

Compétence de l'arbitre : Absence d'obligation de statuer par une sentence préjudicielle (Cass. com. 2023)

Identification			
Ref 37485	Juridiction Cour de cassation	Pays/Ville Maroc / Rabat	N° de décision 446/1
Date de décision 13/09/2023	N° de dossier 2021/1/3/239	Type de décision Arrêt	Chambre Commerciale
Abstract			
Thème Voies de recours contre la sentence arbitrale, Arbitrage		Mots clés وثيقة التحكيم, Autorité de la chose jugée, Clause de conciliation préalable, Convention d'arbitrage, Décision sur la compétence non disjointe du fond, Principe compétence-compétence, Recours en annulation de sentence arbitrale, Renonciation par participation à la procédure, Sentence arbitrale, Sentence arbitrale définitive, Annulation de sentence arbitrale (non), اتفاق التحكيم, حكم تحكيمي, شرط تحكيمي, طعن بالبطان, قاعدة اختصاص الاختصاص, قرارات محكمة النقض, قوة الشيء المقضي به, مسطرة التحكيم, هيئة تحكيمية, تنازل عن الدفع, Acte de mission	
Base légale Article(s) : 327-9 - Dahir portant loi n° 1-74-447 du 11 ramadan 1394 (28 septembre 1974) approuvant le texte du code de procédure civile (CPC) Article(s) : - Dahir n° 1-07-169 du 19 kaada 1428 (30 novembre 2007) portant promulgation de la loi n° 08-05 modifiant et complétant le dahir portant loi n° 1-74-447 du 11 ramadan 1394 (28 septembre 1974) approuvant le texte du code de procédure civile		Source Non publiée	

Résumé en français

Saisie d'un pourvoi contre un [arrêt de la cour d'appel de commerce](#) ayant rejeté un recours en annulation d'une sentence arbitrale, la Cour de cassation retient les solutions suivantes :

1. Renonciation à se prévaloir d'une clause de conciliation préalable

La partie qui participe à la procédure arbitrale sans émettre de réserve, notamment en signant l'acte de mission et en procédant à la désignation d'un arbitre, est réputée avoir renoncé à invoquer le bénéfice d'une clause contractuelle qui imposerait une étape de conciliation ou d'expertise avant la saisine du tribunal arbitral. Son acceptation de l'instance couvre l'irrégularité procédurale tirée de l'omission de cette étape préliminaire.

2. Modalités de la décision du tribunal arbitral sur sa compétence

En application des dispositions de l'article 327-9 du Code de procédure civile, le tribunal arbitral, statuant sur sa propre compétence en vertu du principe « compétence-compétence », n'est pas légalement tenu de se prononcer par une sentence préjudicielle ou distincte. Il conserve la faculté de joindre l'examen de sa compétence à celui du fond du litige et de statuer sur l'ensemble par une unique sentence finale.

3. Autorité de la chose jugée d'une sentence arbitrale antérieure

Une sentence arbitrale devenue définitive est revêtue de l'autorité de la chose jugée. En conséquence, le juge saisi d'un recours en annulation d'une sentence postérieure doit rejeter un moyen qui porte sur un point de droit ou de fait déjà tranché de manière irrévocable par une sentence arbitrale antérieure rendue entre les mêmes parties. Le juge de l'annulation ne peut réexaminer une question ainsi définitivement jugée.

Texte intégral

بناء على مقال النقض المودع بتاريخ 2020/12/16 من طرف الطالبة المذكورة أعلاه بواسطة نائبها الأستاذ (أ) الحسن الرامي إلى نقض القرار رقم 1349 الصادر بتاريخ 2020/06/17 عن محكمة الاستئناف التجارية بالدار البيضاء في الملف عدد : [2019/8230/6007](#).

وبناء على الأوراق الأخرى المدلى بها في الملف.

وبناء على قانون المسطرة المدنية المؤرخ في 28 شتنبر 1974 كما وقع تعديله وتتميمه.

وبناء على الأمر بالتخلي الصادر في 2023/7/12.

وبناء على الإعلام بتعيين القضية في الجلسة العلنية المنعقدة بتاريخ : 2023/9/13.

وبناء على المناذاة على الطرفين ومن ينوب عنهما وعدم حضورهم.

وبعد تلاوة التقرير من طرف المستشار المقرر السيد محمد الصغير والاستماع إلى ملاحظات المحامية العامة السيدة سهام لخضر.

