Identification			
	Juridiction Cour d'appel de commerce	**Pays/Ville** Maroc / Casablanca	**N° de décision** 2392
Date de décision 20240506	**N° de dossier** 2024/8238/1517	**Type de décision** Arrêt	**Chambre**

Abstract	
Thème Convention d'arbitrage, Arbitrage	**Mots clés** Transport maritime, Règles de Hambourg, Irrecevabilité de l'action, Exception d'arbitrage, Convention d'arbitrage, Contrat d'adhésion, Connaissement, Compétence-compétence, Clause compromissoire, Assureur subrogé, Arbitrage international
Base légale	**Source** Non publiée

Résumé en français

La question soumise à la cour d'appel de commerce portait sur l'opposabilité et la validité d'une clause compromissoire insérée dans un connaissement. Le tribunal de commerce avait déclaré l'action en responsabilité du transporteur irrecevable, faute pour l'assureur subrogé dans les droits du destinataire d'avoir préalablement saisi la juridiction arbitrale désignée au contrat. L'appelant soutenait la nullité de la clause, d'une part au motif qu'elle contrevenait aux dispositions d'ordre public de la Convention de Hambourg en imposant un droit étranger, et d'autre part en ce qu'elle constituait une clause d'adhésion abusive créant un obstacle financier à l'accès à la justice. La cour d'appel de commerce écarte ces moyens en retenant que l'assureur, subrogé dans les droits du destinataire, est tenu par l'ensemble des stipulations du connaissement, y compris la clause compromissoire. Elle rappelle que l'appréciation de la validité d'une clause d'arbitrage international et du droit applicable au fond relève de la compétence de la juridiction arbitrale elle-même. La cour précise en outre que la non-conformité d'une stipulation de la clause avec la Convention de Hambourg, notamment sur le droit applicable, n'entraîne pas la nullité de la clause compromissoire dans son ensemble mais seulement de la stipulation litigieuse. Enfin, l'argument tiré du coût prohibitif de la procédure arbitrale est jugé insuffisant pour écarter l'application d'une clause librement convenue entre professionnels. Le jugement de première instance est par conséquent confirmé en ce qu'il a déclaré la demande irrecevable.

Texte intégral

وبعد المداولة طبقا للقانون.

حيث تقدمت الطاعنات بواسطة نائبهن بمقال مسجل ومؤدى عنه بتاريخ 21/02/2024 تستأنفن بمقتضاه الحكم الصادر عن المحكمة التجارية بالدار البيضاء بتاريخ 11/12/2023 تحت عدد 11706 ملف عدد 8667/8234/2023 الذي قضى في الشكل بعدم قبول الدعوى و تحميل رافعها الصائر .

في الشكل:

وحيث قدم الاستئناف وفق صيغه القانونية صفة و أجلا و أداء فهو مقبول شكلا .

في الموضوع :

حيث يستفاد من وقائع النازلة ووثائقها و الحكم المطعون فيه أن المدعيات تقدمن بواسطة نائبهن بمقال مسجل و مؤدى عنه تعرضن خلاله أنها أمنت بمقتضى بوليصة التأمين رقم 180 بضاعة متكونة من 10.999,528 طن من مادة الذرة في ملك مؤمنتها [شركة ع.س.] ، و قد نقلت على متن الباخرة "[ب.ج.]" و ذلك من ميناء لويزيانا الى ميناء الدار البيضاء . و أنه و بعد افراغ البضاعة لوحظ بها خصاص قدره 126.888 طن . و التمست الحكم لها بصفة مؤقتة مبلغ 20.000,00 درهم مع الفوائد القانونية و الصائر و شمول الحكم بالنفاذ المعجل .

و بناء على مذكرة مطالب إضافية مرفقة بوثائق أدلى من خلالها نائب الجهة المدعية بشهادة التأمين و فاتورتين وسندات شحن و فواتير و تقرير مراقبة و شواهد وزن و وصل الحلول و رسائل احتجاج . ملتمسا الحكم على المدعى عليه بأدائه للمدعية مبلغ 318.465,74 درهم المذكور مع الفوائد القانونية و تحميل المدعى عليه الصائر و شمول الحكم بالنفاذ المعجل .

و بناء على مذكرة جوابية للمدعى عليه الأول عرض فيها بواسطة نائبه أساسا أن الشروط العامة المضمنة بظهر سندات الشحن تتضمن في البند 08 شرطا بإحالة أي نزاع قد ينشأ بمناسبة عقد النقل الحبري على التحكيم. موضحة أنه يحوز الاتفاق بين الأطراف على مسطرة التحكيم و الوساطة طبق الفقرة الأخيرة من المادة 05 من قانون احداث المحكمة التجارية الذي يحيل على التحكيم وفق الفصول 306 الى 70-327 من قانون المسطرة المدنية فان عدم اللجوء الى التحكيم قبل اللجوء الى القضاء يجعل الدعوى غير مقبولة شكلا . كما أن العمل القضائي للمحكمة التجارية بالدار البيضاء و كذا محكمة الاستئناف التجارية بها درج على الأخذ بهذا الشرط .

و بناء على مذكرة جوابية مع مقال رام الى التدخل الارادي في الدعوى مدلى به من طرف المدعى عليها الثانية و [شركة أ.ت.م.] ، سجلت من خلاله تدخلها في الدعوى و احلالها محل مؤمنتها في الأداء متبنية دفوع [شركة ا.م.] .

