Validité de la clause compromissoire : L’absence de consentement formel à l’arbitrage dans les échanges de correspondances fait obstacle à l’exequatur de la sentence arbitrale (Cass. com. 2007)

Identification			
Ref 22098	**Juridiction** Cour de cassation	**Pays/Ville** Maroc / Rabat	**N° de décision** 291
Date de décision 07/03/2007	**N° de dossier** 2004/1/3/19	**Type de décision** Arrêt	**Chambre** Commerciale

Abstract	
Thème Convention d'arbitrage, Arbitrage	**Mots clés** تحكيم, Arbitrage international, Cassation, Clause compromissoire, Consentement à l'arbitrage, Convention d'arbitrage, Convention de new York, Arbitrage, Échange de fax, Exigence de l'écrit, Interprétation stricte, Refus de l'acceptation tacite, Sentence arbitrale, Silence, Vente internationale, Exequatur, Acceptation expresse
Base légale Article(s) : 25 - Dahir du 12 septembre 1913 formant Code des obligations et des contrats (D.O.C) Article(s) : 2 - Convention de New York pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères (1958) Article(s) : 307 - 309 - Dahir portant loi n° 1-74-447 du 11 ramadan 1394 (28 septembre 1974) approuvant le texte du code de procédure civile	**Source** Revue : مجلة قضاء محكمة النقض | N° : 68 | Année : 2012 | Page : 266

Résumé en français

En matière d'arbitrage international, la validité de la clause compromissoire est subordonnée à un consentement écrit et explicite des parties. La Cour Suprême (actuelle Cour de Cassation) a été amenée à se prononcer sur la question de savoir si l'absence de refus explicite d'une clause d'arbitrage, insérée dans une proposition contractuelle par fax et s'inscrivant dans des relations d'affaires antérieures, pouvait valoir acceptation de ladite clause, notamment au regard de l'article 25 du Dahir des obligations et contrats (D.O.C.).

La Haute Juridiction censure l'arrêt d'appel qui avait admis l'existence d'une convention d'arbitrage par application de l'article 25 du D.O.C. (silence valant acceptation en cas de relations antérieures). Elle rappelle que l'arbitrage, dérogeant à la compétence des juridictions étatiques, est d'interprétation stricte. Par conséquent, l'accord des parties pour y recourir doit être *explicite* et constaté par écrit, conformément aux exigences des articles 307 et 309 du Code de procédure civile et de l'article II de la Convention de New York.

La Cour juge ainsi que le mécanisme de l'acceptation tacite prévu par l'article 25 du D.O.C. ne saurait s'appliquer à la convention d'arbitrage, laquelle exige une manifestation de volonté *expresse*. En l'absence de preuve d'une acceptation claire et non équivoque de la clause compromissoire par la partie demanderesse au pourvoi, la Cour d'appel a violé la loi en conférant l'exequatur à une sentence fondée sur une convention d'arbitrage inexistante. L'arrêt est donc cassé et l'affaire renvoyée.

Résumé en arabe

تحكيم دولي – تذييل مقرر بالصيغة التنفيذية – اتفاق على التحكيم (نعم) – تحريف و تأويل المستندات (لا).

الاتفاق على التحكيم يعد استثناء، و الاستثناء بطبيعته يؤول بشكل ضيق.

