

# Preuve de la convention d'arbitrage : Autonomie du régime probatoire arbitral face au droit commun de la preuve électronique (Cass. com. 2016)

Identification			
<b>Ref</b> 37892	<b>Juridiction</b> Cour de cassation	<b>Pays/Ville</b> Maroc / Rabat	<b>N° de décision</b> 513/1
<b>Date de décision</b> 15/12/2016	<b>N° de dossier</b> 2014/1/3/1340	<b>Type de décision</b> Arrêt	<b>Chambre</b> Commerciale
Abstract			
<b>Thème</b> Convention d'arbitrage, Arbitrage		<b>Mots clés</b> وسائل الاتصال, Communication électronique, Désignation de l'institution d'arbitrage, Fin de non-recevoir, Force probante, Preuve de la convention d'arbitrage, Validité de la convention d'arbitrage, اتفاق تحكيم, Clause compromissoire, تبادل معطيات قانونية بشكل الكتروني, حجية, محررات, دفع بعدم قبول الطلب, رسالة الكترونية, شرط تحكيم, غرفة تحكيم دولية, قرارات محكمة النقض, توقيع إلكتروني مؤمن, Absence de signature électronique sécurisée	
<b>Base légale</b> Article(s) : 313 - 327 - 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 validité d'une clause compromissoire stipulée par courriel ne dépend pas de l'apposition d'une signature électronique sécurisée. Saisi d'un litige relatif au paiement de travaux de réparation navale, le juge étatique doit accueillir la fin de non-recevoir tirée d'un tel accord, dès lors que l'échange de communications électroniques, même contesté, est corroboré par des éléments de preuve suffisants attestant du consentement des parties au recours à l'arbitrage.

En application de l'article 313, alinéa 2, du Code de procédure civile, la convention d'arbitrage est valablement établie si elle est consignée dans un écrit, ce qui inclut les lettres échangées ou « tout autre moyen de communication qui en atteste l'existence ». Ce régime probatoire, autonome et souple, se distingue des exigences formelles applicables à la conclusion des contrats par voie électronique. Par conséquent, la force probante d'un accord d'arbitrage résultant d'un échange de courriels n'est pas subordonnée aux conditions de la signature électronique sécurisée prévues par la loi n° 53-05. La validité de la clause n'est pas non plus affectée par l'omission de fixer les modalités de répartition des frais et honoraires d'arbitrage, et la simple désignation d'une institution d'arbitrage reconnue, telle que la Chambre de Commerce Internationale, suffit à satisfaire l'exigence de détermination de la constitution du tribunal arbitral.

Sur le plan procédural, le moyen tiré de l'existence d'une clause compromissoire constitue une fin de non-recevoir. Conformément à l'article 327 du Code de procédure civile, lorsque le juge est saisi d'un litige relevant d'une telle convention, il doit déclarer la demande irrecevable, sauf si la nullité de ladite convention est manifeste. Cette qualification prime sur toute discussion relative à la compétence d'attribution, imposant au juge de renvoyer les parties à la procédure arbitrale convenue.

## Texte intégral

**محكمة النقض، الغرفة التجارية القسم الأول، بتاريخ 2016/12/15، قرار عدد 1/513، في ملف عدد 2014/1/3/1340**

بناء على مقال النقض المودع بتاريخ 2014/07/21 من طرف الطالبة المذكورة بواسطة نائبها الأستاذ نوفل (ر) والرامي إلى نقض قرار محكمة الاستئناف التجارية بالدار البيضاء عدد 5701 الصادر بتاريخ 2013/12/23 في الملف عدد 2013/1528.

و بناء على المذكرة الجوابية المدلى بها بتاريخ 2015/03/11 من طرف المطالبة بواسطة نائبها الأستاذين محمد (ل) وعلي (ز) والرامية إلى التصريح أساسا بعدم قبول الطلب واحتياطيا برفض الطلب.

و بناء على الأوراق الأخرى المدلى بها في الملف.

و بناء على قانون المسطرة المدنية المؤرخ في 28 شتنبر 1974 .

و بناء على الأمر بالتخلي والإبلاغ الصادر في 2016/11/24.

و بناء على الإعلام بتعيين القضية في الجلسة العلنية المنعقدة بتاريخ 2016/12/15.

و بناء على المناداة على الطرفين و من ينوب عنهما وعدم حضورهم.

و بعد تلاوة التقرير من طرف المستشار المقرر السيد بوشعيب متعبد والاستماع إلى ملاحظات المحامي العام السيد رشيد بناني.