وبعد المداولة طبقا للقانون :

حيث يؤخذ من وثائق الملف والقرار المطعون فيه أن الطالبة شركة (ب) تقدمت بمقال أمام محكمة الاستئناف التجارية بالدار البيضاء تطعن بمقتضاه في الحكم التحكيمي الصادر بتاريخ 2019/12/03 في ملف التحكيم رقم 12.07.36 عن غرفة التجارة الدولية بالمغرب المحكمة المغربية للتحكيم والقاضي بصحة الشرط التحكيمي، وبانعقاد اختصاصها للبت في طلبات طالبة التحكيم، وبعد قبول الطلب الرامي إلى أداء قيمة الفواتير، والحكم على طالبة النقض بان تؤدي لطالبة التحكيم مبلغ 100.000.00 درهم كتعويض عن الضرر الناتج

عن عدم التصريح بحجم المبيعات خلال الفترة الممتدة من ابريل 2015 إلى غاية دجنبر 2016، ورفض باقي الطلبات فصدر القرار المشار إلى مراجعته أعلاه القاضي بقبول طلب الطعن بالبطلان شكلا وموضوعا برفض دعوى البطلان، والأمر بتنفيذ الحكم التحكيمي الصادر بتاريخ 2019/12/3 عن المحكمة المغربية للتحكيم في ملف التحكيم 12-07-36 وتحميل الطالبة الصائر، وهو المطعون فيه بالنقض.

في شأن الفرع الأول من الوسيلة الأولى :

حيث تنعى الطاعنة على القرار خرق قاعدة مسطرية اضر بها المتخذ من خرق الشرط التحكيمي المضمن في اتفاق التحكيم، بدعوى أن الأصل هو أن يتم الفصل في المنازعات التي تنشأ بين الأفراد من قبل قضاء الدولة، وأن التحكيم يعد طريقا استثنائيا لفض المنازعات باعتباره مؤسسة اختيارية، بمعنى أن اللجوء إليه لا يكون إلا إذا اتفق أطراف النزاع على ذلك، وبالتالي فإنه يلزم لصحة حكم التحكيم أن يأتي صدوره بناء على اتفاق صحيح على التحكيم، وأن يكون الاتفاق مازال قائما، فوجود هذا الاتفاق هو الذي يمنع من اللجوء إلى القضاء، ويحدد الجهة الموكلو إليها أمر البت في النزاع ويجعل من اللجوء إليها أمرا إجباريا.

وأنه بالرجوع إلى مقتضيات البند العاشر من عقد الدعاية الصيدلية Promotion de Contrat المؤرخ في 2002/07/02 يلقى أنه نص بصريح العبارة على وجوب اللجوء إلى هيئة مهنية متمرسة في ميدان صناعة الأدوية للفصل في كل نزاع يتعلق بتكوين أو تنفيذ العقد المبرم بين الطرفين، إلا أن المطلوبة لم تنقيد بهذا المقتضى واختارت تفعيل مسطرة التحكيم رغم أن الشرط التحكيمي المذكور جاء واضحا لا لبس فيه ولا غموض، كما انه جاء مكتوبا وموقعا من الطرفين ولم يكن موضوع اية منازعة من طرفها.

وإن محكمة الاستئناف جانبت الصواب حينما اعتبرت أن دفع الطاعنة بهذا الخصوص لا يقوم على أي أساس بعله أن ما تمسكت به من إثارته هذا الدفع أثناء سريان المسطرة، قد تم حسب وقائع الحكم التحكيمي بتاريخ 02 غشت 2019 بمقتضى مذكرتها الجوابية أي بعد توقيعها على وثيقة التحكيم وبعد تعيينها النقيب عبد الله (د) محكما عنها، والحال انه سبق للطاعنة أن أثارته هذا الدفع في أكثر من مناسبة كما هو ثابت من خلال مذكراتها الكتابية المدلى بها أثناء سريان المسطرة وكذلك في معرض مرافعتها الشفوية موضحة بأن الشرط التحكيمي ينبغي أن يفسر تفسيراً ضيقاً وفقاً لما استقر عليه الاجتهاد القضائي الوارد في هذا الباب، ومنه القرار عدد 1489 الصادر عن محكمة الاستئناف التجارية بالدار البيضاء بتاريخ 2006/03/31 في الملف عدد : 4/2005/3890 الذي اعتبر أن شرط التحكيم يجب أن يفسر تفسيراً ضيقاً مع التزام التقيد بما ورد فيه وعدم تأويله بما لا يتطابق معه من معاينة لأن التحكيم هو استثناء من القاعدة العامة التي توجب اللجوء إلى القضاء، وان الاستثناء دائماً وكقاعدة عامة لا يجوز التوسع فيه وبالتالي فلا مجال لتطبيق الفصل 469 من ق ل ع . والتمسك به من طرف المستأنف عليها لأنه يتعارض مع هذه المبادئ والتي تعتبر من أسس نظام التحكيم. وهو القرار الذي أيدته محكمة النقض بمقتضى قرارها عدد 129 الصادر بتاريخ 2010/01/28 في الملف التجاري عدد : 2009/3/3/896 بعله أنه ولئن كانت سلطة المحكمة فيما يتعلق بمنح الصيغة التنفيذية تتمحور حول التأكد من كون المقرر التحكيمي غير مشوب بالبطلان وغير مخالف للنظام العام دون أن تتجاوز ذلك إلى النظر في صميم الموضوع الذي فصل فيه المحكمون، فإن التحقق من عدم مخالفة المحكمين لمقتضيات شرط التحكيم وذلك بالخروج عليها وتجاوزها إلى مجال غير مضمن بها يعتبر من سلطة المحكمة المذكورة باعتبار أن تلك الحالة هي من الأسباب التي تجيز الطعن بالبطلان في المقرر التحكيمي بحسب ما تنص عليه الفقرة الخامسة من الفصل 327 من ق.م.م الناصة من بين أسباب الطعن بالبطلان على حالة ما إذا « بتت الهيئة التحكيمية دون التقيد بالمهمة المسندة إليها أو بتت في مسائل لا يشملها التحكيم أو تجاوزت حدود هذا الاتفاق. والمحكمة مصدره القرار المطعون فيه بقضائها بتأييد الأمر المستأنف القاضي برفض تذييل حكم المحكم بالصيغة التنفيذية لتجاوزه لما هو منصوص عليه في شرط التحكيم من تحديد مجال المنازعات المتفق على عرضها على التحكيم في تفسير أو تطبيق العقد دون فسخه تكون قد راعت مجمل ما ذكر مما جاء معه قرارها غير خارق للمقتضيات المحتج بخرقها ومعللا تعليلا سليما وبما فيه الكفاية والوسيلة على غير أساس. وبالتالي، فإن من شأن الإخلال بما تضمنه الشرط التحكيمي وعدم التقيد بما ورد به بل وصدوره عن غير الجهة الموكلو إليها أمر الفصل في النزاع، أن يعرض تبعا لذلك القرار المطعون فيه للنقض.

