

**Désignation d'arbitre dans un
partenariat public-privé :
incompétence du juge
commercial au profit du juge
administratif
conventionnellement désigné
(Trib. com. Casablanca 2024)**

Identification			
Ref 38014	Jurisdiction Tribunal de commerce	Pays/Ville Maroc / Casablanca	N° de décision 5044
Date de décision 16/08/2024	N° de dossier 2024/8101/4278	Type de décision Ordonnance	Chambre
Abstract			
Thème Instance et procédure arbitrale, Arbitrage	Mots clés عقد شراكة بين القطاعين العمومي والخصوصي, Désignation d'arbitre, Incompétence d'attribution, Partenariat public-privé, Président du tribunal administratif, Président du tribunal de commerce, Volonté des parties, Compétence pour la désignation de l'arbitre, إرادة الأطراف, اختصاص رئيس المحكمة الإدارية, اختصاص رئيس المحكمة التجارية, تحكيم, تعيين المحكمة الإدارية, اختصاص رئيس المحكمة التجارية, تحكيم, شرط التحكيم, عدم الاختصاص النوعي, اتفاق تحكيم, Clause de désignation de l'autorité de nomination		
Base légale	Source Non publiée		

Résumé en français

Saisi d'une demande de désignation d'arbitre, le président du tribunal de commerce se déclare incompétent lorsque la convention liant les parties attribue expressément cette prérogative au président d'une autre juridiction.

En l'espèce, dans le cadre d'un litige né de l'inexécution d'un contrat de partenariat public-privé, l'opérateur privé a sollicité du juge commercial la nomination d'un arbitre afin de composer le tribunal arbitral. La compétence de ce dernier fut cependant contestée par les entités publiques cocontractantes.

Pour décliner sa compétence, le juge écarte les débats relatifs à la nature du contrat et à la validité de la clause compromissoire. Il fonde exclusivement sa décision sur une stipulation contractuelle claire qui conférait au président du tribunal administratif le pouvoir de nommer l'arbitre en cas de désaccord. Faisant ainsi prévaloir la volonté des parties et la force obligatoire du contrat en matière de procédure, il a renvoyé la demanderesse à mieux se pourvoir devant la juridiction conventionnellement désignée.

Texte intégral

محكمة التجارية بالدار البيضاء، الاوامر الرئاسية، بتاريخ 2024/08/16، أمر رقم 5044، في ملف عدد 2024/8101/4278

الوقائع

بناء على المقال المدلى به من طرف نائب المدعية المسجل بكتابة ضبط هذه المحكمة بتاريخ : 2024/07/02 والذي جاء فيه أنها تعاقدت مع الدولة المغربية في شخص وزير الفلاحة والصيد البحري وفي شخص وزير الاقتصاد والمالية بصفتهم، في إطار ملفات الاستثمار وذلك قصد انجاز المشروع الاستثماري رقم 063852 موضوع طلب العروض 213/08 بخصوص الأرض الفلاحية ذات الرسم العقاري 20875/15 الملك الخاص للدولة مساحته 93 هكتارا و 58 ارا كائنة بعمالة سطات جماعة ابن احمد) وذلك بمقتضى عقد الشراكة بين القطاعين العمومي والخصوص partenariat المؤرخ في 11/09/2014 إلا أن هذا العقار الذي لم يتم تسليمه إلى الشركة (أ. أ) إلى حد الآن وذلك بسبب احتلال الأرض موضوع الشراكة من طرف الغير، حيث تبين من خلال محضر محاولة التسليم بحضور جميع سلطات لجنة التسليم أن هذه الأرض محتلة من طرف الغير، وبعض الجيران كذلك يعتقدون على أطرافها بالحرث كلما استطاعوا.

وتبعا لمراسلات الشركة (أ. أ) المتكررة لوكالة التنمية الفلاحية باعتبارها متحاورة بخصوص هذا العقد طبقا للفصل 14 من العقد وذلك قصد تفعيل عقد الشراكة وذلك من أجل تسليم الأرض بعد إفراغها من المحتلين، وقد مر على التعاقد أكثر من 10 سنوات إلا أن هذه المراسلات بقيت بدون جدوى.

بل من المؤسف حقا أن الأملاك المخزنية أملاك الدولة وكذلك إدارة الضرائب قاموا بعدد من الإجراءات في مواجهة الشركة (أ. أ) من حجوز ومطالبات ضريبية غير مستحقة وصلت إلى البيع الإجمالي للأصل التجاري للشركة على شراكة مازالت في الأوراق، وكل ذلك بدون علم الشركة (أ. أ)، والتي سببت إزعاجا كبيرا لصاحب الشركة وهو مهاجر في الديار البريطانية قرر الاستثمار في المغرب.