و بعد المداولة طبقا للقانون.

حيث يستفاد من مستندات الملف ومن القرار المطعون فيه، أن الطالبة شركة (أ) تقدمت بمقالين افتتاحي و إضافي لتجارية البيضاء، عرضت فيهما أنها تعاقدت مع المطالبة « شركة (ك) » من أجل إصلاح وصيانة الباخرة وادي الذهب ، التي تعرضت بتاريخ 2012/06/04 لحادث بالحوض اليابس، غير أن المدعى عليها امتنعت عن أداء مبلغ 3.741.120,88 درهما المثبت بواسطة 18 فاتورة ومبلغ 67.760,00 درهما موضوع الفاتورتين عدد 2012/447 و 448/448 رغم جميع المحاولات ملتزمة الحكم عليها بأدائها لها المبلغين المذكورين، وتعويفا عن التماطل قدره 407.000,00 درهم والفوائد القانونية من تاريخ الطلب وأجابت المدعى عليها بعدم اختصاص لمحكمة التجارية نوعيا للبت في الطلب، لكونها اتفقت مع المدعية بمقتضى رسالة الكترونية مؤرخة في 2012/05/16 على إسناد الاختصاص لغرفة التحكيم الدولية ، حسب قواعد غرفة التجارة الدولية، وبعد إتمام الإجراءات، صدر حكم بأداء المدعى عليها

لفائدة المدعية مبلغ 3.793.720,88 درهما والفوائد القانونية من تاريخ الطلب، وتعويض عن التماطل قدره 30.000,00 درهم ورفض باقي الطلبات، ألغته محكمة الاستئناف التجارية، وقضت من جديد بعدم قبول الطلب، وهو القرار المطعون فيه من قبل المدعية شركة (أ) بوسيلتين.

## في شأن الوسيلة الأولى:

حيث تنعى الطاعنة على القرار خرق الفصول 19 و 5/65 و 7/65 و 1/417 و 2/417 و 3/417 و 426 من ق ل ع وقانون 05/53 المتعلق بتبادل المعطيات القانونية بشكل الكتروني، بدعوى أنه اعتمد على رسالة الكترونية صادرة عنها بتاريخ 2012/05/16 ، تتضمن موافقتها على اعتماد التحكيم كوسيلة بديلة لفض كل النزاعات، رغم نفيها أن تكون هذه الرسالة صادرة عنها، فضلا عن أنها لا تتضمن أي توقيع سواء بخط اليد أو بواسطة التوقيع الإلكتروني المؤمن حسب الفصل 426 الناص على أنه « يسوغ أن تكون الورقة العرفية مكتوبة بيد غير الشخص الملزم بها بشرط أن تكون موقعة منه. ويلزم أن يكون التوقيع بيد الملزم نفسه وأن يرد في أسفل الوثيقة، ولا يقوم الطابع أو الختم مقام التوقيع، ويعتبر وجوده كعدمه. وإذا تعلق الأمر بتوقيع إلكتروني مؤمن وجب تضمينه في الوثيقة وفق الشروط المحددة في النصوص التشريعية والتنظيمية المطبقة في هذا المجال. »

كذلك طبق القرار المقتضيات القانونية المنظمة للتعاقد بالطرق الإلكترونية حسب الفصول 65/1 إلى 7/65 من ق ل ع ، دون أن تقوم المحكمة بإعمال هذه المقتضيات على الرسالة المؤرخة في 2012/05/16 ، التي جاءت غير مستوفية للشروط المنصوص عليها في الفصول المذكورة ، قبل ترتيب الآثار القانونية على وجود اتفاق التحكيم من عدمه.

إضافة إلى أن اتفاق التحكيم يعد عقدا مستقلا يبرمه الطرفان باستقلال عن العلاقة القانونية التي تربط بينهما، ويخضع لمقتضيات الفصل 19 من ق ل ع الناص على أنه « لا يتم الاتفاق إلا بتراضي الطرفين على العناصر الأساسية للالتزام وعلى باقي الشروط المشروعة الأخرى التي يعتبرها الطرفان أساسية، والتعديلات التي يجريها الطرفان بإرادتهما على الاتفاق فور إبرامه لا تعتبر جزءا من الاتفاق الأصلي وذلك ما لم يصرح بخلافه . غير أن الرسالة المؤرخة في 2012/05/16 جاءت خالية من العناصر الأساسية للالتزام كتحيين المحكمين وتشكيل الهيئة التحكيمية وكيفية توزيع المصاريف والأتعاب الناجمة عن التحكيم، ومع ذلك خالفت المحكمة الفصل المذكور واعتبرت أن اتفاق التحكيم تاما ومنتجا لآثاره القانونية.

