Nullité de la clause compromissoire pour vice de forme et imprécision : confirmation de la compétence du juge commercial (CA. com. Casablanca 2001)

Identification			
Ref 21604	**Juridiction** Cour d'appel de commerce	**Pays/Ville** Maroc / Casablanca	**N° de décision** 287/01
Date de décision 09/02/2001	**N° de dossier** 119/01/13	**Type de décision** Arrêt	**Chambre**

Abstract	
Thème Convention d'arbitrage, Arbitrage	**Mots clés** محاكم تجارية, Arbitrage, Clause compromissoire, Compétence du juge étatique, Conciliation préalable, Convention d'arbitrage, Désignation de l'institution arbitrale, Exception d'incompétence, Imprécision de la clause, Juridiction commerciale, Mention manuscrite, Approbation spéciale des parties, Nullité, Vice de fond, Vice de forme, إرادة الطرفين, اتفاق تحكيم, اختصاص نوعي, بطلان, شرط تحكيمي, غرفة تجارية, قانون تجاري مغربي, قواعد مصالحة وتحكيم, Règlement amiable, Absence de règlement d'arbitrage
Base légale Article(s) : 5 - Loi n° 53-95 instituant des juridictions de commerce Article(s) : 306 à 327 - 309 - Dahir portant loi n° 1-74-447 du 11 ramadan 1394 (28 septembre 1974) approuvant le texte du code de procédure civile (CPC)	**Source** Non publiée

Résumé en français

Confirmant la compétence de la juridiction commerciale, la Cour d'appel juge nulle la clause compromissoire litigieuse en retenant un double vice.

La Cour prononce en premier lieu la nullité de la clause pour un vice de forme, faute de respect du formalisme impératif alors prévu à l'article 309, alinéa 2, du Code de procédure civile. Elle rappelle que la désignation anticipée des arbitres dans une convention exigeait, sous peine de nullité, une mention manuscrite et une approbation spéciale des parties, formalités absentes en l'espèce. En second lieu, elle retient un vice de fond tenant à l'imprécision rédhibitoire de la désignation de l'institution arbitrale (« la Chambre de Commerce »). Cette ambiguïté, aggravée par le fait que l'institution pressentie ne disposait d'aucun règlement d'arbitrage, rendait la clause matériellement inexécutable.

La Cour écarte par ailleurs l'argument relatif à l'inobservation de la phase de conciliation préalable,

jugeant qu'elle constituait une simple alternative et non une obligation cumulative, et qu'en tout état de cause, son éventuelle omission ne saurait fonder une exception d'incompétence d'attribution.

La clause compromissoire étant ainsi écartée, les règles de compétence de droit commun s'appliquent.

Le litige opposant deux commerçants dans le cadre de leur activité, la compétence de la juridiction commerciale est affirmée en application de l'article 5 de la loi n° 53-95.

Texte intégral

محكمة الاستئناف التجارية بالدار البيضاء

قرار رقم : 2001/287 صدر بتاريخ 2001/02/09 رقم الملف بالمحكمة التجارية: 2000/11186 رقمه بمحكمة الاستئناف التجارية: 13/2001/119

باسم جلالة الملك

إن محكمة الاستئناف التجارية بالبيضاء. وهي مؤلفة من السادة: فاطمة بنسي رئيسا. محمد قرطوم مستشارا مقررا. نجاة مساعد مستشارة. وبحضور السيدة ميلودة عكريط ممثلة النيابة العامة. وبمساعدة السيدة خديجة الحايني كاتبة الضبط.

أصدرت بتاريخ 2001/2/9. في جلستها العلنية القرار الآتي نصه:

بناء على مقال الاستئناف والحكم المستأنف ومستنتجات الطرفين ومجموع الوثائق المدرجة بالملف. واستدعاء الطرفين لجلسة 2001/1/26. وتطبيقا لمقتضيات المادة 19 من قانون المحاكم التجارية والفصول 328 وما يليه و 429 من قانون المسطرة المدنية. وبعد الاطلاع على مستنتجات النيابة العامة. وبعد المداولة طبقا للقانون.

حيث انه بتاريخ 10 يناير 2001 استانفت شركة (م.) بواسطة محاميها الاستاذ عز الدين (ك.) الحكم الصادر عن المحكمة التجارية بالدار البيضاء بتاريخ 2000/12/25 في الملف رقم 2000/11186 القاضي باختصاصها نوعيا للبت في الدعوى.

في الشكل: حيث ان الثابت من وثائق الملف ان المستانفة بلغت بالحكم بتاريخ 2001/1/2 حسب غلاف التبليغ المرفق بالمقال واستانفته بالتاريخ المذكور اعلاه وبذلك فان استئنافها يكون قد قدم على الشكل المتطلب قانونا صفة واجلا واداء وبالتالي يتعين التصريح بقبوله شكلا.

وفي الموضوع الوقائع

بناء على المقال الافتتاحي للدعوى، والمودع بكتابة ضبط هذه المحكمة والمؤدى عنه الرسوم القضائية بتاريخ 2000/11/28 تعرض فيه المدعية شركة (**س.**) بواسطة محاميها **الاستاذ حميد (ن.)** انه وبمقتضى اتفاقية مبرمة بتاريخ 1999/12/6 بينها وبين المدعى عليها تم الاتفاق على مبادىء وشروط وترتيبات لشراء هذه الاخيرة منها للمنتوجات النفطية والمنتوجات المشتقة من زيوت اساسية وزفت وغاز

سائل ووقود عادي وممتاز ووقود دون رصاص الخ، وان الفصل 6 من الاتفاقية المذكورة ينص على وجوب تسديد الفاتورات المتعلقة بالبضاعة المسلمة خلال شهر وفي اجل اقصاه العشرين يوما الموالية لذلك الشهر، وذلك اما بواسطة شيك أو عن طريق كمبيالة لغاية ثلاثين يوما، وفي هذه الحالة تكون المدعى عليها ملزمة باداء صوائر الخصم المتعلقة بالمدة الرابطة بين 20 من الشهر الموالي لتسليم البضاعة و 20 من الشهر اللاحق، وان الفصل المذكور ينص كذلك الى انه في حالة عدم تسديد الفاتورات عند تاريخ استحقاقها فان ذلك يترتب عنه تسديد فوائد تاخيرية تبلغ نسبتها النسبة البنكية الجاري بها العمل باضافة نقطة واحدة أي 7,25% + 1% = 8,25%.