و بناء على مذكرة تعقيبية للجهة المدعية عرضت من خلالها بواسطة نائبها بخصوص شرط التحكيم ، أن مشارطة الايجار التي يحيل عليها سند الشحن غير مدلى بها من طرف الربان ، الذي لم يثبت توجيهها لمؤمنتها و علمها بها . و أن هذا الشرط الوارد بمشارطة الايجار يسري فقط في العلاقة بين المؤجر و المستأجر و لا يمكن أن يسري في مواجهة المرسل اليه حامل سند الشحن . و بالتاي في مواجتها باعتبارها حلت محله لأنها و المرسل اليه يعتبران أجنبيين عن مشارطة الايجار و لا يمكن الاحتجاج به ضدهما طبقا لمبدأ سبية

العقد. و أضافت أن الإحالة على شرط التحكيم يجب أن تكون صريحة طبق ما نصت عليه المادة 22 من اتفاقية هامبورغ ، و هو ما أكدته محكمة النقض في قرارها عدد 1379 بتاريخ 30/09/2009 في الملف التجاري عدد 238/3/1/2009 . و من حيث بطلان الشرط أكدت الجهة المدعية ، أن المرسل اليه لم يطن طرفا في السند و لم يفاوض بشأن ادراجه من عدمه أو اختيار دولية معينة أو قانون معين أو هيئة معينة . وبالتالي فهي يشكل عقد اذعان بالنسبة لها. وأكدت في الأخير أن اللجوء الى التحكيم يفرض عليها تحمل تكاليف باهظة من قبيل تعيين محام انجليزي وتحمل أتعابه وتحمل مصاريف الخبرة و غيرها من المصاريف المرتبطة باعمال هذه المسطرة .وأرفق المذكرة صور لقرارات قضائية .

و بناء على باقي الدفوع المدلى بها من طرف جميع الأطراف في مذكراتهم .

وبعد تمام الإجراءات المسطرية صدر الحكم المطعون فيه فاستأنفته الطاعنات مستندة على أنه بخصوص السبب الأول من حيث بطلان شرط التحكيم لخرقه مقتضيات الفقرة 4 من المادة 22 من اتفاقية هامبورغ فإن محكمة الدرجة الأولى أساءت التعليل وخرقت القانون ولم تجب على ما تمسكت به الطاعنة في هذا الإطار حين اعتبرت شرط التحكيم صحيحا رغم خرقه الواضح لمقتضيات الفقرة 4 من المادة 22 اتفاقية هامبورغ، واعتبرت أن على المحكمين في حالة نتج نزاع عن وثيقة الشحن هاته فالقانون الواجب التطبيق هو القانون الأمريكي وليس اتفاقية هامبورغ ذلك أنه بالرجوع إلى هذه المادة يتضح إنها تنص على أنه : 4. يطبق المحكم أو هيئة المحكمين قواعد هذه الاتفاقي 5. تعتبر أحكام الفقرتين 3 و 4 من هذه المادة جزءا من كل شرط تحكيم أو اتفاق تحكيم ، ويعتبر باطلا ولاغيا أي نص هذا الشرط أو الاتفاق يكون متعارضا مع هذه الأحكام أي ان المحكم او هيئة التحكيم تطبق لزوما قواعد هذه الاتفاقية، وكلما تضمن شرط التحكيم إلزام المحكم او هيئة التحكيم بتطبيق قانون اخر غير قواعد هذه الاتفاقية فان هذا الشرط التحكيمي يصبح باطلا ولاغيا وانه في نازلة الحال فانه بالرجوع الى سند الشحن يتضح ان شرط التحكيم الزم المحكمين بتطبيق القانون الامريكي مما يجعل هذا الشرط باطلا أي ان القانون الواجب التطبيق حسب مدلول هذه الاتفاقية هو جزء من شرط التحكيم أي انه كلما تم فرض قانون آخر غير قواعد هذه الاتفاقية اصبح الشرط هذا باطلا ولاغيا مع الاخذ بعين الاعتبار ان هذه الاحكام تعتبر من النظام العام لا يمكن لاطراف العقد الاتفاق على مخالفتها وأن هذا التوجه تبنته محكمة النقض في قرار حديث عندما قضت بنقض قرار محكمة الاستئناف التجارية بالدار البيضاء لم يرد على ما تمسكت به الطاعنة بخصوص القانون الواجب التطبيق وبخصوص السبب الثاني من حيث بطلان شرط التحكيم باعتباره شرط إذعان ويتسم بالتعسف ويشكل مانعا لاستيفاء الحق فإن محكمة الدرجة الأولى أساءت التعليل وخرقت القانون عندما استندت على الفصل 230 من قانون الالتزامات والعقود، دون ان تبحث في صحة شرط التحكيم ومدى قبول مؤمنة الطاعنات لشرط التحكيم وعدم رضاها عنه وأن ما ذهبت اليه محكمة الدرجة الأولى بعيدا عن الصواب بناء على الأوجه التالية ومن حيث كون شرط التحكيم بمثابة عقد ادعان فان التعليل الذي ساقته المحكمة كان سيكون ذي جدوى في حالة ما إذا ورد شرط التحكيم في أنواع اخرى من العقود التجارية وليس في هذا النوع من العقود المتعلقة بالنقل البحري على اعتبار أن عقود نقل البضائع عن طريق البحر يتم إبرامها بين الناقل البحري والشاحن ويتم توجيهها مع البضاعة إلى المرسل إليه الذي يؤشر عليها في ميناء الوصول من اجل تسلم البضاعة، أي إن المرسل إليه لا دخل له بالشروط التعسفية المضمنة بهذه السندات كشرط التحكيم الذي لم يفاوض بشأن إدراجه من عدمه أو إختيار دولة معينة أو قانون معين أو هيئة معينة ، فكل هذه المعطيات في شرط التحكيم المرهق التعسفي لم تكن محل نقاش أو مساومة أو تفاوض من جانبه، فهي تدخل في إطار الشروط العامة النموذجية أو عقود الإذعان وبالتالي يعتبر شرط التحكيم الوارد فيها شرطا غير عادل لأنه من حجة لم يكن محل نقاش ومن جهة أخرى لان طرفي العقد الناقل والمرسل إليه ليسا في نفس القوة والدرجة مما يشكل إخلالا بالتوازن العقد ذلك إن سندات الشحن تصدر عادة عن ناقلين وبمباركة من الشاحنين ينتمون إلى دول الشحن المصدرة للبضائع والتي تملك البواخر وتفرض شروط هذه السندات قصرا وجبرا على أطراف تنتمي إلى الدول المستوردة لا تملك ، بواخر لنقل بضائعها، ويتضح هذا الأمر فيما يخص فرض اللجوء إلى التحكيم دون القضاء الوطني وفرض القانون الواجب التطبيق على المحكمين وفرض مكان انعقاد التحكيم ولغة التحكيم وفرض المحكمين وهيئات التحكيم التي تنتمي عادة إلى هذه الدول المتحكمة في التجارة الدولية دون هيئات تحكيم وطنية في إطار خرق مبدأ سوء النية وفرض لغة تحرير سندات الشحن وأن هذا الأمر سيشكل عائقا ومانعا وحائلا أمام استيفاء الطاعنات لحقوقهن سواه أمام القضاء الذي يقضي بعدم القبول كلما تم التمسك أمامه بشرط التحكيم أو أمام التحكيم الدولي الذي يتطلب مصاريف باهظة ستتجاوز مبلغ الخصومة وما يمكن أن يقضي به في المقرر التحكمي وأن القضاء الوطني ينبغي له التصدي لهدا الواقع