لا مبرر للاستدلال في المادة التحكيمية بالفصل 25 من قانون الالتزامات و العقود الذي ينص على ان السكوت عن الرد يعتبر بمثابة القبول ان تعلق الإيجاب بمعاملات سابقة بذأت فعلا بين الطرفين لان اختيار التحكيم لفض النزاع حول صيغة بيع حمولة القمح الكندي لا يمكن اللجوء إليه إلا إذا كان هناك شرط تحكيمي او اتفاق على التحكيم حرر بشكل معبر عن إرادة الطرفين، من خلال عقد مكتوب او خطابات متبادلة كما يقضي بذلك الفصلان 307 و 309 من قانون المسطرة المدنية و المادة الثانية من اتفاقية نيويورك بشأن الاعتراف بالمقررات التحكيمية، في حين لا يوجد من بين الفاكسات المتبادلة ما يتضمن موافقة الطاعنة على اختيار التحكيم. و يكون القرار القاضي بتذييل المقرر التحكيمي الصادر عن جمعية تجارة الحبوب و المواد الغذائية « كافتا » قد حرف مضمون مستندات بشكل أدى إلى خرق القانون مما عرضه للنقض.

Texte intégral

القرار عدد 291، الصادر بغرفتين بتاريخ 7/3/2007، في الملف التجاري عدد 193/1/2004

باسم جلالة الملك

ان المجلس الأعلى

و بعد المداولة طبقا للقانون.

حيث يستفاد من وثائق الملف و من القرار المطعون فيه الصادر في محكمة الاستئناف التجارية بالدار البيضاء تحت عدد 3303 بتاريخ 02/12/02 في الملف عدد 1769/01/14 انه بتاريخ 16/12/97 تم الاتفاق بين الطالبة شركة (ج.ب.) و المطلوبة شركة (ل.)، على ان تبيع الثانية للأولى كمية من القمح الكندي قدرها 30.000 طن، مع زيادة او نقصان بنسبة 5 % بثمن قدره 260 دولارا أمريكيا للطن الواحد خالص الكلفة و الشحن خارج الدار البيضاء، و انه بتاريخ 09/01/98 أرسلت البائعة للمشترية فاكسا تصادق بموجبه على العقد من

اجل شحن حوالي 25.000 و 30.000 طن مع زيادة او نقصان 5 % من القمح الكندي الصلب او نوع آخر افضل منه بثمن يصل إلى 252.26 دولارا أمريكيا للطن الواحد، و ذلك على أساس أحكام نموذجي » كافتا » رقم 36 و 37 بما في ذلك أحكام تحكيم كافتا رقم 125، و بعد عدة مراسلات التجأت البائعة للتحكيم لدى جمعية تجارة الحبوب والمواد الغذائية (ج.ت.ح.و.م.غ. ك.) التي أصدرت بتاريخ 03/06/99 قرارها عدد 12386 القاضي بان يؤدي الطرف المشتري للطرف البائع مبلغ 736000 دولار أمريكي مع الفوائد بسعر 7 %، أيد من طرف هيأة التحكيم الاستئنافية، و بمقال مؤدى عنه بتاريخ 16/3/01 تقدمت به البائعة لرئيس تجارية البيضاء التمست فيه تذييل المقرر التحكيمي بالصيغة التنفيذية، فصدر الأمر وفق الطلب بعلة انه وجيه و معلل، أيد بمقتضى القرار المطعون فيه.

في شأن الفرع الثاني للسبب الثالث،

حيث تنعى الطاعنة على القرار تحريف الوثائق و السندات و نقصان التعليل الوزاري لانعدامه ذلك ان المحكمة اعتمدت في تعليل قرارها على الفاكس المذكور المؤرخ في 06/03/98، إلا انه و بغض النظر عن ان هذه الوثيقة غير صادرة عن الطالبة و تتعلق بالعراقيل التي اعترضت تفريغ و بيع الحمولة و عدم الاستعداد لتسلمها، فإنها لا يمكن ان تشكل قبولا للصفقة و لا للشرط التحكيمي بالمعنى الدقيق للكلمة، إذ ان عبارة « عدم الاستعداد لتسليم الحمولة » تدل على رفض عقد أية صفقة و بالتبعية رفض أي شرط تحكيمي، أما باقي إفادتها فلا تفهم إلا كإيجاب جديد معدل للإيجاب المضمن بالفاكس المؤرخ في 09/01/98، أما الفصل 27 من ق.ل.ع المصرح بان الرد المعلق على شرط او المتضمن لقيد يعتبر بمثابة رفض للإيجاب و يتضمن إيجابا جديدا فبالنسبة للنازلة فان العرض الجديد الموجه للسيد جاكوب (ب.) و ليس للطالبة المخفض لسعر الطن، عقب عليه بفاكس آخر يفيد الرفض صراحة، أي انه ليس هناك أية صفقة تمت، و بالتالي لا يوجد أي اتفاق على الشرط التحكيمي، غير ان المحكمة أتت بتأويل غير ملائم لمضمون المستند أثر في القرار المطعون فيه، مما يجعله ناقص التعليل موازيا لانعدامه.

