 2023/08/08 استأنفت الطاعنة أعلاه الحكم رقم 1462 الصادر عن المحكمة الابتدائية التجارية بمراكش بتاريخ 2023/05/30 في اطار الملف عدد 2023/8228/1141 و القاضي بعدم قبول الطلب و تحميل رافعه الصائر.

حيث لا دليل على تبليغ المستأنف الحكم المطعون فيه مما يكون معه الاستئناف مقدا داخل الاجل القانوني هذا فضلا على استيفائه لباقي الشكليات المتطلبة قانونا مما يتعين قبوله شكلا.

### الوقائع

حيث يستفاد من وثائق الملف ان المدعية شركة (ر ز) تقدمت بمقال افتتاحي مؤداة عنه الرسوم القضائية بتاريخ 2023/03/13 تعرض فيه أن للمدعى عليها تعتمر من يدها على وجه التسيير الحر أصلها التجاري بسومة كرائية شهرية قدرها 22000 درهم، غير أنها تقاعست عن أداء واجبات التسيير مند فاتح مارس 2020 إلى غاية الآن رغم توجيه اذار لها بذلك، وامتنعت عن الافراغ ملتزمة الحكم بفسخ عقد التسيير الحر وبإفراغ المدعى عليها هي ومن يقوم مقامها أو بإذنها وبأدائها لها مبلغ 814.000,00 درهم مع تعويض عن التماطل قدره 81400 درهم والفوائد القانونية من تاريخ الطلب والنفاز المعجل وتحميلها الصائر.

معززة طلبها بصورة شهادة لعقد تسيير حر، اذار بأداء ومحضر تبليغه.

وبناء على المذكرة الجوابية لنائب المدعى عليها أكدت خلالها أن العقد الرابط بين الطرفين يتضمن بندا ينص على سلوك مسطرة التحكيم الودي قبل اللجوء إلى القضاء ، ملتزمة عدم قبول الدعوى لعدم الاختصاص.

بناء على المذكرة التعقيبية لنائب المدعية الذي أكد أن دفعها غير مؤسس وأنها لم تجب عن موضوع الدعوى الشيء الذي يعتبر اقرارا

منها، وأرفقها بصورة جواب على الإنذار.

بناء على تعقيب نائب المدعى عليها والذي أكد خلاله الدفع بعدم قبول الدعوى وعدم الجواب في جوهر النزاع.

و بعد استنفاذ كافة الإجراءات القانونية أصدرت المحكمة التجارية حكما المطعون فيه أعلاه.

أسست المستانفة أسباب استئنافها على كون الشرط التحكيمي المنصوص عليه في العقد مخالف للفقرة 2 من الفصل 317 من ق م م الذي ينص على انه « يجب تحت طائلة البطلان ان ينص في شرط التحكيم اما على تعيين محكم او المحكمين و اما طريقة تعيينهم » طالما انه لا ينص على أي احد من الشرطين و أن البطلان من النظام العام لا يرتب أي اثر و بطلان الشرط التحكيمي لا اثر له على صحة بقية بنود العقد التي تبقى سارية المفعول وفقا للفصل 318 من ق م م بل ان تفعيل الشرط التحكيمي بصرف النظر عن البطلان الذي يشوبه يبقى مستحيلا على مستوى طريقة تعيين المحكمة أو المحكمين لان كل طرق من الخصومة له الحق في أن يتشبهت بطريقته الخاصة في التعيين مما سيؤدي الى استحالة استقرار الطرفين على رأي واحد سيما اذا فقد عنصر الثقة كما هو في النازلة و اذا تعسف احد الطرفين او كلاهما في استعمال حقه في طريقة التعيين متمسكة بكون الشرط التحكيمي لا يعدو أن يكون مجرد التنصيص على محاولة صلح هذه الأخيرة التي يقوم مقامها الإنذار الموجه الى احد الطرفين أو الركون الى القضاء الذي يعتبر عن تنازل الطرفين او احدهما عن التصالح طبقا لما استقر عليه اجتهاد المحكمة و لكون الاختصاص النوعي لهذه المحكمة قائم فانها ملتزمة الغاء الحكم المستانف و الحكم من جديد بعدم قبول الطلب و القول باختصاص المحكمة المعروض عليها النزاع و الحكم أساسا وفق الطلب و احتياطا ارجاع الملف للمحكمة مصدرة القرار لتبت فيه من جديد طبقا للقانون.

ارفعت مقالها بنسخة حكم.

اجابت المستانف عليها بكون ما ذهبت اليه محكمة الدرجة الأولى مؤسس قانونا سيما الفصل 327 من ق م م الذي اوجب على العارضة الدفع بداية و قبل مناقشة الموضوع بعدم قبول الدعوى لوجود شرط تحكيمي و ان الفصل 5 من عقد التسيير نص انه في حالة وجود نزاع بين الطرفين اللجوء الى مسطرة التحكيم الحبي قبل طرح النزاع امام المحكمة و ان العقد شريعة المتعاقدين و من جهة ثانية فان البطلان المنصوص عليه في الفصل 327 من ق م م لا يكون تلقائيا او مقررا من احد طرفي العقد بل لا بد للمحكمة ان تحكم به و يجب ان يقد بشكل نظامي أي ان يقدم بمقتضى دعوى قضائية مستقلة و من جهة ثالثة فان العارضة بمناسبة جوابها على الاشعار الأخير الذي توصلت به من طرف المستانفة بتاريخ 2023/08/04 اشعرت المستانفة بمقتضيات البند الخامس من العقد و اقترحت عليها البدء في الإجراءات القانونية لفض نزاع ناشئ بينها في تنفيذ بنود العقد ملتزمة بتأييد الحكم المستانفة.