لكن حيث إن المحكمة مصدرة القرار المطعون فيه والتي ثبت لها من وقائع الملف أن طرفي النزاع اتفقا من خلال العقد الرابط بينهما وخاصة البند العاشر منه على عرض جميع النزاعات الناشئة عن العقد على هيئة مهنية معينة من قبلهما وفي حالة عدم قبول نتيجة هذا التحكيم من قبل أي طرف سيتم تسوية النزاع بشكل نهائي عن طريق التحكيم من قبل الغرفة التجارية الدولية بالدار البيضاء من طرف واحد أو أكثر من المحكمين المعيّنين وفقا لنظام التحكيم بالغرفة التجارية الدولية بالدار البيضاء. وأن الطرفين وكذا الهيئة التحكيمية وقعوا بتاريخ 2019/7/4 وثيقة التحكيم دون تحفظ وردت تمسك الطالبة بخرق المقرر التحكيمي شرط التحكيم بتعليل جاء فيه إنه يتبين بالاطلاع على وثائق الملف أن الطاعنة وقعت إلى جانب المطلوب ضدها والهيئة التحكيمية على وثيقة التحكيم المؤرخة في 04 يوليوز 2019 دون إبداء أي تحفظ بخصوص وجوب اللجوء إلى هيئة مهنية قبل عرض النزاع على تحكيم غرفة التجارة الدولية بالدار البيضاء وهو ما يجعل الدفع بخرق الشرط التحكيمي المضمن في اتفاق التحكيم للعلة المذكورة غير جدير بالاعتبار، خاصة وأن ما تمسكت به من إثارتها هذا الدفع أثناء سريان المسطرة قد تم حسب وقائع الحكم التحكيمي بتاريخ 22 غشت 2019 بمقتضى مذكرتها الجوابية (انظر الصفحة 15 من وقائع الحكم التحكيمي) أي بعد توقيعها على وثيقة التحكيم في التاريخ أعلاه وبعد تعيينها النقيب عبد الله (د) محكما عنها بمقتضى الرسالة الصادرة عن دفاعها بتاريخ 27 نونبر 2018... تكون قد اعتبرت صوابا أن توقيع الطالبة إلى جانب المطلوبة والهيئة التحكيمية على وثيقة التحكيم دون تمسكها بعرض النزاع بداية على هيئة مهنية هو تنازل منها عن عرض النزاع مسبقا على هيئة مهنية. وبذلك لم يخرق القرار المطعون فيه أي شرط تحكيمي والفرع على غير أساس.

في شأن الفرع الثاني من الوسيلة الأولى :