ونظرا لكون عقد الشراكة ينص في فصله 34 على اللجوء إلى التحكيم في كل نزاع ينشأ بين الطرفين. فإن الشركة (أ. أ) وجهت رسالة في هذا المعنى إلى المعنيين المذكورين أعلاه بتاريخ 21/02/2024 و 23/02/2024 قصد تفعيل شرط التحكيم ودعوتهم إلى تعيين محكم عنهم لفسخ عقد الشراكة بما يترتب عليه من آثار وان وكالة التنمية الفلاحية وجهت للشركة (أ. أ) رسالة تدعوها إلى عقد اجتماع بمقرها بالرباط قصد التوصل إلى حل حبي يرضي الطرفين إلا أن الشركة (أ. أ) بقيت في الانتظار ما يزيد على أربعة أشهر إلى حد الآن دون أن يقع أي اجتماع.

وحيث إن عدم تفاعل المعنيين بالأمر بجدية لطلب تعيين محكم عنهم أصبح من حق الشركة (أ. أ) اللجوء إلى السيد رئيس المحكمة الإدارية بالدار البيضاء قصد تعيين محكمة لفض هذا النزاع وفسخ عقد الشراكة بما يترتب على ذلك من آثار حقنا للزيف الذي أصاب الشركة (أ. أ) على مدى 10 سنوات ذهابا وإيابا من انكلترا إلى المغرب ناهيك عما قامت به إدارة أملاك الدولة من إجراءات وحجوز تنفيذية على حسابات الشركة (أ. أ) وأموالها وصلت حد استصدار حكم ببيع أصلها التجاري.

ورغم أن الدولة تعتبر من أشخاص القانون العام فإن عقد الشراكة معها يبقى عقدا خاصا يتعلق باستغلال الملك الخاص كأرض فلاحية ويكون النزاع بشأنه من اختصاص المحكمة التجارية بالبيضاء. لذلك تلتزم الأمر بتعيين أحد المحكمين المسجلين ضمن قائمة المحكمين أو أي محكم ترونه من ذوي الخبرة والكفاءة العلمية قصد فض النزاع وفسخ عقد الشراكة المؤرخ في 11/09/2014 بما يترتب على ذلك من آثار.

وعزز المقال بالوثائق التالية: عقد الشراكة مؤرخ في 11/09/2014، طلب تعيين محكم مؤرخ في 13/02/2024، مرجوع توصل وزير الفلاحة والصيد البحري بتاريخ 24/02/2023 مع صورة مرجوع توصل وزير الاقتصاد والمالية بتاريخ 23/02/2024 مع صورة - مرجوع توصل وكالة التنمية الفلاحية بتاريخ 26/02/2024 مع صورة. دعوة لحضور اجتماع مؤرخة في 05/03/2024. قرار محكمة النقض بتاريخ 08/06/2023 منشور في النشرة المتخصصة عدد 18 ص 184.

وبناء على مذكرة الوكيل القضائي للمملكة والتي جاء فيها أن الاطراف لم يتوافقوا صراحة على اللجوء إلى التحكيم وحيث يتبين بالملموس إحالة النزاع على التحكيم تبقى مكنة يتعين على الأطراف الاتفاق عليها بشكل لا لبس فيه، وأن التنصيص عليها في صلب العقد لا يفيد تنازل الأطراف على اللجوء إلى القضاء الرسمي باعتباره حقا مكرسا دستوريا.