هذا وان المدعى عليها لم تقم بتسديد ما بذمتها بتاريخ 2000/11/20 وهو مجموع ثمن المنتوجات التي استلمتها خلال شهر اكتوبر 2000 وقد ترتب بذمتها مبلغ 96.532.422،10 درهم وهو الرصيد المتبقي وفقا للكشف الحسابي المدلى به والمدعم بالفاتورات المؤرخة في 2000/10/31 وبكشف عن تواريخ تسليم المنتوجات، ثم انها أي المدعى عليها امتنعت عن اداء ما تخلد بذمتها رغم جميع المباحثات التي تمت بينهما ورغم الانذار الموجه لها عن طريق الفاكس بتاريخ 2000/11/21 وعن طريق المناولة توصلت به بتاريخ 2000/11/22 لذلك فهي تطلب الحكم على المدعى عليها باداء مبلغ 96.532.422،10 درهم مع فائدة 8,25% ابتداء من تاريخ 2000/11/20 ومبلغ 700.000 درهم كتعويض والفائدة القانونية من تاريخ النطق بالحكم وشمول الحكم بالنفاذ المعجل والصائر، وادلت بالوثائق التالية: نسخة مطابقة لاصل الاتفاقية المؤرخة في 1999/12/6 كشف حساب، فواتير، كشف تواريخ تسليم المنتوجات شهادة بنكية بنسبة الفائدة، رسائل انذار.

وبناء على المذكرة الجوابية المدلى بها من طرف نائب المدعى عليها لجلسة 2000/12/18 يعرض فيها بانها تبادر وقبل كل دفع او دفاع إلى اثارة الدفع بعدم الاختصاص النوعي للمحكمة للبت في النازلة على اساس ان المدعية اعتمدت في دعواها على الاتفاقية المبرمة بتاريخ 99/12/6 وعلى مقتضيات الفصلين 230 و 231 من ق.ل.ع، وانها بدورها تتشبث بجميع الالتزامات الواردة في هذه الاتفاقية وخاصة الفصل 9 منها الذي ينص على انه في حالة تنازع الطرفين حول مسائل ذات طابع تقني او اقتصادي او مالي يتم البحث عن حل حبي اما من خلال مناقشات او باللجوء مباشرة الى تحكيم خبير يختار باتفاق مشترك، واذا استمر النزاع يتم القيام بتحكيم طبق قواعد المصالحة والتحكيم للغرفة التجارية وفي هذه الحالة يحتفظ بالقانون التجاري المغربي وبالمحكمة الابتدائية بالبيضاء أنفا، وبذلك يتضح بانه كان على المدعية قبل اللجوء الى القضاء ان تلجأ الى فتح مفاوضات معها ، وان تتبع بعد ذلك المراحل المتفق عليها والواردة على سبيل الحصر، واستنادا لما ذكر فانها تلتمس التصريح بعدم الاختصاص النوعي لهذه المحكمة وحفظ حقها في الادلاء بكافة دفوعاتها الشكلية والموضوعية بعد ان يتم البت في الاختصاص.

وبناء على المذكرة التعقيبية المدلى بها من طرف نائب المدعية والتي يعرض فيها بان الفصل 9 من الاتفاقية بتضمن مرحلتين، المرحلة الأولى التي تنظمها الفقرة الأولى منه والتي تشير على انه في حالة النزاع بشأن مسائل ذات طابع تقني او اقتصادي او مالي يتم حله اما بواسطة مباحثات مباشرة او باللجوء الى تحكيم خبير يتم اختياره باتفاق الطرفين، وانها حاولت البحث عن ايجاد حل حبي مع المدعى عليها لكن دون جدوى، اما بخصوص المرحلة الثانية فان الفقرة الثانية من نفس الفصل تنص على انه اذا استمر النزاع يتم القيام بالتحكيم طبقا لقواعد المصالحة والتحكيم للغرفة التجارية وفي هذه الحالة يحتفظ بالقانون التجاري المغربي، وكذا المحكمة الابتدائية بالبيضاء آنفا وبذلك يتضح بان القانون المطبق هو القانون التجاري المغربي وان ارادة الاطراف اتجهت الى اسناد الاختصاص للقضاء لا للتحكيم سيما وانه تعذر معرفة هوية الغرفة التجارية التي احال عليها الطرفان قواعد المصالحة والتحكيم، وبهذا يتجلى بان الدفع بعدم الاختصاص هو دفع واهي الهدف منه مجرد التماطل ، وتكون هذه المحكمة هي المختصة للبت في النزاع الحالي.

وحيث أدرجت القضية بجلسة 2000/12/18 حضرها نائبا الطرفين عندها تقرر حجزها للمداولة لجلسة 2000/12/25. وحيث انه بالتاريخ المذكور أصدرت المحكمة التجارية بالدار البيضاء الحكم المشار اليه اعلاه بالعلة التالية: حيث ان المدعية تقدمت بمقال اصلي للحكم لها بمبالغ مالية ترتبت بذمة المدعى عليها عن عدم تسديدها لقيمة المنتوجات النفطية وغيرها من المواد التي تسلمتها مع الفوائد البنكية والفوائد القانونية والتعويض والنفاذ المعجل والصائر. وحيث اجابت المدعى عليها بانه استنادا الى الاتفاقية المبرمة بينها وبين المدعية، وخاصة الفصل 9 منها فان الاختصاص لا يعود للمحكمة التجارية، اذ ان ارادة الاطراف اتجهت الى حل النزاع في بادىء الامر بطريقة حبية، وفي حالة اسمراره يتم اللجوء الى التحكيم، الا ان المدعية لم تحترم هذا التسلسل ملتمسة التصريح بعدم الاختصاص

النوعي لهذه المحكمة.