حيث تنعى الطاعنة على القرار خرق قاعدة مسطرية أضرت بها المتخذ من خرق قاعدة اختصاص الاختصاص، بدعوى انه جانب الصواب حينما اعتبر أن نظام التحكيم للمحكمة المغربية للتحكيم لا يلزم هيئة التحكيم بإصدار حكم مستقل من أجل البت في الاختصاص أو حتى في صحة شرط التحكيم، مستندة في ذلك على ما تضمنه البند 18 من عقد الشرط التحكيمي الذي نص على أن المحكمين سيقومون بتحقيق النزاع بحرية دون أن يكونوا ملزمين باتباع القواعد المسطرية المطبقة أمام المحاكم القضائية، ويتون في النزاع نهائيا بصفتهم وسطاء بالتراضي. وهذه المعادلة التي أسس عليها القرار المطعون فيه قضاءه فاسدة، إذ قلبت كل المبادئ المتعارف عليها داخليا ودوليا وخاصة مبدأ القوة الملزمة للعقود، ذلك أن المشرع المغربي عمل على تقوية صلاحيات الهيئة التحكيمية لتدعيم الثقة في هذا القضاء الخاص من أجل تمكينه من أدوات اشتغال كان يفترقا لها في ظل القانون القديم، حيث عمل على إقرار صلاحية الهيئة التحكيمية للنظر في اختصاصها وفي الطعن بطلان اتفاق التحكيم في الفصل 327-9 من قانون المسطرة المدنية وذلك بإقرار مبدأ الاختصاص للاختصاص، وبالتالي فإن مسألة الاختصاص هي من المبادئ الأساسية التي يقوم عليها التحكيم، ووفقا لهذا المبدأ فإن قضاء التحكيم يتقرر له الاختصاص بصرف النظر عن حكم اتفاق التحكيم، فسواء ورد الاتفاق صحيحا أو باطلا أو منعما فإن قضاء التحكيم هو الذي ينعقد له دائما وفي جميع الأحوال تقرير مسألة اختصاصه، ومتى تحقق لقضاء التحكيم هذا الاختصاص فإن المحكم يستطيع بعد ذلك أن يبحث وبحرية كاملة في حقيقة اختصاصه، فإذا تبين له صحة اتفاق التحكيم فإنه يعلن اختصاصه بنظر النزاع الموضوعي، وان تبين عكس ذلك فإنه يقضي بعدم اختصاصه، لاسيما وأنه سبق للطاعنة أن أثارته بأن النزاع الحالي ذو طابع دولي لأن أحد الأطراف التي وقعت العقد المتضمن للشرط التحكيمي هو طرف أجنبي ويتعلق الأمر بالشركة الخاضعة للقانون البرتغالي المسماة « مختبرات (م) برودوتوس فارماسوتيكوس » التي تبقى في الأصل هي الشركة الأم للشركة المطلوبة، وبالتالي تخرج عن اختصاص المحكمة التحكيمية للبت فيه انطلاقا من نظامها الداخلي.

ولئن كان فقه التحكيم لم يتفق على تحديد ماهية التحكيم الدولي أو بعبارة أدق تحديد معيار الدولية التحكيم، فمنهم من عرف التحكيم الدولي بأنه هو ذلك التحكيم الذي يرتبط بمجال علاقات التجارة الدولية والمصالح الخارجية لأطراف النزاع والتي تكشف إرادتهما المشتركة عن أن التحكيم ناشئ عن علاقة تجارية دولية هو مجاله الخصب خصوصا مع تنامي العلاقات التجارية بين الدول وازدهار المشاريع الاستثمارية وتعدد الاتفاقيات الدولية المتعلقة بالاستثمار وضمائه في حين عرفه مجلس الدولة الفرنسي بالنظر إلى سلطة القرار التي يعترف بها للطرف الثالث بناء على التسليم له بالصفة القضائية. إلا أن الأستاذ دافيد روني عرفه بقوله هو تقنية ترمي إلى إعطاء حل المسألة تكون محل اهتمام علاقات بين شخصين أو أكثر، والذي يتولاه محكم أو محكمان يستمدون سلطتهم من اتفاق

خاص، يحكمون على أساسه دون أن تمنحهم الدولة هذه المهمة « ولقد نصت المادة 1492 من قانون المسطرة المدنية الفرنسي على أنه يعتبر دوليا التحكيم الذي يمس مصالح التجارة الدولية « واعتبارا لذلك يكفي حسب القانون الفرنسي ان يكون النزاع ناتجا عن مبادلات اقتصادية ذات طابع دولي ليعتبر التحكيم بخصوصها دوليا. وفي نفس المنحى لقد ذهب اجتهاد محكمة النقض الفرنسية بخصوص تعريف التحكيم الدولي في قرار للغرفة المدنية الأولى بتاريخ 28 يناير 2003 حيث اعتبرت فيه أن الشرط التحكيمي المبرم بين شركة وغير التاجر يعتبر صحيحا بمجرد فقط الطابع الدولي للعمليات المعنية. علاوة على ذلك فهناك من اعتبر أن التحكيم يكون دوليا إذا اختار الأطراف قانونا أجنبيا سواء تعلق الأمر بالقانون المطبق على الجوهر أو على الإجراءات، أو تعلق تنفيذه في غير الدولة التي صدر فيها، وقد عرف الأستاذ عبد الله (د) العلاقة الدولية محلا لنزاع المعروض على التحكيم بأنها تلك المنازعات القانونية الخاصة بالمعاملات التجارية التي تتم على الصعيد الدولي، سواء بين الأشخاص الخاصة من جنسيات مختلفة أو بين الأشخاص العامة من ناحية أخرى. وهو معيار أسسه الاجتهاد القضائي الفرنسي قبل أن يتبناه المرسوم الصادر سنة 1982 المتعلق بالتحكيم الدولي، وذلك تماشيا مع قاعدة القانون يتبع الاجتهاد القضائي المعمول به في فرنسا. كما أن القضاء الفرنسي بقي مخلصا لهذا المبدأ في أحكامه المتعاقبة منها حكم صادر عن محكمة الاستئناف بباريس في 5 أبريل 1990، والذي جاء فيه إن الطابع الدولي للتحكيم يجب أن يتحدد طبقا للحقيقة الاقتصادية العملية التي بمناسبة تم إعماله، وفي هذا الخصوص يكفي أن تحقق العملية الاقتصادية نقل للأموال أو الخدمات أو رؤوس الأموال عبر الحدود أما جنسية الشركاء (الأطراف) في النزاع، والقانون الواجب التطبيق على العقد أو على التحكيم، وكذا مكان التحكيم فهي أمور غير فعالة أو غير مجدية. كما قضت نفس المحكمة بتاريخ 1992/4/24 (إن الطابع الداخلي أو الدولي للتحكيم لا يعتمد على القانون الواجب التطبيق أو على الإجراءات، أو على إرادة الأطراف، ولكن على طبيعة العملية الاقتصادية التي هي أصل النزاع)، وفي هذا الصدد يمكن تعريف التجارة الدولية بأنها كافة العلاقات الاقتصادية التي تهدف إلى إنتاج وتحويل أو تداول البضائع أو أداء الخدمات بما في ذلك الأنشطة التمويلية والمعرفية).