وحماية مصالح الشركات الوطنية أمام تغول وقوة الشركات الدولية والتصريح ببطلان شرط التحكيم في إطار هذه النوازل لكونه يتعارض مع مبادئ العدل والإنصاف، ويشكل شرطا تعسفيا وشرطا إذعان ومانعا لإستيفاء الحق وان القضاء الأجنبي الدولي له من السوابق في هذا المجال ما يمكن اعتماده نذكر على سبيل المثال : قرار محكمة النقض الكندية في قضية [شركة H.] ضد [شركة U.] في قرارها الصادر بتاريخ 26 يونيو 2020 في الملف عدد 38534 ذو المرجع عدد SCC 16 2020 وقضت المحكمة بقبول اعتراض [السيد (ه.)] على شرط التحكيم الذي يلزمه بإجراء التحكيم بهولندا للمطالبة بحقوقه في مواجهة شركة ايبر وخلصت المحكمة إن المحاكم الكندية تبقى بالبت في النزاع متى كان هناك احتمال محقق بان النزاع لن يتم تسويته نهائيا عن طريق التحكيم أمام المصاريف الباهظة للتحكيم التي خلقت عائقا أمام [السيد (ه.)] في الوصول إلى العدالة والتي من المحتمل أن تكون قيمتها اكبر من قيمة المبلغ الذي سيقضي به المقرر التحكيمي كما اعتبرت المحكمة إن شرط التحكيم شرط ادعان لأنه تمت صياغته من قبل الطرف القوي دون مساهمة الطرف الأخر ملخص القرار منشور للعموم بموقع محكمة النقض الكندية بالموقع الالكتروني https://www.scc-csc.ca/case-dossier/cb/2020/38534-fra.aspx وقرار محكمة النقض الفرنسية الغرفة التجارية بتاريخ 4 مارس 2003 اعتبرت انه:"من أجل نفاذ شرط التحكيم الوارد في سند الشحن على المرسل إليه، يجب أن يكون عالما به كما يجب أن يقبله بنفسه في وقت سابق على تسليم " وفرض عقود نموذجية معد سلفا تتضمن عدة شروط في ظهر هذه السندات لا يطلع عليها المرسل إليه إلا بعد وصول البضاعة إلى ميناء التفريغ وفرض عدة شروط في عقود النقل لا يمكن للطرف المرسل إليه التفاوض بشأنها أو تعديلها وإلا تم رفض تسليمه بضاعته وتحمله تبعات مالية كل هذه المعطيات التي تنطبق على نازلة الحال تبين كون عقد النقل بالنسبة للمرسل إليه هو عقد ادعان كما إن شرط التحكيم المضمن به هو شرط إذعان بدوره تم تضمينه دون رضا وموافقة المرسل إليه فهو بالتالي شرط باطل ومن حيث كون شرط التحكيم يشكل مانعا لاستيفاء الحق فإن القبول بشرط التحكيم على حالته وتطبيقه على جميع المنازعات التي قد تنشأ عن عقد النقل يعتبر أمرا غير مقبولا ، فادا كان الأمر مقبولا نوعا ما في حالة النزاعات المتعلقة بالاصطدام البحري والهلاك الكلي للبضاعة التي قد تتجاوز قيمتها ملايين الدراهم ، فان الأمر غير مقبول متى تعلق النزاع بالمطالبة بمبلغ لا يتجاوز لا يتجاوز 318.465,74 درهم كما في النازلة الحالية ، ذلك إن اللجوء إلى التحكيم في هذه الحالة وفق الشروط أعلاه يفرض على الطاعنات : تعيين محام أمريكي وتحمل أتعابه تعيين محكم من الهيئة المحددة في شرط التحكيم وتحمل أتعابه وتحمل مصاريف الخبرة علما إن النزاع يتعلق بعجز الطريق وتحمل أتعاب المحامي الأمريكي في حالة الرغبة في الطعن في المقرر التحكيمي أمام القضاء الأمريكي وسلوك ومختلف المساطر القضائية المرتبطة بالتحكيم وتحمل مصاريف التقاضي ومصاريف الصيغة التنفيذية ومصاريف التنفيذ وكلها مصاريف باهظة بالعملة الصعبة وستتجاوز بالكثير المبلغ المطالب به وأن الطاعنات بالنظر للأثر الناشر للاستئناف تمسكن ببطلان شرط التحكيم باعتباره شرط إذعان ويتسم بالتعسف ويشكل مانعا لاستيفاء الحق ويلتمسن إلغاء الحكم الابتدائي فيا قضى به من عدم قبول الطلب وبعد التصدي الحكم وفق مقالهن الافتتاحي للدعوى ، ملتمسة قبول الاستئناف شكلا وموضوعا أساسا إلغاء الحكم الابتدائي فيما قضى به من عدم قبول الطلب وبعد التصدي الحكم على المستأنف بأدائهم للطاعنات مبلغ 318,465,74 درهم والمفصل بالمقال الافتتاحي وكذا بمذكرة المطالب الإضافية مع الفوائد القانونية والصائر وتحميل المستانف عليم الصائر.

أرفق المقال ب: نسخة من الحكم المطعون فيه ونسخة قرار عدد 17 ونسخة مستخرج ملخص القرار من موقع محكمة النقض الكندية.