وحيث من المعلوم أن سلطان الإرادة يعد حجر الزاوية في مؤسسة التحكيم بحيث أنه لا يمكن اللجوء إلى التحكيم كمؤسسة بديلة عن القضاء إلا باتفاق الأطراف عليها وفقا للقواعد المقررة في قانون الالتزامات والعقود من ضرورة اقتران الإيجاب والقبول وأن يكون التراضي حوله بشكل واضح وصريح. أي أن يكون شرط التحكيم خاليا من أي لبس وأن يعبر بوضوح عن إرادة الأطراف في اللجوء إلى التحكيم. وأن أي شرط يحمل صبغة احتمالية يمكن *peuvent* « يترك مجالا للتأويل والاحتمال، مما يضعف إلزامية الشرط ويجعله غير قابل للتنفيذ. وحيث إن محكمة النقض ذهبت في هذا الإطار بموجب قرارها عدد 291 الصادر بغرفتين بتاريخ 7/03/2007 في الملف رقم 19/3/1/2004 واعتبرت أن الاتفاق على التحكيم بعد استثناء، والاستثناء بطبيعته يؤول بشكل ضيق. ومما جاء في قرارها أنه « في حين أن الاتفاق على التحكيم، بعد استثناء والاستثناء بطبيعته يؤول بشكل ضيق، أي أنه لا يمكن اللجوء إلى التحكيم إلا إذا كان هناك شرط تحكيمي أو اتفاق على التحكيم حرر بشكل معبر عن ارادة الطرفين من خلال عقد مكتوب أو خطابات متبادلة كما يقضي بذلك الفصلان 307 و 309 من قانون المسطرة المدنية..... فلا مبرر للاستدلال به في المادة التحكيمية، نظرا لما سبق إيضاحه من وجوب التعبير الصريح على الاتفاق على التحكيم..... كما أن محكمة النقض الفرنسية قد أكدت في العديد من القرارات على ضرورة وضوح شرط التحكيم وصراحته، وأن أي غموض أو احتمالية تجعل الشرط غير ملزم، وبالتالي يجب أن يعبر شرط التحكيم بوضوح عن نية الأطراف باللجوء إلى التحكيم، وإلا كان الشرط باطلا فالبند غير قابل للتطبيق ففي قضية موضوع الملف رقم 18.19.241 الصادر بتاريخ 30 شتنبر 2020 أبطلت المحكمة المذكورة شرط التحكيم بعلة عدم وضوحه وصراحته حيث كان الشرط يتضمن عبارة « قد يلجأ الأطراف إلى التحكيم، وبالتالي هذه الصيغة لا تعبر بوضوح عن نية الأطراف في اللجوء إلى التحكيم كوسيلة لحل النزاع.

وبالرجوع إلى العبارة المستعملة في عقد الشراكة موضوع القضية الماثلة يتبين أن البند المتعلق بالتحكيم يعتبر بندا أبيض *blanche* أو المسمى بالشرط العليل (*Clause pathologique*) أو يستحيل تنفيذه مما يتعين تفسيره بكونه لا يرقى إلى اتفاق تحكيم مما يجعله باطلا. وأن الإشارة إلى بند اللجوء إلى التحكيم لا يشكل موافقة حاسمة ونهائية على التحكيم. وحيث إضافة لما سبق أنه جاء في طلب الشركة المدعية أن الإدارة المعنية قد وجهت لها مراسلة تخبرها بكونها بصدد عقد اجتماع قصد حل النزاع حيبا، مما يؤكد أن اللجوء إلى التحكيم لم يتم التوافق عليه، مما يتعين الحكم برد الطلب.

حيث إذا كان القانون قد سمح للمؤسسات العمومية بإمكانية اللجوء إلى التحكيم فإنه قيد ذلك بضرورة احترام مجموعة من الشروط القانونية الأمانة. حيث نص الفصل 311 من القانون 05/08 على أنه « يجوز للمقاولات العامة الخاضعة لقانون الشركات التجارية أن تبرم اتفاقات تحكيم وفق الإجراءات والشروط المحددة من لدن مجالس إدارتها أو رقابتها أو أجهزة تسييرها. رغما عن مقتضيات الفقرة الثانية من الفصل 317 بعده يجوز للمؤسسات العامة إبرام عقود تحكيم وفق الإجراءات والشروط المحددة من لدن مجالس إدارتها وتكون الاتفاقات المتضمنة لشروط تحكيم محل مداولة خاصة يجريها مجلس الإدارة». وحيث إنه لا يمكن لاتفاق التحكيم أن يرتب آثاره في مواجهة كلا الطرفين المتعاقدين، إلا بالتقيد بالمقتضيات القانونية الواجبة التطبيق، وبما أن البند الذي تم إدراجه بعقد الشراكة لم يحترم الضوابط القانونية المفروضة مما يجعله باطلا وحيث أن محكمة النقض مستقرة في قضايا مشابهة لهذه التي تلزم تتبع بعض الشكليات على مبدأ قوامه أن كل تصرف تم بخلاف القانون لا يمكن أن ينتج عنه أي أثر قانوني ولا ينشئ للمتمسك به أي حق مكتسب » ، ففي قرار صادر عن المجلس الأعلى سابقا محكمة النقض حاليا بتاريخ 20/04/2005 جاء فيه أن « : وهذا يعني أن المباراة قد جرت في غياب أي ضابط قانوني وأن التصرف الذي تم بخلاف القانون كما أشير إليه لا يمكن أن ينتج عنه أي أثر قانوني».