وبالرجوع إلى المشرع المغربي فقد أخذ بالمعيار الاقتصادي إلى جانب المعيار الجغرافي حينما نص في الفصل 40-327 من ق.م.م يعتبر دوليا، حسب مدلول هذا الفرع التحكيم الذي يتعلق بمصالح التجارة الدولية والذي يكون لأحد أطرافه على الأقل موطن أو مقر بالخارج «، ويكون بذلك قد ساير التوجه العام الذي أخذت به غالبية التشريعات المقارنة. وحسنا فعل المشرع المغربي لأنه ذهب لزدواجية تعطي الحرية الكاملة للأطراف في تحديد القانون الذي يبتغون تطبيقه كما يسمح للقضاء بتوسيع صلاحياته، وذلك من منطلق أن التجارة الدولية عابرة للحدود. لأجل ذلك، وانطلاقا من كل ما سبق تفصيله أعلاه فإن الطاعة لازالت تتمسك بكون النزاع الحالي له طابع دولي، الشيء الذي تكون معه الهيئة التحكيمية غير مختصة للبت فيه، ويكون بالتالي ما قضت به محكمة البطلان غير مؤسس قانونا. والجدير بالذكر أن التحكيم الدولي بالمغرب خصوصا قبل صدور قانون 05-08 كان خاضعا من حيث إطاره القانوني للإتفاقيات الدولية والإقليمية التي صادق عليها ، كاتفاقية نيويورك بشأن تنفيذ الأحكام التحكيمية الأجنبية لسنة 1958، مما اعتبره البعض عيبا في القانون الملغى نظرا لإقصائه للتحكيم الدولي، ونظرا للدور الكبير الذي يلعبه في تشجيع الاستثمار الأجنبي وتدعيم الإطار القانوني والتنظيمي لمؤسسة التحكيم بالمغرب، فقد دفع بالمشرع المغربي إلى وضع قانون 05-08 المعدل لقانون المسطرة المدنية حيث خصص فرعا خاصا بالتحكيم الدولي في الباب الثالث من قانون المسطرة المدنية بموجب الفصول من 39-327 إلى 54-327 ، حيث تطرق فيه المعيار دولية التحكيم بموجب الفصل 327-40 وبالتالي فأول معيار حدده هو تعلق التحكيم بالتجارة الدولية، وهذا المعيار هو الذي يلقبونه الفقهاء بالمعيار الاقتصادي « وهو الذي يبحث في موضوع النزاع وهو المعيار الذي اعتمده قانون الأونسيترال النموذجي للتحكيم الدولي للجنة الأمم المتحدة لقانون التجارة الدولية 21 يوليوز سنة 1985 ، بيد أن المشرع المغربي ربط هذا المعيار الاقتصادي بمعيار آخر جغرافي وهو أن يكون لأحد أطراف النزاع موطن أو مقر على الأقل بالخارج، خلافا للقانون النموذجي لليونيسترال الذي تبنى معيار تعدد الجنسيات وتعدد محلات الإقامة، وكذا أن يكون المكان الذي يجب أن تنفذ فيه جزء مهم من الالتزامات خارج الدولة الموجود بها مؤسسة الأطراف، تم نص على معيار الإرادة لتحديد دولية منازعة عقود التجارة الدولية وبالتالي إخضاعها للتحكيم الدولي وذلك من خلال تأكيده في نفس المادة أن يكون مكان اتفاق التحكيم خارج الدولة المتواجد بها مؤسسات الأطراف وهو معيار نص عليه القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي علما بان المشرع المغربي لم يقف عند تنظيمه للتحكيم الدولي بتحديد معايير دولية التحكيم، لكن نظم مختلف جوانبه بشكل مفصل في 15 فصل تطرق فيه لكيفية تعيين المحكمين ومع إخضاع إجراءات التحكيم