وبناء على المذكرة الجوابية المدلى بها من دفاع المستأنف عليه بجلسة 08/04/2024عرض فيها بخصوص شرط التحكيم عابت الجهة المستأنفة على الحكم المطعون فيه مجانبته للصواب لما قض بعدم قبول طلبها استنادا إلى تضمن سند الشحن لشرط تحكيم وأسست الجهة المستأنفة طعنها على ما زعمته من بطلان شر حكيم استنادا إلى سببين يتعلق الأول بخرق مقتضيات الفقرة 4 من المادة 22 من اتفاقية هامبورغ (أولا) ويتعلق السبب الثاني باعتبار شرط التحكيم شرط إذعان (ثانيا) بخصوص عدم خرق شرط التحكيم لمقتضيات الفقرة 4 من المادة 22 من اتفاقية هامبورغ زعمت الجهة المستأنفة بكون الحكم أساء التعليل وخرق القانون ولم يجب على دفعها ببطلان شرط التحكيم بعلة إشارته إلى تطبيق القانون الأمريكي بدلا من إتفاقية همبورغ معززة دفعها هذا بقرار محكمة النقض الصادر تحت عدد 17 بتاريخ 2021/01/14 في الملف عدد 2020/1/3/601 لكنه خلافا لما جاء الطعن فإن المحكمة التجارية عللت حكمها تعليلا سليما وأكدت أنه طبقا لمقتضيات الفصل 39-327 من قانون المسطرة المدنية المتعلق بالتحكيم الدولي فإن المشرع المغربي لم يخول محكمة الموضوع البث في بطلان شرط التحكيم وأشار إلى قرار صادر عن محكمة النقض يؤكد توجه محكمة النقض بشأن هذه النقطة

وأضاف الحكم أنه بصرف النظر عن هذا المقتضى فإن الفقرتان 3و 4 من المادة 22 من إتفاقية همبورغ أكدت بشكل صريح أن البطلان لا يطال شرط التحكيم وإنما المقتضى الذي يخالف إتفاقية همبورغ مع بقاء صحة شرط التحكيم أو إتفاقي التحكيم وأضاف الحكم أيضا مقتضيات المادة 23 من إتفاقية همبورغ التي أكدت أن أي شرط ورد في عقد النقل أو أية وثيقة مثبتة لعقد النقل وكان مخالفا لأحكام الإتفاقية يعتبر لاغيا وباطلا فى حدود مخالفته لها وبالرجوع إلى ة 2 من المادة 22 من اتفاقية هامبورغ مسك بها من قبل الجهة المستأنفة فهي تنص على ما يلي " اذا تضمنت مشارطة الايجار نصا احالة المنازعات الناشئة بموجبها التحكيم وصدر سند شحن استنادا مشارطة الايجار دون ان يتضمن ملاحظة خاصة تفيد أن هذا النص ملزم لحامل سند الشحن ، لا يجوز للناقل الاحتجاج بهذا النص تجاه حامل السند له بحسن نية" و بالرجوع إلى الفقرة الثالثة من المادة 313 من القانون 05-08 المتعلق بالتحكيم و الوساطة الاتفاقية فإنها تنص على ما يلي: "يعد في حكم اتفاق التحكيم المبرم كتابة كل إحالة في عقد مكتوب إلى أحكام عقد نموذجي أو اتفاقية دولية، أو إلى أي وثيقة أخرى تتضمن شرط تحكيم إذا كانت الإحالة واضحة في اعتبار ط جزءا من العقد" واستنادا إلى وثائق الملف فإنه سيتبين للمحكمة أن سند الشحن هو وفق النموذج NORTH AMERICAN GRAIN BILL OF LADING و بالتالي فهو عبارة عن عقد نموذجي ويمكن تعريف العقد النموذجي على أنه مجموع الشروط العامة التي استقرت في عادات وواقع التجارة الدولية، والمكتوبة في صيغ معدة سلفا والتي بلها المتعاملين بعد ضبطها لتتلاءم مع مقتضيات التعامل بينهم ولهذا فإنه يستحيل على أطراف النزاع الحالي و هم مهنيون محترفون أن يجهلوا بكون هذا النوع من سندات الشحن يتضمن الشرط التحكيم ومن جهة أخرى، فإنه بالرجوع إلى الفواتير فإنه سيتبين للمحكمة أن الشاحن هو من أدخل بنفسه مواصفات البضاعة في سند الشحن الذي يشير صدره إلى شروط النقل المتضمنة في ظهره و ذلك نيابة عن المرسل إليه و بالتالي فإن موافقة الشاحن على جميع الشروط الواردة في سند الشحن بما في ذلك شرط التحكيم، خصوصا يضع توقيعه على ظهر سند الشحن أيضا للمرسل إليه على جميع الشروط التي وافق عليها نائبه وان توقيع الشاحن في النازلة على سند الشحن يعني أنه كان على علم بوجود شرط التحكيم و مو وافقا عليه وبالرجوع إلى الفواتير المدلى بها في الملف، نجد أن التعاقد بين الشاحن نيابة عن المرسل إليه و الطاعن تم وفق شروط CFR وأن التعاقد وفقا لشرط CFR يجعل ثمن البيع شاملا للبضاعة والنقل COST AND FRET أجرة وأنه ما دام أن المشتري قبل هذا النوع من البيوع فإنه أعطى الإذن للشاحن أو البائع من أجل البحث والتعاقد مع الناقل على أن يقوم المشتري بإحتساب قيمة أجرة النقل في الثمن النهائي الذي سيؤديه لفائدة البائع وأنه بالرجوع إلى الفواتير المدلى بها في الملف ، فإن المرسل إليه المؤمن له قد أدى للشاحن ثمن النقل و هو بذلك ينيبه عنه في التعاقد مع الطاعن و بالتالي فإن شرط التحكيم يكون صحيحا ولا تشوبه شائبة بخصوص انصراف إرادة المتعاقدين ومن بعدهم شركات التأمين إلى اللجوء إلى مسطرة التحدّد ولهذا يكون شرط التحكيم ملزما للمرسل إليه و يكون الاحتكام إلى التحكيم في نازلة الحال واجب التنفيذ وتعزيزا لإلزامية مسطرة التحكيم في نازلة الحال نورد مقتطفا من بحث نهاية التمرين المنجز من قبل [الأستاذة دامية (ا.)] والذي جاء في الصفحة 44 منه ما يلي " وعموما، فالتراضي يعد ركنا في اتفاق التحكيم الذي لا يقوم هذا الأخير بدونا والطرف في اتفاق التحكيم، هو الشخص الذي يصدر الرضا عنه أي كل من أبرم العقد باسمه ولحسابه أو كل من اتجهت إرادته إلى الالتقاء بإرادة أخرى لاتخاذ يم بيلا لتسوية منازعاتهما، بعيدا عن قضاء الدولة، إلا ويتحقق بذلك التوافق بين الإرادتين على إحداث هذا الأثر القانوني المرغوب فيه و بخصوص الرضا في التحكيم، محكمة النقض الفرنسية بتاريخ: 17/10/1961 بأن : " قبول عقد بيع تجاري دون اعتراض من البائع على الشرط المتفق عليه عند قيام النزاع الناشئ عند تنفيذه، يوجب على الأطراف أن يخضعوا للتحكيم المتضمن قبولا لشرط التحكيم المذكور ، ويلتزم باتباعه ولهذا فإنه ما دام البيع قد تم وفق الشرط CFR فإن البائع قد تعاقد مع الطاعن باسم المرسل إليه و نيابة عنه فإن شرط التحكيم المضمن في سند الشحن ملزم للمرسل إليه واستنادا إلى الحلول فهو ملزم لشركات التأمين وانه لا حاجة للتذكير بمقتضيات الفقرة الاخيرة من المادة 5 من ظهير 2011/2/18 الذي أحدث المحاكم التجارية "يجوز للأطراف الاتفاق على عرض النزاعات المبينة أعلاه على مسطرة التحكيم و الوساطة وفق احكام الفصول من 306 إلى 327-70 من قانون المسطرة المدنية" وأن الفصل 327 من قانون المسطرة المدنية ينص على ما يلي "إذا 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 " ما دامت الجهة المستأنفة أصليا تستمد صفتها في الدعوى الحالية استنادا إلى سند الشحن و وصل الحلول فإنهما تواجه لهذا السبب بكل ما جاء في سند الشحن من التزامات وأن من الالتزامات المتعاقد عليها بين أطراف سند الشحن هو شرط التحكيم، وبالتالي فهو يسري على المؤمنات أيضا باعتبارها حلت محل المتعاقد معه في سند الشحن، وبالتالي فالمقتضيات التي تسري عليها هي الفصول 189 وما يليها من ق. ل. ع التي