وحيث بالرجوع الى الفصل 9 المتمسك به نجده ينص على ما معناه على انه في حالة وجود نزاع بين طرفي الاتفاقية فان حله يكون على مرحلتين: المرحلة الأولى: وهي التي يتم فيها البحث عن حل حبي بواسطة مباحثات مباشرة وباللجوء الى تحكيم خبير يتم اختياره بالاتفاق المشترك. وحيث ان هذه المرحلة تم تجاوزها على اساس ان الطرفين لم يتمكنا معا من ايجاد حل حبي لحل النزاع القائم بينهما ولم يتفقا على اختيار أي خبير خاصة وان المدعية تصرح بانها وجهت للمدعى عليها رسائل انذار بالاداء بعد حلول كل اجل ظلت دون جدوى. المرحلة الثانية: وهي التي تتعلق بالفقرة الثانية من الفصل المذكور والتي تنص على انه اذا استمر النزاع يباشر تحكيم وفق قواعد المصالحة والتحكيم للغرفة التجارية، وفي هذه الحالة يحتفظ بالقانون التجاري وكذا المحكمة الابتدائية بأنفا. وحيث يتضح بانه تمت الاشارة في هذه الفقرة الى الاحتفاظ بالقانون التجاري، والمحكمة الابتدائية بالدار البيضاء آنفا، وهذا يدل دلالة واضحة على ان ارادة الطرفين اتجهت الى اسناد الاختصاص الى القضاء لا الى التحكيم. وحيث انه اذا كان الطرفان قد اتفقا على التحكيم كحل نهائي للنزاع اذن فما جدوى الاشارة الى القانون التجاري والمحكمة الابتدائية بأنفا. وحيث ان الطرفين باحتفاظهما بالقانون التجاري والمحكمة تكون ارادتهما الحقيقية هي اسناد الاختصاص لحل النزاع الى القضاء لا للتحكيم. وحيث واستنادا لما ذكر يتعين التصريح باختصاص هذه المحكمة للبت في النازلة وذلك طبقا لمقتضيات الفصل 5 من قانون احداثها. وحيث ينبغي حفظ البت في الصائر.

وحيث انه بتاريخ 10 يناير 2001 استانفت شركة (**ش. م.**) بواسطة محاميها **الاستاذ عز الدين (ك.)** مبينة اوجه استئنافها في كون تعليلات الحكم المستانف جاءت متعارضة مع ما جاء في الاتفاقية التي تربط الطرفين وان كنه النزاع هو ان الفصل 9 من الاتفاقية اشار الى التحكيم والى القانون التجاري المغربي والمحكمة الابتدائية بالدار البيضاء آنفا. وحيث ان الفصل المذكور لم ينص في الحقيقة على وسيلتين لحل النزاع اي التحكيم والقضاء كما ظن ذلك قضاء الدرجة الأولى اذ انه ينص على ما يعني به حرفيا : « في حالة عدم اتفاق الطرفين على مسائل تقنية او اقتصادية او مادية يبحث عن حل حبي اما بمناقشات مباشرة او باللجوء الى تحكيم خبير يختار باتفاق الطرفين. اذا ما استمر عدم الاتفاق يتم القيام بتحكيم طبق قواعد المصالحة والتحكيم للغرفة التجارية وفي هذه الحالة يحتفظ بقانون التجارة المغربي وكذا بالمحكمة الابتدائية بالدار البيضاء آنفا ».

وحيث يتجلى بوضوح من هذا النص أن اللجوء الى التحكيم جاء فيه مرتين الأولى في محاولة الحل الحبي والثانية عند استمرار عدم الاتفاق. وحيث فيما يخص المرحلة الأولى وعلى عكس ما جاء في الحكم المستانف فان اية محاولة او مناقشات مباشرة لم تتم ابدا وان كل ما في الملف هو نسخة الانذار الموجه بالفاكس وبالمضمون كما ان المستانف ضدها لم تقترح قبل اللجوء الى العدالة أي خبير ليكون محكما حتى ترفضه العارضة، كما انه كان على قضاة الدرجة الأولى أن يتفهموا على الاقل ما جاء في الفقرة الثانية من الفصل 9 التي نصت صراحة عليانه في هذه الحالة بمعنى انه في حالة اللجوء الى التحكيم فانه يحتفظ بالقانون المغربي وكذا بالمحكمة الابتدائية بالدار البيضاء أنفا ». وحيث ان هذا يعني بالضرورة انه اذا لم يتم التحكيم فانه يجب استبعاد ما تلى ذلك في النص أي استبعاد قانون التجارة المغربي ومحكمة الدار البيضاء آنفا. وحيث بطبيعة الحال فان القانون المغربي لازم التطبيق حتما وبحكم القانون مادام الطرفان مغربيان اما عن اختصاص محكمة الدار البيضاء آنفا فانه يبقى مستبعدا وان السبب الذي ادى الى التنصيص على هذه المحكمة في حالة اللجوء الى التحكيم هو كون كل الاحكام التحكيمية يجب أن تعرض على المحكمة حتى تحصل على الصيغة التنفيذية.