حيث أوضحت الطالبة بموجب مقالها الاستئنافي، بأنه لا وجود لأية علاقة تعاقدية، و بالتالي لا وجود لأي شرط تحكيمي او اتفاق على التحكيم، مما يبقى معه تذييل المقرر التحكيمي بالصيغة التنفيذية على غير أساس، و أضافت بمقتضى مذكرتها بجلسة 01/10/01، بأنه لم يصدر عنها أي جواب او تصرف يرقى لمستوى التعاقد، و ان كانت لم تتعاقد أصلا، فان هيأة **كافتا** للتحكيم ليست لها الصلاحية و لا المشروعية للبت في النزاع، لأنه لا يمكن قبول التحكيم ان لم تقع عليه الموافقة كتابة باعتبار ان الكتابة تعد شرطا أساسيا لانعقاد العقد حسب الفصل 307 من ق.م.م، مما يبقى معه عنصر الرضائية للجوء للتحكيم غائبا، أما الفصل 25 من ق.ل.ع فلم تبين المطلوبة كيف ان جواب الطاعنة غير مطلوب، و أضافت في مذكرتها بجلسة 29/10/01، بأنها دفعت أمام الهيأة التحكيمية بعدم اختصاصها ابتدائيا و استئنافيا، غير أنها قالت باختصاصها بناء على تخمينات و ليس على أساس اليقين، تمسكت بموجب مذكرتها بجلسة 03/12/01 بان اتفاقية نيويورك تشترط صراحة في مادتها الثانية ان يكون الاتفاق على اللجوء للتحكيم مكتوبا و موقعا عليه، او ان تتضمنه الخطابات المتبادلة او البرقيات، التمست لكل ما ذكر إلغاء الصيغة التنفيذية المأمور بها ابتدائيا، فردت المحكمة مصدرة القرار المطعون فيه ذلك « بأن المستأنفة تعتمد شرط تحكيمي منبثق عن إدارة الطرفين، في حين تعتمد المستأنف عليها في وجود التحكيم على الفاكس المؤرخ يوم 09/01/1998 الذي لم تنكر المستأنفة توصلها به، وإن كانت الكتابة شرطا في عقد التحكيم، فانه لا يشترط فيها شكلا معينا، و يكفي لانعقاده تبادل الطرفين للكتابات و المراسلات و الفصل الثاني من اتفاقية نيويورك يجيز ذلك، و الثابت من أوراق الملف ان الفاكس الذي حمل شرط التحكيم لدى **كافتا** كان بتاريخ 09/01/98، كما ان المستأنف عليها أرسلت بتاريخ 26/02/98 فاكسا تاكيديا، و ان الكل ظل بدون جواب لغاية 06/03/98، لما أرسلت المستأنفة رسالة بواسطة الفاكس أوضحت فيه العراقيل التي تعترض تفريغ و بيع الحمولة، بسبب انعدام مكان الخزن و ظروف السوق و عبرت عن عدم استعدادها لتسلم الحمولة، و بعد إنجاز المستأنفة فاكسا مؤرخا في 11/03/98 أخبرت بموجبه أنها ترفض و تنكر وجود الاتفاق على الصفقة و شروطها طبقا للفاكس المؤرخ في 09/01/98، و ان كل ذلك يفيد وجود تبادل مراسلات تهم الصفقة موضوع الفاكس المؤرخ في 09/01/98، و ان رسالة الفاكس المؤرخ في 06/03/98 التي تبدي فيها المستأنفة العراقيل التي تعرضت لها كانت قبل الفاكس المؤرخ يوم 11/03/98 الذي صرحت فيه بالرفض لها، و بالإضافة لذلك فانه من الثابت حسب كتابات المستأنفة ذاتها ان لها عدة معاملات سابقة مع المستأنف عليها في نفس المضمار و انه في العرف المتعامل بشأنه، تنجز العقد بعد الإعلام بالصفقة لتأكيده، و في هذه الصفقة التي لا تنكر توصلها بالفاكس المتعلق بها، أو ترد أو تطالب