تنظم آليات انتقال الالتزامات ومنها الحلول وأنه برجوع المحكمة إلى المقتضيات المذكورة ستقف على أن الفصل 193 من ق ل ع ينص على ما يلي: تكون حوالة الحق باطلة سواء تمت بعوض أو على سبيل التبرع، إذ لم يكن لها هدف إلا إبعاد المدين عن قضاته الطبيعيين وجره إلى محكمة وفق لما تقتضيه جنسية المحال له وأن أطراف سند الشحن ارتضوا إحالة أية منازعة طارئة بمناسبة تنفيذ عقد النقل البحري على التحكيم، وبالتالي فان المحال لها شركات التأمين ملزمة بهذا الشرط تحت طائلة إعمال الجزاء الوارد في الفصل 193 المذكور وأنه يكفي أن تقبل المؤمنات الأداء والحلول محل المؤمن لها لتكون قابلة بجميع الشروط الواردة في السند الأصلي للالتزام، ذلك أن الأداء لم يتم إلا بناء على سند الشحن على اعتبار أن ليس هناك عقد لبضاعة لا يعرف المؤمن حجمها وسندها، وهي البيانات التي يقدمها المؤمن له للمؤمن وأن أي تقصير في هذا الجانب تتحمل المؤمنات مسؤوليته، ولا يمكن أن يكون إهمالها سببا للتحلل من شروط سند الشحن وبمفهوم المخالفة، إذا ما اعتبرنا المؤمنات المستأنفات أصليا غيرا عن شرط التحكيم الوارد في سند الشحن، فالطاعن يعد غيرا عن وصل الحلول، الذي يعد عقدا انتقلت به الحقوق من المحيل إلى المحال له، وبالتالي فلا يوجد يربطه بالمستأنفات أصليا ذلك أن تطبيق هذه القاعدة سيجعل الدعوى الحالية تباشر من غير ذي صفة في مواجهة غير ذي صفة وأن قبول المؤمنات بتعويض المتعاقد معها الأصلية هو قبول بجميع الشروط التعاقدية المتفرعة عن العلاقة بين الطاعن وبين المتعاقد معها الأصلية وأنه من جهة أخرى، فالفصل 229 من ق ل ع ينص بالحرف على ما يلي: تنتج الالتزامات أثرها لا بين المتعاقدين فحسب، ولكن أيضا بين ورثتهما وخلفائهما ما لم يكن العكس مصرحا به او ناتجا عن طبيعة الالتزام أو عن القانون وأن الثابت قانونا أن الحلول هو شكل من أشكل انتقال الالتزام، وبالتالي فالجهة المستأنفة أصليا في واقع الأمر لها مركز قانوني باعتبارها " خلف خاص" وأن ترتيبا على ذلك، فإنها لا يتحوز صفة عن سند حن، وهو ما ذهب إليه الفقيه الدكتور "هشام المراكشي" في كتابه "الغير في القانون المغربي: دراسة في تحديد المركز القانوني للغير" الذي جاء فيه بهذا الخصوص ما يلي "الغير في الحوالة: تكون صفة الغيرية حاضرة بقوة في مجال الحوالة، سواء حوالة الدين أو الحق أو العقد، وتحضر بقوة في هاته الأخيرة إذ أن حوالة العقد يحول فيها طرف هذا العقد مركزه القانوني لأحد الأغيار، هذا الأخير الذي يصبح طرفا في العقد وبذلك يعوض الطرف الأصلي في هذا العقد " وأنه تعزيزا لهذا الدفع يدلي الطاعن بقرار صادر عن محكمة الاستئناف بباريس الصادر بتاريخ 2019/11/26 في الملف عدد 18/20873 بالإضافة إلى كل ما سبق وما دامت المستأنفات أصليا والمؤمن لها التي حلان محلها محترفات وعلى بينة بمختلف أنواع وثائق الشحن وعلى الشروط التي تتضمنها فإنه لا يخفى عليهم ما تتضمنه وثيقة الشحن CONGENBILL المعروفة بتضمنها الشرط التحكيم وما دام الأمر يتعلق بدعوى متعلقة بعقد تجاري و بين تجار و استنادا إلى مقتضيات الفصل 327 من قانون المسطرة المدنية، فإنه كان على محكمة الدرجة الأولى أن تصرح بعدم قبول الطلب ما دام اللجوء للتحكيم إلزامي خصوصا أن المستأنفة أصليا تتقاضى في الدعوى الحالية بناء على حلولها محل مؤمنتهما بالتالي تلزم باللجوء للتحكيم بدل التقدم بالدعوى الحالية امام المحكمة التجارية بالدار البيضاء وأن العمل القضائي دأب على القول بعدم قبول الدعاوى التي تقدم للمحكمة قبل سلوك مسطرة التحكيم وأنه تعزيزا لهذا الدفع يدلي الطاعن بقرار صادر عن محكمة الاستئناف التجارية بالدار البيضاء جاء تعليله كما يلي " حيث إنه من جملة ما تمسك به الطاعنان أن سند الشحن يتضمن شرط التحكيم مع الإحالة على مشارطة الإيجار وأنه تطبيقا لمقتضيات الفقرة الثانية من الفصل 327 من ق.م.م " إذا كان النزاع لم يعرض على الهيئة التحكيمية وجب كذلك على المحكمة بطلب من المدعى عليه أن تصرح بعدم القبول ما لم يكن بطلان اتفاق التحكيم واضحا " وأنه مادامت المستأنف عليها لم تلجأ إلى مسطرة التحكيم قبل اللجوء إلى القضاء فإنه ينبغي إلغاء الحكم المستأنف والحكم تصديا بعدم قبول الطلب وأنه بالاطلاع على وثيقة الشحن في ترجمتها للغة العربية يتبين أنها تشير إلى " أن جميع الشروط والأحكام والاستثناءات بما في ذلك على سبيل المثال لا وشرط التحكيم الواردة في مشارطة الإيجار مدرجة هنا وتشكل جزءا من العقد " وهو ما يتضح منه ان وثيقة الشحن تضمنت إحالة واضحة على شرط التحكيم المضمن في عقد إيجار السفينة واعتبرت عقد مشارطة الإيجار تشكل جزءا لا يتجزأ عن سند الشحن وبالتالي فإن الشرط الوارد بعقد النقل ملزما للمستأنف عليها مادام قد تم التنصيص عليه في صلب السند صر الإحالة على مشارطة الإيجار ويبقى معه السبب جديرا بالاعتبار و المادة 327 من ق.م.م يتعين إلغاء وعملا عملا بنص المستأنف والحكم من جديد بعدم قبول الطلب وأنه يليق تذكير الطاعنة أنه خلافا لما تعتقده فإن قرار محكمة النقض الذي أوردته في مقالها فإنه قضى بنقض قرار محكمة الإستئناف بدفع ببطلان شرط التحكيم لإشارته إلى تطبيق القانون الأمريكي إلا أن المحكمة لم ترد على هذا الدفع ولم تمكن محكمة النقض من بسط رقابتها ولم تقرر نقض القرار لكون محكمة النقض إعتبرت الشرط باطلا. وحيث إنه ما دام أن الجهة المستأنفة أصليا قد حلت محل حامل سند الشحن فإنها تواجه أيضا بشرط التحكيم وأن في غياب ما يفيد سلوك الجهة المستأنفة أصليا لمسطرة