الدولي لقانون الإرادة كما هو الشأن بالنسبة للقانون الواجب التطبيق الذي يخضع بدوره الإرادة الأطراف الفصل 327-44 وهو ما يعني استبعاد المشرع المغربي لبعض قواعد القانون الدولي الخاص المعقدة والتي لا تتناسب مع خصوصيات ومميزات التحكيم الدولي.

أضف إلى ذلك أن النزاع الحالي غير خاضع لاختصاص الهيئة التحكيمية لأن مهمة الإشهار التي كلفت بها المطعون ضدها بناء على العقد الثلاثي الأطراف تقتصر فقط على المنتجات المحددة في الملحق 1 منه وفق ما هو مشار إليه بتفصيل في الفصل 1.2 من العقد في حين أن منتوج مينوطريكس ليس من ضمن المنتجات المذكورة بعقد الدعاية الصيدلية (promotions de contrat) الشيء الذي يتأكد معه بالملحوس أن النزاعات المتعلقة بهذا المنتج تحديدا لا تدخل في إطار النزاع القائم بين الأطراف وبالتالي يخرج عنه اختصاص الهيئة التحكيمية. وعدم إصدار الهيئة التحكيمية لحكم عارض بالاختصاص، يشكل خرقا صريحا لمقتضيات الفصل 327/9 من ق.م.م، باعتباره من القواعد الأمرة لأن محكمة التحكيم تقوم بذلك تلقائيا حتى ولو لم يثره الأطراف قاعدة اختصاص الاختصاص). ذلك أن الحكم التحكيمي اعتبر أن طلبات الأطراف تدخل في اختصاص الهيئة التحكيمية، وبذلك فإنه كان من الأجدر أن تصدر الهيئة التحكيمية حكما مستقلا للرد على هذا الدفع الجوهرية، في حين أن ما ذهب إليه يبقى غير سليم المبنى قانونا لأن مقتضيات الفصل 327- لا تعطي الخيار للهيئة التحكيمية، مادام أن الفقرة الأولى من هذا الفصل جاءت بصيغة الوجوب على الهيئة التحكيمية ... « وهي عبارة تمثل قاعدة أمرة، لذلك وجب على الهيئة التحكيمية أن تصدر حكما تحكيميا عارضا قبل البت في الموضوع، إما تلقائيا أو بطلب من الأطراف، وبالتالي فإن عدم إصدار حكم عارض خرق مسألتين : الأولى الاختصاص للاختصاص، وثانيهما أن الهيئة التحكيمية كان عليها أن تصدر الحكم العارض والقول ما إذا كان الشرط التحكيمي صحيح أم لا سيما وان الطاعنة أثارت هذا المقتضى وتمسكت به اعتبارا لكون منتوج مينوطريكس لا يدخل ضمن كافة المنتجات المحددة في الملحق 1 من العقد الرابط بين الأطراف الثلاثة.

لكن حيث إن الطاعنة ركزت في سبب بطلان الحكم التحكيمي المتعلق لخرقه قاعدة اختصاص الاختصاص على كون الهيئة التحكيمية لم تصدر حكما قبلها عارضا تؤكد فيه اختصاصها للفصل في النزاع وهو ما ردتته المحكمة مصدرة القرار المطعون فيه بتعليل جاء فيه انه بالنسبة للسبب الثاني لا يوجد قانونا ما يلزم هيئة التحكيم بإصدار حكم عارض أو مستقل من أجل البت في الاختصاص أو صحة شرط التحكيم كما أن البند 18 من العقد الرابط بين الطرفين المستدل به في الملف ينص في فقرته الأخيرة على ما يلي : سيقوم المحكمون بتحقيق النزاع بحرية دون أن يكونوا ملزمين باتباع القواعد المسطرية المطبقة أمام المحاكم القضائية ويبتون في النزاع نهائيا بصفتهم وسطاء بالتراضي ويتعين تبعا لذلك رد هذا السبب لعدم جديته). تكون قد طبقت بشكل سليم الفصل 9/327 من ق م م الناص على أن الهيئة التحكيمية، عليها قبل النظر في الموضوع أن تبث، إما تلقائيا أو بطلب من أحد الأطراف، في صحة أو حدود اختصاصاتها أو في صحة اتفاق التحكيم وذلك بأمر غير قابل للطعن وفق نفس شروط النظر في الموضوع وفي نفس الوقت المقتضى القانوني الذي لا يلزم الهيئة التحكيمية أن تبث في مسألة اختصاصها بحكم عارض بل لها أن تبث في ذلك الموضوع في نفس الوقت التي تبث فيه في الموضوع، وبذلك يبقى الفرع على غير أساس.