وحيث من المعلوم كذلك ان الاتفاقية ابرمت في 1999/12/6 أي بعد انشاء المحاكم التجارية وانه لو كانت رغبة الطرفين ونيتهما هي اسناد نزاعاتهما للقضاء لأشارا إلى المحكمة التجارية لا المحكمة الابتدائية. وحيث أن من كانت ارادته متجهة دائما الى القضاء فانه يكون في غنى عن مثل هذه المقتضيات، الا ان الامر في النازلة بعكس ذلك فالطرفان نصا دائما في اتفاقيتهما على الحلول الغير القضائية في مختلف الحالات ومهما كانت خلافاتهما وانه اذا كان الطرفان اتفقا على اللجوء الى المحكمة الابتدائية بالدار البيضاء أنفا فما جدوى الاشارة الى التحكيم. وحيث اثارت المستانف ضدها امام المرحلة الابتدائية دفعا مفاده ان الفقرة الثانية من الفصل 9 عندما نصت على الغرفة التجارية لم توضح من هي هذه الغرفة وتساءلت هل يتعلق الأمر بغرفة التجارة والصناعة والخدمات أم يتعلق الأمر بالغرفة التجارية المغربية. وحيث أمام هذا التساؤل فان الجواب من البساطة بمكان ذلك أن النص اشار الى الغرفة التجارية وانه باعتبار ان طرفي النزاع مغربيين فانه بعيد عن ارادتهما ان يتفقا على أسناد نزاعهما الى غير الغرفة التجارية المغربية وقد اصبحت تدعى غرفة

التجارة والصناعة والخدمات وان الطرفين اشارا اليها باسم الغرفة التجارية لان الامر الذي يعنيهما لا يتعلق بالصناعة ولا بالخدمات كما أن الغرف التجارية الأخرى كلها اجنبية. وحيث انه هكذا يتبين انه سواء تعلق الامر بالفقرة الأولى أو الثانية من الفصل 9 أو بالجو الذي يهيمن على الاتفاقية برمتها فان اللجوء الى التحكيم مستمد من صميم ارادة الطرفين وان الحكم الابتدائي لم يكن على صواب عندما صرح باختصاص المحكمة التجارية، ملتمسة بالتالي الغاءه والحكم من جديد بعدم اختصاص المحكمة المذكورة مع احالة الطرفين على التقاضي وفق شرط التحكيم الوارد في الاتفاقية المبرمة من طرفهما .

وحيث ادرجت القضية لاول مرة امام محكمة الاستئناف التجارية بجلسة 2001/1/26. وحيث انه بنفس الجلسة ادلت المستانف ضدها بواسطة محاميها **الاستاذ حميد الاندلسي** بمذكرة جوابية تعرض فيها بان المستانفة تنعي على الحكم المطعون فيه تجاوزه للمرحلة الأولى الكامنة في محاولة ايجاد حل حبي بعلة انه لم تكن هناك اية محاولة ولم تتم ابدا اية مناقشات ولم يلجأ الى خبير يحكم بين الطرفين وفقا لما اشترطه الفصل 9 من اتفاقية 1999/12/6 والحال ان الشركة العارضة قامت بربط الاتصال مع المسؤولين عن الشركة المستانفة الذين تربطهم بها علاقات مهنية وودية من اجل حثهم عن التراجع عن موقفهم واقناعهم بضرورة تسديد دين محقق الوجود واجب الاداء وخال من كل نزاع كما أن الشركة العارضة عند تعنت الشركة المستانفة وتماديها في الامتناع عن الوفاء بالتزاماتها التعاقدية بادرت الى توجيه اياها رسالة مسلمة عن طريق المناولة اليدوية وعن طريق الفاكس مؤرخة في 2000/11/21 من اجل انذارها بتسديد ما تخلد بذمتها وبالتالي فان العارضة تكون هكذا قد حاولت البحث عن ايجاد حل حبي عن طريق اجراء مباحثات مباشرة استمرت من 2000/11/21 الى غاية 2000/11/28 وفقا لتنصيصات الفقرة الأولى من الفصل 9 من الاتفاقية المستدل بها وذلك في اجل 24 ساعة المحدد في الانذار المؤرخ في 2000/11/21.

وحيث تجدر الاشارة من جهة اخرى وخلافا لادعاءات المستانفة ان الفقرة الأولى من الفصل 9 من اتفاقية 99/12/6 لم تشترط ابدا اللجوء بصفة وجوبية الى تحكيم خبير من اجل البحث عن حل حبي ولكن تركت الاختيار للطرفين لايجاد حل حبي اما بواسطة مباحثات مباشرة واما باللجوء الى تحكيم خبير يتم اختياره باتفاق مشترك. وحيث أنه بالنسبة للوسيلة الثانية فقد نعت المستانفة على قضاة الدرجة الأولى عدم تفهمهم على الاقل لما جاء في الفقرة الثانية من الفصل 9 التي تسند حسب رأيها الاختصاص فيما يخص استمرار عدم الاتفاق الى التحكيم وليس الى القضاء فانه بالرجوع الى الفقرة الثانية من الفصل 9 يتبين بصفة جلية ان القانون المطبق هو القانون التجاري المغربي من جهة وان الاختصاص ينعقد للمحكمة الابتدائية بالدار البيضاء آنفا من جهة اخرى رغم اللبس الذي يشوب مقطع الفقرة المذكورة بشأن فض النزاع بالتحكيم طبقا لقواعد المصالحة والتحكيم للغرفة التجارية.

وحيث انه من الثابت أن عدم ايضاح ذلك المقطع لهوية الغرفة التجارية المقصودة يجعله والعدم سواء. وحيث ان الشركة المستانفة قررت وبصفة تقديرية ان ارادة الطرفين انصرفت الى غرفة التجارة والصناعة والخدمات لا الى الغرفة التجارية والحال أن غرفة التجارية والصناعة والخدمات التي تتمسك بها المستانفة تفتقر الى نظام المصالحة والتحكيم مصادق عليه سواء من طرفها او من طرف السلطات الوصية على الغرفة وساري المفعول وأن دفاع العارضة بعث برسالة في الموضوع الى رئيس هذه الغرفة فاجابه مديرها برسالة يشعره فيها بأن غرفة التجارة والصناعة والخدمات لا تتوفر على نظام للمصالحة والتحكيم مصادق عليه لغاية اليوم. وحيث ان المستانفة ادعت كذلك في هذا الباب ان الغرفة التجارية الوحيدة المعروفة بهذا الاسم هي غرفة التجارة والصناعة والخدمات والحال انه توجد كذلك بالمغرب غرفة التجارة الدولية المغرب. وحيث ان قناعة المتعاقدين بعدم تواجد هذه الغرفة التجارية وعدم تواجد قواعد المصالحة والتحكيم المنظمة لها هي التي جعلت ارادتهما تنصرف بصفة قوية الى اسناد الاختصاص للقضاء لا التحكيم وان القانون الواجب تطبيقه امام هذا القضاء هو القانون التجاري المغربي لا قواعد المصالحة والتحكيم المنعدمة الوجود، وان المحاكم المختصة في النزاعات التي تنشأ بين التجار أو لتطبيق مدونة التجارة هي المحاكم التجارية.