التحكيم أو إعفاؤها منها أو بطلان هذا الشرط يكون ما قضت به محكمة الدرجة الأولى من قبول الطلب سابقا لأوانه و بالتالي يتعين إلغاء الحكم المطعون فيه و التصريح من جديد بعدم قبول الطلب و من ثم يكون استئناف الجهة المستأنفة بهذا الخصوص على غير أساس مما يتعين رده و الحكم وفق ملتمسات الطاعن المضمنة بمذكرته الجوابية وبخصوص الدفع المتعلق بما زعمته الجهة المستأنفة من كون شرط التحكيم المضمن بسند الشحن شرط إذعان زعمت الجهة المستأنفة أصليا بكون شرط التحكيم المضمن بسند الشحن شرطا تعسفيا لم يكن محل نقاش تفاوض و يدخل في خانة عقود الإذعان لتخلص إلى القول أن شرط التحكيم الوارد في سند الشحن شرطا غير عادل لأن طرفي العقد ليسا في نفس القوة والدرجة و يشكل إخلالا بتوازن العقد و يحول دون استيفائها لحقوقها وما دامت الجهة المستأنفة أصليا و المؤمن له الذي حللن محله شركة مهنية تشتغل في ميدان النقل البحري بالتأمين فإنها تعلم يقينا أن سند الشحن وفق نموذج NORTH AMERICAN GRAIN BILL OF LADING يتضمن شرطا تحكيم وأنه في هذا الإطار فإن الطاعن يشير إلى قرار 2018/12/19 و القاضي ، في نازلة قريبة من نازلة الحال، فض الطعن نازلة الحال، برفض الطعن بالنقض في قرار محكمة استئناف فرنسية بعلة سريان شرط التحكيم المضمن وثيقة التأمين على الضحايا في دعاواهم المباشرة من خلال العبارات التالية ولهذا يكون ما دفعت به الجهة المستأنفة من كون شرط التحكيم المضمن بسند الشحن شرط إذعان على غير أساس ما دام الشاحن الذي تستمد صفتها منه الدعوى الحالية هو عبارة شركة تجارية متعودة على التعاقد مع شركات أجنبية و بالتالي فإنها تواجه بكل ما جاء في سند الشحن بما في ذلك شرط التحكيم ولهذا يكون المقتطف من تعليل قرار محكمة تعليل قرار محكمة النقض الفرنسية المشار إليه من قبل الجهة المستأنفة غير جدير بالاعتبار استنادا إلى القرار أعلاه و إلى القرار مادر عن محكمة الاستئناف بباريس الصادر بتاريخ 2019/11/26 في الملف عدد 18/20873 و المشار إلى تعليله أعلاه و المدلى به رفقته ولكل ما سبق فإنه يمنع على المحكمة البت في النزاع المعروض عليها ما دام أن الطاعن قد دفع بوجود شرط تحكيم قبل الدخول في الجوهر و كل ذلك استنادا إلى مبدأ إقصاء القضاء عن النظر في النزاع المنصوص عليه في الفقرتين الثانية والثالثة من الفصل 327 من ق.م.م وطالما جرى الاتفاق على الاحتكام إلى مسطرة التحكيم لفض النزاعات الناشئة عن تطبيق العقد يكون لجوء الجهة المستأنفة إلى المحكمة قبل سلوك مسطرة التحكيم سابقا لأوانه ومن حيث باقي الدفوع يتمسك الطاعن بجميع الدفوع التي أوردها خلال المرحلة الابتدائية مع ما يترتب على ذلك ، ملتمسا أساسا عدم قبوله والتصريح برده و تأييد الحق برده وتأييد الحكم المستأنف فيما قضى به من عدم قبول الطلب في مواجهة الطاعن والصائر طبقا للقانون واحتياطيا الاشهاد للطاعن بتمسكه بجميع الدفوع التي تمسك بها ابتدائيا ورفض الطلب موضوعا .