و ادلت المستانف عليها بمذكرة مرفقة بصورة لاشعار وصورة لمحضر تبليغ و صورة لجواب على اشعار.

و ادلت المستانفة بتعقيب جاء فيه بكون الدعوى موجهة لذي صفة التي لم تنازع فيها المستانف عليها امام محكمة الدرجة الأولى ناهيك ان الفقرة 2 من الفصل 49 من ق م م تنص على ان الدفوع الشكلية والاحلالات المسطرة و حالات البطلان لا تقبل من طرف المحكمة الا تضررت مساطر صاحب المصلحة فعلا و اذا تم اثارها قبل أي دفع او دفاع و ان شرط الضرر منتف ، و ان ترجمة أسماء الاعلام لغفويا من لغة الى لغة تكون تقريبية فقط على اعتبار ان ما ينطق و يكتب في لغة معينة من حروف ليس هو نفسه بالضرورة مت ينطق و يكتب في لغة أخرى و ان جميع الشركات تتوفر على بطاقة تعريف وطنية و هي السجل التجاري المكتوب باللغة الفرنسية و من المعلوم ان اللغة الفرنسية لا ينطق فيها حرف الهاء أصلا و موضوعا فان البطلان من النظام العام يصرح به القاضي تلقائيا ودون اثارته نهائيا و الإنذار و الجواب عليه باء بالفشل لعدم رغبة الأطراف في التحكيم و لكون تعيين المحكم مستحيل ما دام أن الشرط لم ينص عليه نهائيا و ما دام ان الثقة انعدمت بين الطرفين و لن يتفقا ابدا على أي محكمة لهذا السبب و العارضة لا ترغب في التحكيم لكون المستانف عليها تتماطل في الأداء و في تسليم الرياض و سيطرت عليه مستغلة تواجد مالها بالديار الفرنسية و تقاعست عن أداء مبالغ خيالية و تتمادى في ذلك متمسكة بالتحكيم و ان العداء مستحکم بينهما و أن العارضة لن تقبل أي محكم من اقتراح المستانف عليها و العكس صحيح وعلاوة على ان جواب المستانف عليها الأول على انذار العارضة خال من أي مبادرة تحكيم تذكر فان توجيه الإنذار يعتبر في حد

ذاته محاولة لاجراء تحكيم و التحكيم المشار اليه في العقد غير نظامي و باطل.

و ادلت المستانف عليها بمذكرة أكدت من خلالها ما سبق.

و بعد استنفاذ كافة الإجراءات القانونية أدرجت القضية بعدة جلسات اخرها جلسة 2023/11/02 حضر ذة (م) عن ذ (ا) و حضر ذ (ف) عن ذ (ف) الذي ادلى بمذكرة من طرفه فاعتبرت المحكمة القضية جاهزة مع حجزها للمداولة لجلسة 2023/11/16 فاصدرت بشأنها القرار الآتي نصه :

## محكمة الاستئناف

حيث فضلا عن كون عدم تعيين الهيئة التحكيمية مسبقا لكيفية و تاريخ اختيار المحكمين أو لم يتفق الأطراف على ذلك مستبعد من نطاق بطلان الشرط التحكيمي وفقا لاحكام الفصل 327-5 من قانون المسطرة المدنية لما نظم المسطرة القانونية الواجب سلوكها والحالة هذه و افرغ من حيث المال مقتضيات الفصل 317 الذي ينص على جزاء بطلان الشرط التحكيمي الذي لم يعين المحكمة او المحكمين و اما على طريقة تعيينهم من محتواه ، فان ما تجدر الإشارة اليه ان المحكمة باستقراءها للبند الخامس من عقد التسيير الحر موضوع الطلب المنجز بتاريخ 2018/10/06 بواسطة الموثقة الأستاذة ساداني مليكة تبين ان الطرفين اتفقا على حل النزعات او الخلافات القائمة بينهما عن طريق اقتراح محكم بشكل ودي و في حالة تعذر ذلك سينعقد الاختصاص للمحكمة التجارية بمراكش ، مما يفيد قطعاً انتفاء عنصر اسناد البت بصفة قطعية للمحكم و ان شرط التحكيم غير قائم بالمفهوم القانوني الذي يكتسي طابع الالتزام طالما ان الأطراف احتفظا بحقهما في إمكانية اللجوء للقضاء و ان نيتهما معا انصرفت فقط الى اجراء محاولة لتسوية النزاع بواسطة محكم باختيارهما قبل اللجوء للقضاء و لكون العقد شريعة المتعاقدين فان الامر يقتضي والحالة هذه اقتراح محكم أولاً من المتعاقدين بصرف النظر عما آل اليه هذا الاقتراح من نتائج و هو ما لم تقم به الطاعنة لتاريخه امام عدم استظهارها بما يفيد مطالبتها الطرف الآخر اقتراح محكم ظل دون جدوى أو بلغت الطرف الآخر اقتراحها محكم تم رفضه من الطرف الآخر و عليه فإن مبادرة المستانفة لرفع دعواها امام القضاء دون سلوك مسطرة تسوية النزاع حيبا وفق بنود العقد يجعل الطلب سابق لاوانه و بالنتيجة فان ما انتهى اليه الحكم المستانف صحيح و يتعين تاييده فيه و الأسباب على غير أساس من الصحة.

## لهذه الأسباب

فإن محكمة الإستئناف التجارية بمراكش وهي تبت انتهائياً علنيا و حضوريا

في الشكل : بقبول الاستئناف.

في الموضوع : بتأييد الحكم المستانف مع تحميل المستانفة الصائر.

وبهذا صدر القرار في اليوم والشهر والسنة أعلاه بنفس الهيئة التي شاركت في المناقشة.