في شأن الفرع الثالث من الوسيلة الأولى :

حيث تنعى الطاعنة على القرار خرق قاعدة مسطرية أضر بها المتخذ من خرق قاعدة الالتزام بالإفصاح، بدعوى انه لم يلتزم بالقاعدة المنصوص عليها بمقتضى الفصل 327-6 من ق.م.م الذي أوجب على المحكم الذي قبل مهمته أن يفصح كتابة عن قبوله، وأهمية هذه الصلاحية تكمن في أنه لا تبدأ مدة التحكيم إلا بعد تمام تشكيل هيئة التحكيم، وقبول المحكمين يندرج ضمن هذا التشكيل وذلك بمقتضى الفصل 327-10 الذي اعتبر أن إجراءات التحكيم تبتدئ من اليوم الذي يكتمل فيه تشكيل هيئته، لأنه من خلال هذه الصلاحية يحق للمحكم أما أن يرفض مهمة التحكيم أو يتقبلها بشروط أو بدون شروط. ذلك أن التزام المحكمين بالإفصاح يعتبر من الالتزامات الجوهرية التي تقع على عاتقهم بمجرد ترشيحهم لمهمة التحكيم، والمقصود بالإفصاح مبادرة المحكمين بإحاطة الأطراف بصلتهم السابقة والحالية بموضوع النزاع وأطرافه وممثليهم وذويهم، ويفصح هذا الالتزام عن تراجع الاعتبارات الشخصية البحتة التي تحكم اختيار المحكمين، ويعكس ضرورة ترشيحهم بناء على اعتبارات موضوعية تتركز حول خبرتهم فضلا عن حيادهم قبل الخصوم وانتفاء صلتهم بهم، وليس للمحكمين سلطة تقديرية في تخير الوقائع التي يفصحون عنها، وإنما يتعين عليهم الإفصاح عن كافة الوقائع التي قد تثير شكوكا حول حيادهم أو استقلالهم، ويمتد النطاق الزمني لهذا الالتزام من لحظة ترشيحهم حتى صدور الحكم، وبالتالي يمتد هذا الالتزام

إلى أية واقعة جديدة تطرأ أثناء سير الإجراءات أو أية واقعة لم يكونوا يعلمونها عند ترشيحهم وسواء انفرد أحد الخصوم بتعيينهما أو اختارهم الأطراف مجتمعين. وترتبط على ذلك، فإن هذا الالتزام لا يتوقف على مطالبة الأطراف به، وإنما يلتزم المحكمون بالمبادرة بأدائه فور ترشيحهم، ولا يفسر سكوت الأطراف على انه تنازل عن هذا الالتزام، إذ « لا ينسب لساكت قول ».

لكن حيث إن الفرع تضمن فقط سردا لوقائع ونظريات قانونية دون أن يعنى شيئا على القرار المطعون فيه أو يبين أين يكمن خرقه لأية قاعدة مسطرية، والفرع غير مقبول.

في شأن الوسيلة الثانية :