وحيث انه استنادا لما ذكر أعلاه فان العارضة تلتمس رد الاستئناف وتاييد الحكم المستانف. وحيث انه بنفس الجلسة ادلت النيابة العامة بملتمس كتابي تعرض فيه بانه لا يوجد ضمن وثائق الملف ما يفيد ان هناك مفاوضات ومناقشات حبية قد تمت بين الطرفين لتسوية النزاع كما انه لا يوجد أي اقتراح من طرف المستانف عليها لأي خبير للتحكيم بينهما كما انه يوجد هناك اتفاق بين الطرفين على مبدأ التحكيم ملتمسة بالتالي اعتبار الاستئناف والغاء الحكم المستانف والحكم من جديد بعدم اختصاص المحكمة التجارية للبت في النزاع.

وحيث انه بجلسة 2001/1/26 ادلت الطاعنة كذلك بواسطة محاميها **الاستاذ عز الدين (ك.)** بمذكرة جوابية تعرض فيها بأنها قامت ببحث لدى غرفة التجارة حتى تدحض رواية المستانف ضدها التي حاولت من خلالها بعث الشكوك حول غرفة التجارة وما اذا كان لها اختصاص في التحكيم. وحيث نتج عن ذلك ان بعثت الغرفة المذكورة برسالة لمحاميها مفادها انه بالامكان عرض النزاع عليها من اجل التحكيم وانها تدلي بهذه الرسالة كما تدلي بالمطبوع الذي توزعه الغرفة على العموم وهو ينص في فقرته ما قبل الاخيرة على أن من ضمن نشاطها التحكيم التجاري ملتمسة بالتالي الحكم وفق مقالها الاستئنافي. وحيث انه بجلسة 2001/1/26 تقرر حجز القضية للمداولة قصد النطق بالقرار بجلسة 2001/2/2 ومددت لجلسة 2001/2/9. وحيث ادلت المستانف ضدها بواسطة محاميها **الاستاذ حميد (ن.)** بمذكرتين خلال المداولة اكدت فيهما ما جاء في مذكرتها الجوابية الأولى المشار الى مضمونها اعلاه مضيفة بان الرسالة المدلى بها من طرف الطاعنة والصادرة عن غرفة التجارة والصناعة والخدمات لم تشر إلى وجود مركز للتحكيم ولم تشر الى وجود نظام للتحكيم ملتمسة في الاخير رد الاستئناف وتاييد الحكم المستانف.

التعليل

حيث تمسكت الطاعنة في استئنافها بكون المحكمة التجارية قضت باختصاصها نوعيا للبت في النزاع في حين ان الاختصاص لا يعود اليها استنادا الى الفصل 9 من الاتفاقية المبرمة بين الطرفين والمؤرخة في 1999/12/6 والذي بمقتضاه اتجهت ارادة الطرفين الى حل النزاع عن طريق مرحلتين اثنتين المرحلة الأولى وهي التي يتم فيها البحث عن حل حبي بواسطة مناقشات مباشرة او باللجوء الى تحكيم خبير يختار باتفاق الطرفين، والمرحلة الثانية وهي التي تتعلق بالفقرة الثانية من الفصل المذكور والتي تنص على انه في حالة استمرار النزاع يتم القيام بتحكيم طبق قواعد المصالحة والتحكيم للغرفة التجارية.

وحيث أكدت الطاعنة على ان المرحلة الأولى لم يتم تجاوزها من جهة، ومن جهة ثانية فان الغرفة التجارية المقصودة هي غرفة التجارة والصناعة والخدمات بالمغرب وان ارادة الطرفين بمقتضى الشرط التحكيمي انصرفت الى التحكيم وليس الى القضاء. لكن حيث انه للاجابة على اسباب الاستئناف يتعين القول اولا بانه حينما يتم الدفع بعدم الاختصاص النوعي للمحكمة التجارية معناه أن الدعوى المرفوعة امامها لا تدخل ضمن الدعاوى المنصوص عليها في المادة 5 من قانون احداث المحاكم التجارية والتي يتم انطلاقا منها تحديد الاختصاص النوعي للمحكمة التجارية او كون الطرفين اتفقا على عرض النزاعات المشار اليها في المادة المذكورة على مسطرة التحكيم استنادا الى الفقرة الاخيرة من المادة 5 المذكورة.