أرفقت ب: القرار عدد 6361 وصورة من قرار محكمة الاستئناف بباريس .

وبناء على المذكرة الجوابية مع تأكيد التدخل الإرادي المدلى بها من دفاع [شركة ا.م.] بجلسة 08/04/2024 عرض فيها من حيث الجواب على المقال الإستئنافي أسست الطاعنة أوجه إستئنافها على بطلان شرط التحكيم وان الطاعنة وإن كانت ليست طرفا في العقد إلا ان مصلحتها تبقى قائمة في الدعوى الحالية وأن ما دفعت به المستانفة ومعها بخصوص بطلان شرط التحكيم يبقى متجاوزا وغير مرتكز على أي أساس قانوني أو واقعي سليم وأن محكمة الإستئناف قد استقرت في جميع قراراتها على الاخد بوجود شرط التحكيم وأن الطاعنة تدلي رفقته بقرار صادر عنها بتاريخ 2022/10/31 تحت رقم 4768 في الملف 22/8232/3335 والذي قضى بتأييد الحكم الإبتدائي الذي قضى بعدم قبول الطلب لوجود شرط التحكيم كما ان محكمة الإستئناف التجارية بالدار البيضاء قد أصدرت قرارها بتاريخ 2023/7/10 في نازلة مماثلة تضمنت حرفيا نفس أوجه الإستئناف المثارة من طرف الجهة المستأنفة وهو القرار الصادر تحت رقم 4397 في الملف 1345/8238/23 والذي قضى بتأييد الحكم الإبتدائي الذي قضى بعدم قبول الطلب لوجود شرط التحكيم كما ان نفس محكمة الإستئناف التجارية بالدار البيضاء قد أصدرت قرارها بتاريخ 2023/10/16 في نازلة مماثلة تحت رقم 5534 في الملف 2755/8238/23 والذي قضى بتأييد الحكم الإبتدائي الذي قضى بعدم قبول الطلب لوجود شرط التحكيم ويتعين بداية الإشارة إلى ان المستأنفة ومن معها قد أسست أوجه إستئنافها على نقطة فريدة وهي بطلان شرط التحكيم ولم تناقش أيا من دفوع الطاعنة ومن معها والمدلى بها خلال المرحلة الإبتدائية وأن تأسيس أوجه الإستئناف على الطعن ببطلان شرط التحكيم المضمن بسند الشحن الذي يربط بين مؤمنتها والناقل البحري والذي تبقى الطاعنة غيرا عنه ، وانه طالما أن طعن المستانفة محدد ومقتصر على الطعن في صحة شرط التحككيم فإنها وبمفهوم المخالفة بأن البضاعة هي موضوع عجز طريق وتعترف به فطالما ان منازعة المستأنفة ومن معها مقتصرة فقط على مناقشة شرط التحكيم فلامجال لمناقشة سبب نقص البضاعة أو المسؤول عن الخصاص وأن الطاعنة ورغم صراحة مقتضيات