وحول عدم اختصاص القضاء التجاري للبت في الطلب حيث أن حاصل طلب المدعية الحكم بتعيين محكم من أجل البت في النزاع القائم بينها وبين الجهات الإدارية المعنية تفعيلا لمقتضيات المادة 10 من اتفاقية الشراكة بتاريخ 11/09/2014 أمام رئيس المحكمة التجارية. وحيث علاوة على بطلان الشرط التحكيمي وفق ما تم بسطه (أعلاه) فإن البت في الطلب بالشكل الذي قدم به يخرج عن اختصاص القضاء التجاري لكون الأمر يتعلق بنزاع موضوعه اتفاقية الشراكة الذي يندرج في إطار العقود العادية التي يعود الاختصاص فيها للقضاء المدني. وحيث من المعلوم أن رئيس المحكمة التجارية بتعيين المحكم إذا كان النزاع تجاريا لأن اختصاص رئيس المحكمة رهين باختصاص محكمته موضوعا. وحيث إنه بإسقاط ذلك على نازلة الحال يتبين أن الأمر لا يعدو أن يكون منازعة في عقد من العقود الخاصة، تنتفي فيه شروط العقد التجاري مما تظل معه المحكمة المختصة الابتدائية وليس المحكمة التجارية وحيث بالرجوع إلى موضوع عقد الشراكة نجده أنه انصب على أرض فلاحية ذات الرسم العقاري 20875/15 مقابل سومة كرائية تؤديها الشركة ومن ثم فإنه عقد الكراء المنصب على عقارات فلاحية تابعة للدولة (الملك الخاص يعد عقدا عاديا يخضع لأحكام القانون الخاص ويختص بالبت في المنازعات المنصب عليه إلى المحاكم العادية وليس التجارية. وحيث على خلاف ما جاء في طلب المدعية من كون محكمة النقض قد منحت الاختصاص في البت في المنازعات الكرائية المنصبة على أملاك الدولة الملك (الخاص للقضاء التجاري، فإن القرار عدد 687/1 الصادر بتاريخ 08 يونيو 2023 في الملف الإداري عدد 2484/4/1/2023 المستدل به يؤكد وبشكل واضح أن هذه المنازعات من اختصاص القضاء العادي. وحيث أن المادة 12 من نفس القانون نصت على أنه تعتبر القواعد المتعلقة بالاختصاص النوعي من قبيل النظام العام وللأطراف أن يدفوعوا بعدم الاختصاص النوعي في جميع مراحل إجراءات الدعوى، وعلى الجهة القضائية المعروضة عليها القضية أن تثيره تلقائياً » . وحيث ترتيبا على ذلك، يلتمس العارض التصريح بعدم الاختصاص النوعي للنظر في هذا.

وحيث بالإضافة إلى كون الشرط التحكيمي غير منتج لأثاره وفق ما تم بيانه أعلاه فإن رئيس المحكمة يبت في الطلبات المقدم أمامه بخصوص تشكيل الهيئة التحكيمية بصفته تلك وليس قاضيا للأمر المستعجلة. وحيث إنه بخصوص طلب تعيين محكم للبت في منازعة ما يبت فيه بصفته تلك وليس قاضيا للمستعجلات. وحيث بالرجوع إلى القضية الماثلة يتبين أن الشركة المدعية قدمت طلبها في إطار الطلبات الاستعجالية مما يكون ماله عدم القبول، وهو ما درج عليه القضاء المغربي في العديد من القضايا المشابهة ومنها الحكم عدد 179 الصادر عن المحكمة التجارية بالرباط بتاريخ 12/01/2023 في الملف رقم 3548/8232/2022 والذي جاء فيه: « .. وحيث إن الاختصاصات الموكولة لرئيس المحكمة في إطار المواد المنظمة للتحكيم إنما يبت فيها بصفته تلك مما يكون معه الطلب حليفه عدم القبول ويتعين التصريح بذلك ». وحيث لما قدم طلب تعيين محكم أمام رئيس المحكمة التجارية بصفته قاضيا للأمر المستعجلة وليس بصفته تلك يكون ماله عدم القبول.