بالعقد داخل المدة المعقولة إلى حين شروع المستأنف عليها في التنفيذ، أما الفصل 25 من ق.ل.ع فهو ينص على ان السكوت عن الرد يعتبر بمثابة القبول إن تعلق الإيجاب بمعاملات سابقة بدأت فعلا بين الطرفين كما في نازلة الحال، و انه من خلال كل ذلك يتجلى ان المنازعة في وجود الاتفاق على التحكيم تبقى غير مرتكزة على أساس و يلزم ردها » في حين ان الاتفاق على التحكيم يعد استثناء و الاستثناء بطبيعته يؤول بشكل ضيق، أي انه لا يمكن اللجوء للتحكيم إلا إذا كان هناك شرط تحكيمي او اتفاق على التحكيم حرر بشكل معبر عن إرادة الطرفين، من خلال عقد مكتوب او خطابات متبادلة كما يقضي بذلك الفصلان 307 و 309 من ق.م.م و المادة الثانية من اتفاقية نيويورك بشأن الاعتراف بالمقررات التحكيمية و تنفيذها، و بالرجوع للفاكسات المتبادلة بين الطرفين، لا يوجد من بينها ما يتضمن موافقة الطالبة على اختيار التحكيم لفض أي نزاع قد ينشب بينها و بين المطلوبة بخصوص موضوع الصفقة، أما الفصل 25 من ق.ل.ع فلا مبرر للاستدلال به في المادة التحكيمية، نظرا لما سبق إيضاحه من وجوب التعبير الصريح على الاتفاق على التحكيم، فتكون بذلك المحكمة بتعليلها المذكور قد حرفت مضمون مستندات بشكل أَدَّى لخرق القانون السالف مناقشته و عرضت قرارها للنقض.

و حيث ان حسن سير العدالة و مصلحة الطرفين يقتضيان إحالة الملف على نفس المحكمة.

لهذه الأسباب

قضى المجلس الأعلى بنفض القرار المطعون فيه و إحالة القضية على نفس المحكمة للبت فيه من جديد طبقا للقانون و هي متركبة من هيأة أخرى، و بتحميل المطلوبة في النقض الصائر.

كما قرر إثبات حكمه هذا بسجلات المحكمة المذكورة اثر الحكم المطعون فيه او بطرته.

و به صدر القرار و تلي بالجلسة العلنية المنعقدة بالتاريخ المذكور أعلاه بقاعة الجلسات العادية بالمجلس الأعلى بالرباط، و كانت الهيئة الحاكمة متركبة من السيدة الباتول الناصري رئيسا و السيد نور الدين لوباريس رئيس القسم المدني الثاني و المستشارين السادة: عبد الرحمان المصباحي مقررا، زبيدة تكلانتي، الطاهرة سليم، عبد السلام الوهابي، سعيدة بنموسى، صفية المزوري، مليكة بامي، الكبير التباع أعضاء، و بمحضر المحامي العام السيد العربي مريد،

و بمساعدة كاتبة الضبط السيدة فتيحة موجب.