وحيث أن المشرع المغربي عندما اجاز للاطراف الاتفاق على التحكيم بخصوص النزاعات التي هي من اختصاص المحكمة التجارية فانه قد اكد على ان يكون اتفاق التحكيم وفق احكام الفصول 306 الى 327 من قانون المسطرة المدنية. وحيث أنه بالنسبة للسبب الاول المتمسك به في الاستئناف والمتعلق بكون المستانف ضدها لم تحترم مقتضيات الفقرة الأولى من الفصل 9 من الاتفاقية المؤرخة في 99/12/6 والتي تنص على انه في حالة عدم اتفاق الطرفين على مسائل تقنية او اقتصادية أو مالية يبحث عن حل حبي اما بمناقشات مباشرة او باللجوء الى تحكيم خبير يختار باتفاق الطرفين فانه يتعين الرد بان هذا المقتضى العقدي يتحدث عن الحل الحبي وان هذا الحل الحبي يكون باحد اختيارين وليس بهما معا وهما اما المناقشات المباشرة او باللجوء الى تحكيم خبير يختار باتفاق الطرفين وبالتالي فان القيام باحد الخيارين يغني عن الآخر. وحيث ان المناقشات المباشرة لا يمكن ان تتصور الا بلقاءات ارادية مباشرة بين الطرفين أو اتصالات بينهما سواء عن طريق الهاتف أو الفاكس او تبادل رسائل تخص موضوع النزاع. وحيث ان المستانف ضدها قد اكدت على قيامها بمبادرة تتعلق بهذه المرحلة وادلت كذلك بما يفيد بعثها برسائل تهم الموضوع للمستانف ضدها والتي توصلت بها سواء عن طريق الفاكس أو المناولة اليدوية ، وبغض الطرف عن كون هذه المرحلة قد تم تجاوزها ام لا، فانها لا تصح ان تكون دفعا بعدم الاختصاص النوعي للمحكمة التجارية فضلا على أن هذا المقتضى العقدي المتمسك به لا يعدو أن يكون مجرد خطوة الى المرحلة الموالية او بالاحرى الفقرة الثانية من الفصل 9 من اتفاقية 99/12/6 والتي هي من الاسباب المتمسك بها في الاستئناف. وحيث تنص هذه الفقرة على ما يلي: « إذا ما استمر عدم الاتفاق يتم القيام بتحكيم طبق قواعد المصالحة والتحكيم للغرفة التجارية وفي هذه الحالة يحتفظ بقانون التجارة المغربي وكذا بالمحكمة الابتدائية بالدار البيضاء أنفا ».

وحيث ان المحكمة باستقرائها واستجلائها لما جاء في الفصل 9 من الاتفاقية بكامله تجلى لها ان ارادة الطرفين انصرفت الى التحكيم بمقتضى هذه الفقرة وحددت جهة معينة للقيام بهذه المهمة وهي الغرفة التجارية وطبقا لقواعد المصالحة والتحكيم لهذه الغرفة وهو الاتجاه الذي تقره الطاعنة وتدافع عنه. وحيث انه اذا كان التحكيم ينشأ عن ارادة الخصوم الا ان هذه الارادة لا تكفي وإنما يتعين ان يقر المشرع اتفاق الخصوم وبعبارة اخرى اذا لم ينص المشرع على جواز التحكيم وجواز تنفيذ احكام المحكمين ما كانت ارادة الخصوم كافية لخلقه انظر في هذا الشأن كتاب التحكيم الدولي والداخلي لعبد الحميد المنشاوي صفحة (7). وحيث أن المشرع المغربي اقر التحكيم ونظم قواعده واجراءاته ومتى وضحت هذه الارادة وفق الشكل الذي يتطلبه القانون التزم الخصوم بحسم النزاع بطريقة التحكيم. وحيث انه للتذكير مرة اخرى فان المشرع بمقتضى الفقرة الاخيرة من المادة 5 من قانون احداث المحاكم التجارية عندما اجاز للطرفين الاتفاق على التحكيم فانه قد اكد على ان يكون وفق احكام الفصل 306 الى 327 من ق.م.م. وحيث انه اذا كانت الطاعنة تتمسك بالاتفاق التحكيمي وبالجهة التي تم اسناد التحكيم اليها مسبقا في الاتفاق فانه يتعين في هذه الحالة ان يكون شرط التحكيم مكتوبا باليد وموافقا عليه بصفة خاصة من لدن الاطراف تحت طائلة البطلان الفقرة الثانية من الفصل 309 من ق.م.م). وحيث ان المشرع المغربي في العقود التجارية لما علق صحة تعيين المحكمين مسبقا في شرط التحكيم على ان يكون هذا الشرط قد كتب بخط اليد وحصلت الموافقة عليه بصفة خاصة من الاطراف فانما كانت تحدو به الرغبة الى لفت نظر أصحاب العلاقة الى اهمية ما هم مقدمون عليه من جهة ولتوفر القناعة من جهة اخرى على ان الاطراف لم يعمدوا الى القبول بتعيين المحكمين مسبقا الا وهم على علم تام بالامر انظر في هذا الشأن كتاب التحكيم الدولي للدكتور عبد الحميد الاحدب الفصل السابع عشر نظام التحكيم في المغرب صفحة (792). وحيث ان الطرفين بعدم احترامهما لمقتضيات الفقرة الثانية من الفصل 9 من ق.م.م يكون الشرط التحكيمي المتمسك به باطلا. وحيث انه علاوة على ذلك فان الجهة التي تم اسناد التحكيم اليها وهي الغرفة التجارية لم يتم تحديدها بدقة على اعتبار انه يوجد بالمغرب غرفة التجارة الدولية المغرب وغرفة التجارة والصناعة والخدمات وهي الجهة التي لا تتوفر حاليا على نظام للمصالحة والتحكيم استنادا الى الرسالة الصادرة عن هذه الغرفة والمؤرخة في 2001/1/18 والمدلى بها في الملف.

وحيث انه بالنسبة للرسالة الصادرة عن نفس الغرفة والمؤرخة في 2001/1/24 والمدلى بها من طرف الطاعنة فانه ليس فيها ما يفيد على ان غرفة التجارة والصناعة والخدمات تتوفر على نظام للمصالحة والتحكيم. وحيث ان عدم التدقيق هذا في تعيين المحكم هو ما تدفع به المستانف ضدها وتجعلها تتمسك باللجوء الى القضاء. وحيث انه اعتبارا لما ذكر فان الشرط التحكيمي يكون معيبا ومن تم باطلا وبالتالي يبقى الاختصاص للقضاء. وحيث ان الفقه والاجتهاد القضائي يسيران في هذا المنحى بل استقرا عليه (انظر في هذا الشأن كتاب التحكيم المدني والتجاري لمؤلفه جان روبير الطبعة الرابعة ص 79 وكذلك الحكم الصادر عن محكمة دوي الفرنسية بتاريخ 1957/6/4 المنشور بمجلة القصر 2.1957 ص 216 مشار اليه في نفس المرجع)، وكذلك القرار الصادر عن محكمة الاستئناف بكرنوبل الفرنسية كذلك بتاريخ 96/1/24 منشور بمجلة التحكيم رقم 1 لسنة 1997.