وبناء على مذكرة جوابية لنائب المدعى عليها والتي جاء فيها أنه من أجل البت في النزاع القائم بينها وبين الجهات الإدارية المعنية. وجبت الإشارة إلى أنه علاوة على بطلان الشرط التحكيمي فإن البت في هذا الطلب بالشكل الذي قدم به يخرج عن اختصاص القضاء التجاري لكون الأمر يتعلق بنزاع موضوعه إتفاقية الشراكة والذي يندرج في إطار العقود الإدارية التي يؤول الاختصاص فيها للقضاء الإداري. وحيث أن الاختصاص يؤول للمحكمة التجارية في حال ما إذا كان النزاع تجاريا، في حين أن هذا النزاع لا علاقة له بالنشاط التجاري. وحيث أنه بالرجوع إلى موضوع عقد الشراكة نجد أنه إنصب على أرض فلاحية ذات الرسم العقاري عدد 20875/15 مقابل سومة كرائية تؤديها الشركة وبرنامج استثماري مقترح من قبل الشركة لا تتدخل في إختياره ولا تتقاسم أرباحه الإدارة التي يقتصر دورها على استخلاص عائدات الكراء واحترام تنفيذ البرنامج الاستثماري. وحيث أنه من تم فإن عقد الكراء المنصب على عقارات فلاحية تابعة للدولة (الملك الخاص) يعد عقدا عاديا يخضع لأحكام القانون الخاص. وحيث أن القواعد المتعلقة بالاختصاص النوعي من قبيل النظام العام وللأطراف أن يدفوعوا بعدم الاختصاص النوعي في جميع مراحل إجراءات الدعوى كما أنه على الجهة القضائية المعروضة عليها القضية أن تثيره تلقائيا. وحيث أنه ترتيبا على ذلك فإنه يتعين التصريح والحكم بعدم الاختصاص النوعي للمحكمة لكون الاختصاص المذكور ينعقد للمحاكم العادية .

وبناء على مذكرة تعقيب لنائب المدعية والذي التمس فيها رد الدفوع والحكم وفق المقال. وبناء على إدراج الملف بجلسة 2024/08/13 تخلف نواب الأطراف والفي بالملف بمذكرة تعقيب، وتقرر حجز الملف للتأمل بجلسة 2024/08/16.

التعليل

وحيث إن الطلب يهدف إلى تعيين محكم للبت في النزاع القائم بمناسبة تنفيذ عقد الشراكة بين القطاعين العمومي والخصوصي المؤرخ في 2014/09/11. وحيث دفع المدعى عليهما بعدم اختصاص رئيس المحكمة التجارية للبت للطلب باعتبار النزاع لا يندرج ضمن العقود التجارية. وحيث باستقراء عقد الشراكة يتبين أنه من بين أطرافه شخص من أشخاص القانون العام، وأن البند 37 منه منح الاختصاص الرئيس المحكمة الادارية للنظر في تعيين المحكم الثالث في حالة عدم توافق الاطراف على تعيينه وعليه وبما أن النزاع يخرج عن اختصاص المحكمة التجارية وأن أطرافه اتفقوا على اسناد الاختصاص لرئيس المحكمة الادارية للنظر في طلب التعيين، فإنه يتعين التصريح بذلك. إذ نبت علنيا انتهائيا.

لهذه الأسباب

نصرح بعدم الاختصاص وإبقاء الصائر على عاتق المدعية. وبهذا صدر الأمر في اليوم والشهر والسنة أعلاه.

Version française de la décision

Motifs

Attendu que la requête a pour objet la désignation d'un arbitre pour statuer sur le litige né à l'occasion de l'exécution du contrat de partenariat public-privé en date du 11/09/2014.

Attendu que les parties défenderesses ont excipé de l'incompétence du président du tribunal de commerce pour statuer sur la requête, au motif que le litige ne relève pas des contrats commerciaux.

Attendu qu'il ressort de la lecture du contrat de partenariat que l'une de ses parties est une personne de droit public, et que sa clause 37 a conféré compétence au président du tribunal administratif pour connaître de la désignation du troisième arbitre en cas de désaccord des parties sur sa désignation.

En conséquence, et dès lors que le litige échappe à la compétence du tribunal de commerce et que les parties sont convenues d'attribuer compétence au président du tribunal administratif pour connaître de la demande de désignation, il y a lieu de le prononcer.

Nous statuons publiquement et en dernier ressort.

Par ces motifs

Déclarons notre incompétence et laissons les dépens à la charge de la partie demanderesse.

Ainsi ordonné les jour, mois et an que dessus.