كما اعتبر القرار أن الرسالة المؤرخة في 2012/05/16 غير الموقعة والمؤمنة، حجة في مواجهتها، رغم عدم توفرها على الشروط القانونية المنصوص عليها في الفصول 1/417 و 2/417 و 3/417 من ق ل ع.

وأخيرا اعتمد القرار على خبرة غير حضورية أنجزها الخبير مصطفى فكار الذي خلص إلى أن الرسالة الإلكترونية تنسب إليها، رغم أن هذا النوع من المحررات لا تكتسب الحجية إلا إذا كانت مؤمنة التوقيع حسب المادة السادسة من قانون 05/53 الناصة على أنه « يجب أن يستوفي التوقيع الإلكتروني المؤمن المنصوص عليه في الفصل 3/417 من الظهير الشريف المعتبر بمثابة قانون الالتزامات والعقود الشروط التالية : أن يكون خاصا بالموقع ويتم إنشاؤه بوسائل يمكن للموقع الاحتفاظ بها تحت مراقبته الخاصة بصفة حصرية ؛ و يضمن وجود ارتباط بالوثيقة المتصلة به بكيفية تؤدي إلى كشف أي تغيير لاحق أدخل عليها. يجب أن يوضع التوقيع بواسطة آلية لإنشاء التوقيع الإلكتروني، تكون صلاحيتها مثبتة بشهادة للمطابقة. يتعين أن يشار إلى معطيات التحقق من التوقيع الإلكتروني المؤمن في الشهادة الإلكترونية المؤمنة المنصوص عليها في المادة 10 من هذا القانون. فضلا عن أن شهادة المطابقة المذكورة يتم تسليمها من طرف بريد المغرب الذي يتوفر على امتياز حصري لتسليم مثل هذه الشهادات، والمحكمة لما اعتمدت على الخبرة المذكورة، تكون قد خالفت مقتضيات المنظومة القانونية المنظمة للتوقيع الإلكتروني وتبادل المعطيات القانونية ونظام تسليم شهادة المطابقة التي هي قواعد آمرة ، مما يتعين نقض قرارها.

لكن حيث إن المحكمة لما تبث لها من خلال الرسالة الإلكترونية التي جزم الخبير مصطفى فكار في صدورها عن الطالبة أنها وافقت بمقتضاها على مقترح المطلوبة الرامي الى إسناد الاختصاص في نزاعاتها الى غرفة التحكيم الدولية، قضت بإلغاء الحكم المستأنف،

وصرحت بعدم قبول الدعوى، مستندة في ذلك إلى « أنه تبث صحة ما تمسكت به شركة (ك) من كونها اتفقت مع المستأنف عليها على إسناد الاختصاص في النزاعات التي قد تنشأ بينهما حول الباخرة المسماة « وادي الذهب إلى غرفة التحكيم الدولية ، حسب قواعد التجارة الدولية بمقتضى الرسالة الالكترونية المؤرخة في 2012/05/16 ، التي تبث من خلال تقرير الخبرة الالكترونية المنجزة من طرف الخبير مصطفى فكار المدلى بها من طرف الطاعنة أنها - أي الرسالة - صادرة عن المستأنف عليها التي لم تتبث بمقبول خلاف ما ورد بتقرير الخبرة ، ولم تدحضه بأي حجة أخرى تؤيد ادعاءاتها القائلة بأنها فعلا غير صادرة عنها ولما كان الثابت أن شرط التحكيم الوارد بالرسالة الالكترونية المؤرخة في 2012/5/16 نص على إحالة كل ما ينشأ عنه من نزاع إلى هيئة التحكيم بلندن، وكان المشرع قد اقر الاتفاق على إجراء التحكيم في الخارج، ولم ير في ذلك ما يمس النظام العام..... » ، تكون قد اعتبرت أن اتفاق التحكيم يمكن إثباته بجميع وسائل الاتصال التي تعد بمثابة اتفاق تثبت وجوده، وطبقت صحيح أحكام الفقرة الثانية من الفصل من ق م م 313 الناصة على أنه .... يعتبر اتفاق التحكيم مبرما كتابة إذا ورد في وثيقة موقعة من الأطراف أو في رسائل متبادلة أو اتصال بالتلكس أو برقيات أو أية وسيلة أخرى من وسائل الاتصال والتي تعد بمثابة الاتفاق تثبت وجوده أو حتى بتبادل مذكرات الطلب أو الدفاع التي يدعي فيها أحد الطرفين بوجود اتفاق تحكيم دون أن ينازعه الطرف الآخر في ذلك. واستبعدت ضمينا جميع الدفوع المثارة بشأن التوقيع الإلكتروني المؤمن وتبادل المعطيات القانونية ونظام تسليم شهادة المطابقة المتعلقة بإبرام العقد كتابة بالشكل الإلكتروني أو الموجه بطريقة الكترونية التي هي إحدى وسائل الإثبات المنصوص عليها في الفصل المذكور، دون باقي وسائل الاتصال الأخرى، ولم يكن من شأن ما أثير من أن الرسالة الاليكترونية السالفة الذكر لم تحدد كيفية توزيع أتعاب المحكمين الحؤول دون الأخذ بها، ما دام أن عدم تحديد الأتعاب المذكورة لا يعد سببا مبطلا لشرط أو عقد التحكيم، أما ما وقع التمسك به من عدم تضمينها تعيين المحكمين وكيفية تشكيل الهيئة التحكيمية فهو نعي مخالف للواقع، إذ أن الرسالة المتحدث عنها حددت الهيئة التحكيمية المعنية في غرفة التجارة الدولية، وبذلك لم يخرق القرار أي مقتضى والوسيلة على غير أساس فيما عدا ما هو مخالف للواقع فهو غير مقبول.