وحيث انه باعتبار أن ما جاء في الفقرة الأولى من الفصل 9 من اتفاقية 99/12/6 لا ينهض سببا للدفع بعدم الاختصاص النوعي للمحكمة التجارية وباعتبار ان الشرط التحكيمي الوارد في الفقرة الثانية من الفصل المذكور باطل واعتبارا لان النزاع قائم بين تاجرين وبمناسبة اعمالهما التجارية ويتعلق بعقد تجاري فان الاختصاص النوعي يبقى للمحكمة التجارية عملا بمقتضيات الفقرتين 1 و 2 من المادة 5 من قانون احداث المحاكم التجارية. وحيث بالتالي فان اسباب الاستئناف تبقى غير مبررة مما يتعين معه رد الاستئناف وتاييد الحكم المستانف فيما قضى به من اختصاص نوعي للمحكمة التجارية استنادا الى تعليلات محكمة الاستئناف التجارية المذكورة اعلاه. وحيث انه طبقا لمقتضيات المادة 8 من قانون احداث المحاكم التجارية فان محكمة الاستئناف التجارية عندما تبت في الاختصاص تحيل الملف على المحكمة المختصة مما يتعين معه ارجاع الملف الى نفس المحكمة مصدرة الحكم المستانف للاختصاص.

لهذه الأسباب

فان محكمة الاستئناف التجارية بالدار البيضاء وهي تبت انتهائيا علنيا حضوريا تصرح:

في الشكل : بقبول الاستئناف.

في الجوهر : برده و تاييد الحكم الصادر عن المحكمة التجارية بالدار البيضاء بتاريخ 2000/12/25 في الملف رقم 2000/11186 وبارجاع الملف الى نفس المحكمة للاختصاص وبدون صائر.

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

الرئيس المستشار المقرر كاتب الضبط

Version française de la décision

MOTIFS

Attendu que l'appelante a soutenu dans son recours que le tribunal de commerce s'est déclaré compétent à tort pour connaître du litige, alors que cette compétence ne lui revenait pas au regard de l'article 9 de la convention conclue entre les parties le 06/12/1999, aux termes duquel la volonté des parties s'est orientée vers la résolution du litige en deux étapes : une première étape consistant en la recherche d'une solution amiable par des discussions directes ou par le recours à un expert-arbitre choisi d'un commun accord, et une seconde étape, relative au deuxième paragraphe dudit article, qui dispose qu'en cas de persistance du différend, il sera procédé à un arbitrage conformément aux règles de conciliation et d'arbitrage de la Chambre de Commerce.

Attendu que l'appelante a affirmé, d'une part, que la première étape n'a pas été franchie et, d'autre part, que la Chambre de Commerce visée est la Chambre de Commerce, d'Industrie et de Services du Maroc et que la volonté des parties, en vertu de la clause compromissoire, s'est portée sur l'arbitrage et non sur la justice étatique.

Toutefois, attendu que pour répondre aux moyens d'appel, il convient de dire, premièrement, que soulever une exception d'incompétence d'attribution devant le tribunal de commerce signifie que l'action portée devant lui n'entre pas dans le champ des actions prévues à l'article 5 de la loi portant création des juridictions de commerce, à partir duquel est déterminée la compétence d'attribution du tribunal de commerce, ou que les parties ont convenu de soumettre les litiges visés à l'article précité à une procédure d'arbitrage, conformément au dernier alinéa dudit article 5.

Attendu que lorsque le législateur marocain a permis aux parties de convenir de l'arbitrage pour les litiges relevant de la compétence du tribunal de commerce, il a exigé que la convention d'arbitrage soit conforme aux dispositions des articles 306 à 327 du Code de procédure civile.

Attendu que, s'agissant du premier moyen soulevé en appel, relatif au fait que l'intimée n'aurait pas respecté les dispositions du premier paragraphe de l'article 9 de la convention du 06/12/1999, qui stipule qu'en cas de désaccord des parties sur des questions d'ordre technique, économique ou financier, une solution amiable est recherchée soit par des discussions directes, soit par le recours à un expert-arbitre choisi d'un commun accord, il y a lieu de répondre que cette disposition contractuelle traite de la solution amiable et que cette solution amiable se réalise par l'une des deux options et non les deux cumulativement, à savoir soit les discussions directes, soit le recours à un expert-arbitre choisi d'un commun accord ; par conséquent, l'accomplissement de l'une des deux options dispense de l'autre.

Attendu que les discussions directes ne peuvent se concevoir que par des rencontres volontaires et directes entre les parties ou des communications entre elles, que ce soit par téléphone, par télécopie ou par l'échange de correspondances relatives à l'objet du litige.

Attendu que l'intimée a confirmé avoir pris une initiative concernant cette phase et a également produit des pièces attestant de l'envoi de lettres sur le sujet à l'appelante, que celle-ci a reçues soit par télécopie, soit par remise en main propre ; et qu'indépendamment du fait que cette phase ait été franchie ou non, elle ne peut valablement constituer un moyen d'incompétence d'attribution du tribunal de commerce, d'autant que cette disposition contractuelle invoquée n'est qu'un prélude à l'étape suivante, ou plus exactement au deuxième paragraphe de l'article 9 de la convention du 06/12/1999, qui constitue l'un des moyens soulevés en appel.

Attendu que ce paragraphe dispose ce qui suit : « Si le désaccord persiste, il sera procédé à un arbitrage conformément aux règles de conciliation et d'arbitrage de la Chambre de Commerce, et dans ce cas, il sera fait application du droit commercial marocain ainsi que [de la compétence] du Tribunal de Première Instance de Casablanca-Anfa ».