حيث تنعى الطاعنة على القرار عدم ارتكازه على أساس قانوني أو انعدام التعليل، بدعوى أنها لازالت تتمسك بعدم مراعاة الهيئة التحكيمية لما تضمنه الشرط التحكيمي المضمن في الملحق 1 من العقد الثلاثي المبرم بين الأطراف المتعاقدة وفق ما هو مشار إليه بتفصيل في الفصل 21 من العقد الذي حدد المنتجات الخاضعة لاختصاص الهيئة التحكيمية والتي لا يدخل ضمنها منتج مينوطريكس، وهو ما أكدت عليه الطاعنة في أكثر من مناسبة أمام محكمة البطلان، إلا أن هذه الأخيرة أغفلت البت في هذا الطلب بعلته انه سبق الفصل في هاته النقطة بمقتضى حكم تحكيمي أصبح حائزا لقوة الشيء المقضي به بعد رفض الطعن فيه بالبطلان أمام محكمة الاستئناف التجارية بالدار البيضاء، وانه باطلاعها على القرار المذكور تبين لها انه تم الحسم في هذه النقطة ولا مبرر لإعادة مناقشتها من جديد. فما ذهبت إليه محكمة البطلان استنادا على ما قضى به حكم تحكيمي سابق يبقى غير مؤسس قانونا لسبقية تأكيد الطاعنة أنها مالكة لعلامة مينوطريكس التي تسوقها منذ سنة 2002 بترخيص من وزارة الصحة الوصية عن القطاع، وان المنتج المذكور لا يدخل ضمن المنتجات المتفق عليها ضمن ملحق العقد الثلاثي، وإن الطاعنة لم يسبق لها أن طلبت من المطلوبة القيام بالدعاية لهذا المنتج الذي يبقى ملكا لها، حيث قامت بتسجيله كعلامة بالمكتب المغربي للملكية الصناعية استنادا على رخصة من وزارة الصحة بتاريخ 2003/07/16 باعتبارها تملك مختبرا لصنع الأدوية الصيدلانية لبيع هذا الدواء داخل السوق المغربي، بعد تحديد ثمنه من طرف الوزارة المذكورة بخلاف الوضع بالنسبة للمطلوبة التي لا تتوفر على اية رخصة من هذا النوع لكونها لا تملك مختبرا لصنع الأدوية بالمغرب، علما أن الطاعنة بادرت إلى تسجيل دواء مينوطريكس، كعلامة بالمكتب المغربي للملكية الصناعية والتجارية منذ تاريخ 2002/10/02 ومنذ هذا التاريخ وهي تقوم بصنعه واستغلاله وبيعه داخل السوق المغربي، كما لم يسبق لها أن علمت بوجود شركة قامت بتسجيل نفس العلامة لدواء مينوطريكس بالمكتب المغربي للملكية الصناعية، كما تتحدى المطلوبة في الإدلاء بأي عقد ترخيص بشأن الدواء المذكور لفائدتها، وهو ما تم التأكيد عليه بمقتضى الحكم عدد 10353 الصادر عن المحكمة التجارية بالدار البيضاء بتاريخ 2018/11/05 في الملف عدد 2018/8211/4677، الذي تم تأييده بمقتضى القرار عدد 2350 الصادر بتاريخ 2019/05/20 في الملف عدد 2019/8211/885. فمن خلال ما سبق، وبالرجوع للعقد الثلاثي المبرم بين الأطراف يتضح انه يشير في الصفحات 8 أو 21 و 26 و 28 و 30 إلى نوع الأدوية موضوع عقد الترخيص والتي لا يوجد من ضمنها نوع الدواء الحامل لعلامة مينوطريكس، كما أن المطلوبة لا تتوفر على أي عقد ترخيص بشأن الدواء المذكور لفائدتها خلافا لما هو عليه الأمر بالنسبة للطاعنة مما يكون معه ما ذهب إليه القرار المطعون فيه غير مؤسس قانونا لاستناده في ذلك على حكم تحكيمي دون أدنى تعليل رغم تعارضه مع ما جاء به الحكم الابتدائي والقرار الاستئنافي المؤيد له المشار إليهما أعلاه، مما يكون معه من المناسب والحالة هاته التصريح بنقضه.

لكن حيث ردت المحكمة مصدرة القرار المطعون فيه سبب البطلان الذي تمسكت به الطاعنة بخصوص تجاوز الحكم التحكيمي لنطاق الاتفاق التحكيمي بما أنت به من أن بالنسبة للسبب الأخير المتمثل في تجاوز الهيئة التحكيمية لحدود الاتفاق استنادا لبتها في النزاع المتعلق بمنتج مينوطريكس رغم أن هذا الأخير لا يدخل ضمن المنتجات الخاضعة لمسطرة التحكيم، فإن المطلوب ضدها تمسكت بأنه سبق الفصل في هاته النقطة بمقتضى الحكم التحكيمي الصادر بتاريخ 29 نونبر 2017 والذي أصبح حائزا لقوة الشيء المقضي به بعد رفض الطعن فيه بالبطلان أمام محكمة الاستئناف التجارية بمقتضى القرار عدد 1972 الصادر بتاريخ 12 أبريل 2018 وأنه بالاطلاع على القرار المذكور يتبين أنه تم الحسم في هذه النقطة ولا مبرر لإعادة مناقشتها من جديد. وهو تعليل لم تغفل فيه المحكمة دفع الطاعنة بل رده والنعي بذلك خلاف الواقع.

كما أن تعليل المحكمة هذا فيه تطبيق سليم للقانون طالما أنها استندت إلى وجود حكم تحكيمي سابق اعتبر أن الدواء مينوطريكس ليس ملكا للطاعنة والذي أصبح واجب التطبيق بعد رفض الطعن فيه وتعليل المحكمة أعلاه يقيم قرارها لم تبين الطاعنة مكنم انعدام الأساس القانوني فيه خصوصا أن الحكم التحكيمي له نفس القوة الثبوتية للأحكام القضائية.

وبذلك جاء القرار معللا كفاية ومبني على أساس سليم والوسيلة على غير أساس، فيما عدا ما هو غير مبين فهو غير مقبول.

لهذه الأسباب

قضت محكمة النقض برفض الطلب وتحميل الطالبة المصاريف.

و به صدر القرار وتلي بالجلسة العلنية المنعقدة بالتاريخ المذكور أعلاه بقاعة الجلسات الاعتيادية بمحكمة النقض بالرباط وكانت الهيئة الحاكمة متركبة من رئيس الغرفة السيد السعيد سعداوي رئيسا والمستشارين السادة : محمد الصغير مقررا ومحمد رمزي ومحمد كرام ومحمد بحماني أعضاء ، وبمحضر المحامية العامة السيدة سهام لخضر وبمساعدة كاتب الضبط السيد نبيل القبلي.