#### في شأن الوسيلة الثانية:

حيث تنعى الطاعنة على القرار عدم الارتكاز على أساس وانعدام التعليل، بدعوى أنها دفعت بكون الرسالة الالكترونية المحتج بها من جهة ولئن تضمنت الإشارة إلى غرفة التحكيم الدولية دون تحديد أي غرفة بالضبط، فإنها لم تتضمن الإشارة إلى موضوع النزاع، ومن ثم تكون باطلة حسب الفصلين 315 و 317 من ق م م ، ومن جهة أخرى لم تتضمن ما يفيد أنها صادرة عن الطالبة في شخص ممثلها القانوني أو ممن له الصفة للالتزام باسمها، غير أن المحكمة لم ترد، مما ينبغي نقض قرارها.

لكن وخلافا لما ورد بالوسيلة ، فالمحكمة مصدرة القرار المطعون فيه لم تغفل الجواب على ما أثارته الطالبة أمامها من خرق الفصلين 315 و 317 من ق م م و إنما ردت ذلك بتعليل غير منتقد جاء فيه « أن المستأنف عليها ركزت في جوابها على أن الرسالة الالكترونية المتضمنة لشرط التحكيم المحتج بها، فضلا عن كونها غير صادرة عنها، فإنها لا تتوفر فيها الشروط المنصوص عليها في الفصلين 315 و 317 من ق م م ، مما يجعلها عديمة الأثر، وأنه خلافا لطروحات الطاعنة، المرتكزة على الادعاء بمخالفة المادة 8 من قانون المحاكم التجارية، فإن هذا النعي ينصرف في الواقع إلى الدفع بعدم الاختصاص النوعي، والحال أن الأمر في النازلة يتعلق بالدفع بشرط التحكيم الذي يعتبر من قبيل الدفوع بعدم قبول الطلب التي يجب إثارتها قبل كل دفع أو دفاع حسب الفصل 327 من ق م م ، الذي ينص على انه عندما يعرض نزاع مطروح أمام هيئة تحكيمية عملا باتفاق التحكيم على نظر إحدى المحاكم، وجب على هذه الأخيرة إذا دفع المدعى عليه بذلك قبل الدخول في جوهر النزاع أن تصرح بعدم القبول إلى حين استنفاد مسطرة التحكيم أو إبطال اتفاق التحكيم وإذا كان النزاع لم يعرض بعد على الهيئة التحكيمية وجب كذلك على المحكمة بطلب من المدعى عليه أن تصرح بعدم القبول ما لم يكن بطلان اتفاق التحكيم واضحا. » فتكون بذلك الوسيلة خلاف الواقع غير مقبولة.

#### 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 مترتبة من رئيس الغرفة السيد عبد الاله حنين رئيسا والمستشارين السادة : بوشعيب متعبد مقرأ وسعاد الفرحاوي ومحمد القادري وخديجة العزوزي الادريسي أعضاء وبمحضر المحامي العام السيد رشيد بناني وبمساعدة كاتبة الضبط السيدة مونية زيدون.