Attendu qu'il est apparu à la Cour, par son examen et son analyse de l'intégralité de l'article 9 de la convention, que la volonté des parties s'est orientée vers l'arbitrage en vertu de ce paragraphe, et qu'elles ont désigné une entité spécifique pour accomplir cette mission, à savoir la Chambre de Commerce, conformément aux règles de conciliation et d'arbitrage de cette Chambre, ce qui est la position que l'appelante adopte et défend.

Attendu que si l'arbitrage naît de la volonté des parties, cette volonté ne suffit pas ; il faut que le législateur reconnaisse l'accord des parties. En d'autres termes, si le législateur ne prévoyait pas la possibilité de l'arbitrage et de l'exécution des sentences arbitrales, la volonté des parties ne suffirait pas à le créer (voir à ce sujet l'ouvrage *L'arbitrage international et interne* d'Abdel Hamid El Menchaoui, page 7).

Attendu que le législateur marocain a reconnu l'arbitrage et en a organisé les règles et procédures, et que dès lors que cette volonté est clairement exprimée dans la forme requise par la loi, les parties sont tenues de régler le litige par la voie de l'arbitrage.

Attendu que, pour le rappeler une fois de plus, lorsque le législateur, en vertu du dernier alinéa de l'article 5 de la loi portant création des juridictions de commerce, a permis aux parties de convenir de l'arbitrage, il a exigé que cela soit fait conformément aux dispositions des articles 306 à 327 du Code de procédure civile.

Attendu que si l'appelante se prévaut de la convention d'arbitrage et de l'entité à laquelle l'arbitrage a été confié par avance dans la convention, il faut dans ce cas que la clause compromissoire soit écrite de la main et approuvée spécifiquement par les parties, sous peine de nullité (deuxième alinéa de l'article 309 du Code de procédure civile).

Attendu que lorsque le législateur marocain, dans les contrats commerciaux, a subordonné la validité de la désignation anticipée des arbitres dans une clause compromissoire à la condition que cette clause soit écrite de la main et approuvée spécifiquement par les parties, il était mû par le désir, d'une part, d'attirer l'attention des intéressés sur l'importance de l'acte qu'ils s'apprêtaient à accomplir et, d'autre part, d'assurer la conviction que les parties n'avaient accepté la désignation anticipée des arbitres qu'en parfaite connaissance de cause (voir à ce sujet l'ouvrage *L'arbitrage international* du Dr. Abdel Hamid Al-Ahdab, chapitre dix-sept, *Le système d'arbitrage au Maroc*, page 792).

Attendu que les parties n'ayant pas respecté les dispositions du deuxième alinéa de l'article 309 du Code de procédure civile, la clause compromissoire invoquée est nulle.

Attendu qu'en outre, l'entité à laquelle l'arbitrage a été confié, à savoir la Chambre de Commerce, n'a pas été identifiée avec précision, étant donné qu'il existe au Maroc la Chambre de Commerce Internationale Maroc et la Chambre de Commerce, d'Industrie et de Services, cette dernière entité ne disposant pas actuellement d'un règlement de conciliation et d'arbitrage, selon la lettre émise par cette chambre en date du 18/01/2001 et versée au dossier.

Attendu que s'agissant de la lettre émanant de la même chambre, datée du 24/01/2001 et produite par l'appelante, elle ne contient aucun élément indiquant que la Chambre de Commerce, d'Industrie et de Services dispose d'un règlement de conciliation et d'arbitrage.

Attendu que ce manque de précision dans la désignation de l'arbitre est ce que l'intimée invoque et qui la conduit à se prévaloir du recours à la justice étatique.

Attendu qu'au vu de ce qui précède, la clause compromissoire est viciée et par conséquent nulle, et la compétence revient donc aux juridictions étatiques.

Attendu que la doctrine et la jurisprudence s'orientent dans ce sens et s'y sont même établies (voir à ce sujet l'ouvrage *L'arbitrage civil et commercial* de son auteur Jean Robert, 4ème édition, p. 79, ainsi que le jugement rendu par le tribunal de Douai en France le 04/06/1957, publié à la *Gazette du Palais* 1957.2, p. 216, cité dans la même référence), de même que l'arrêt rendu par la Cour d'appel de Grenoble en France le 24/01/1996, publié à la *Revue de l'arbitrage*, n° 1 de 1997.

Attendu que, considérant que les stipulations du premier paragraphe de l'article 9 de la convention du 06/12/1999 ne constituent pas un moyen valable d'incompétence d'attribution du tribunal de commerce, considérant que la clause compromissoire contenue dans le deuxième paragraphe dudit article est nulle, et considérant que le litige oppose deux commerçants à l'occasion de leurs activités commerciales et concerne un contrat commercial, la compétence d'attribution revient au tribunal de commerce en application des dispositions des paragraphes 1 et 2 de l'article 5 de la loi portant création des juridictions de commerce.

Attendu, par conséquent, que les moyens d'appel sont non fondés, ce qui entraîne le rejet de l'appel et la confirmation du jugement entrepris en ce qu'il a statué sur la compétence d'attribution du tribunal de commerce, sur la base des motifs susmentionnés de la Cour d'appel de commerce.

Attendu que, conformément aux dispositions de l'article 8 de la loi portant création des juridictions de commerce, la Cour d'appel de commerce, lorsqu'elle statue sur la compétence, renvoie le dossier à la juridiction compétente, ce qui impose de renvoyer le dossier à la même juridiction qui a rendu le jugement entrepris pour compétence.

PAR CES MOTIFS

La Cour d'appel de commerce de Casablanca, statuant en dernier ressort, publiquement et contradictoirement, déclare :

En la forme : recevoir l'appel.

Au fond : le rejeter et confirmer le jugement rendu par le Tribunal de commerce de Casablanca le 25/12/2000 dans le dossier n° 2000/11186, et renvoyer le dossier à ladite juridiction pour compétence,

sans dépens.

Ainsi prononcé le jour, mois et an susdits par la même formation ayant participé aux débats.

Le Président, Le Conseiller Rapporteur, Le Greffier.