المادة 142 من ق م م والتي تشترط تحديد الوسائل المثارة والتي حصرتها المستأنفة ومن معها في نقطة فريدة وهي " بطلان شرط التحكيم " فإن الطاعنة لا يسعها سوى إعادة إثارة دفوعها التي تقدمت بها إبتدائيا وأن الطاعنة تؤكد بداية جميع دفوعها الشكلية المدلى بها ابتدائيا وبصفة جد إحتياطية توكد ما يلي أن البضاعة قد نقلت على متن الباخرة [ب.ج.] من ميناء لويزيانا إلى ميناء الدار البيضاء الذي وصلته بتاريخ 2021/8/23 وان الباخرة تحمل على متنها أطنان من مادة الذرة ، وهي عبارة عن بضاعة سائبة وأنه قد تم الشروع في إفراغها مباشرة من ظهر الباخرة [ب.ج.] ، إلى متن خرجت كذلك مباشرة من ميناء شاحنات المالكة للبضاعة بتاريخ 2021/8/23 والتي ف الوصول و الإفراغ فور ملئها، فكانت العلاقة قائمة بين الناقل البحري و المكلف بالنقل الطرقي مستلم البضاعة عبر شاحنات مباشرة وأن الملف خال مما يفيد إفراغ البضاعة داخل مخازن الطاعنة أو وضعها رهن إشارتها وأن نطاق تدخل الطاعنة في عملية مناولة هذه البضائع ، تقتصر في وضع الياتها وخبرة مستخدميها تحت رهن إشارة قبطان الباخرة ، وذلك للقيام بإفراغ محتوى الباخرة باستعمال الغرافة أو القفة التي تقوم بجمع الحبوب داخل العنابر ، ثم إفراغ محتواها في الشاحنات التابعة للمرسل إليه مباشرة دون أي تدخل من الطاعنة . وحيث إن انتقال الحراسة القانونية للبضاعة قد ثم مباشرة من السفينة إلى شاحنات المالكة للبضاعة وأنه وفي غياب ما يفيد أي خطأ من الطاعنة، فإنها تكون غيرا عن النزاع الحالي و غير مسؤولة عن أي خصاص ، طالما أن التسليم يكون مباشرة بين يدي المرسل إليه من خلال إفراغ البضاعة في الشاحنات . كما ان الإجتهادات القضائية قد استقرت على إعتبار الطاعنة غير مسؤولة عن أي خصاص في حال خروج البضاعة بشكل مباشر وأن كل إفراغ مباشر من على متن الباخرة إلى الناقل الطرقي (الشاحنات)، لا يمكن معه تحميل الطاعنة ومؤمنتها أية مسؤولية والتي تظل كلها على عاتق ربان الباخرة، الناقل البحري وفقا لإتفاقية همبورغ و كذا الفصل 221 من القانون البحري، الذي يؤكد على أن الناقل البحري يظل مسؤولا عن كل عوار أو خصاص حالة وجوده ولحق البضاعة المنقولة والمحمولة خاصة وأنه تم إفراغها مباشرة من على ظهر السفينة إلى ظهر الشاحنات وكرس الاجتهاد القضائي لمحكمة الاستئناف التجارية بالدار البيضاء ، هذا المبدأ إذ دأبت قرارات هذه المحكمة على عدم قبول مقال إدخال الطاعنة في هذا النوع من القضايا لغياب أي وجه للمسؤولية عن الخصاص وذلك في مجموعة من الاجتهادات المتواترة و الثابتة وأن العمل القضائي استقر أيضا على إعفاء المعقبة و مؤمنتها من المسؤولية حالة الإفراغ المباشر، وذلك من خلال القرارات الوارد منها على سبيل المثال قرار لنفس محكمة الإستئناف التجارية رقم 5894 في 2015/11/19 بالملف رقم 015/8232/2035 وحكم المحكمة التجارية بالدار البيضاء رقم 11350 في 2010/09/03 بالملف رقم 2010/6/11873 وفي هذا الصدد فإن محكمة الإستئناف التجارية قد حسمت في إحدى قراراتها في هذا التوجه واكدت إنتفاء مسؤولية الطاعنة وعللت قرارها بما يلي : وحيث إنه بخصوص تقديم الإستئناف ضد المستانف عليها الثانية [شركة ا.م.] فإنه بالإطلاع على تقرير الخبرة المنجز من طرف الخبير [الوزاني التهامي محمود] يتضح ان البضاعة المنقولة كانت موضوع إفراغ مباشر وبذلك لا يوجد من بين وثائق الملف ما يثبت مسؤولية المستانف عليها الثانية وتبعا لذلك يتعين تأييد الحكم المطعون فيه فيها قضى به من رفض الطلب في مواجهتها " وحول مقال التدخل الإرادي في الدعوى فإن الطاعنة [شركة أ.ت.م.] تؤمن مسؤولية [شركة ا.م.] بمقتضى بوليصة التأمين رقم 1842.2020.7.00457 لضمان المسؤولية المدنية وأن الطاعنة بوصفها المؤمنة للمسؤولية المدنية قد سبق أن تقدمت خلال المرحلة الإبتدائية بمقال رام إلى التدخل الإرادي في الدعوى وفقا لمقتضيات الفصل 111 من قانون المسطرة المدنية، و ذلك لوجود مصلحة لها في الدعوى الحالية وأن الطاعنة تؤكد تدخلها خلال المرحلة الإستئنافية كذلك و تتبنى جميع دفوعات [شركة ا.م.] الشكلية منها و الموضوعية ، ملتمسة أساسا رد أوجه إستئناف المستأنفة ومن معها لعدم وجاهتها وجديتها وتأييد الحكم المستأنف فيما قضى به وتحميل المستأنفة ومن معها الصائر وإحتياطيا التصريح برفض الطلب في مواجهة الطاعنة وتحميل المستأنفة ومن معها الصائر ومن حيث مقال التدخل الإرادي الإشهاد بتدخل [شركة أ.ت.م.] في الدعوى والإشهاد لها بأنها تتبنى دفوعات [شركة ا.م.] الشكلية منها و الموضوعية وتأكيد تدخلها في الدعوى قصد الحلول محل مؤمنتها [شركة ا.م.] فيما قد تقضي به المحكمة عند الاقتضاء وتحميل المستأنفة ومن معها الصائر.

وبناء على المذكرة التعقيبية المدلى بها من دفاع المستأنفات بجلسة 22/04/2024 عرض فيها من حيث الجواب على مذكرة الربان من حيث بطلان شرط التحكيم لخرقه مقتضيات الفقرة 4 من المادة 22 من اتفاقية هامبورغ دلك انه بالرجوع إلى الفقرة 4 من المادة 22 اتفاقية هامبورغ يتضح إنها تنص على أنه : .4. يطبق المحكم أو هيئة المحكمين قواعد هذه الاتفاقية .5 تعتبر أحكام الفقرتين 3 و 4 من هذه المادة جزءا من كل شرط تحكيم أو اتفاق تحكيم ، ويعتبر باطلا ولاغيا أي نص هذا الشرط أو الاتفاق يكون متعارضا مع هذه الأحكام

أي ان المحكم او هيئة التحكيم تطبق لزوما قواعد هذه الاتفاقية، وكلما تضمن شرط التحكيم إلزام المحكم أو هيئة التحكيم بتطبيق قانون اخر غير قواعد هذه الاتفاقية فان هذا الشرط التحكيمي يصبح باطلا ولاغيا. وانه في نازلة الحال فانه بالرجوع الى سند الشحن يتضح ان شرط التحكيم الزم المحكمين بتطبيق القانون الانجليزي مما يجعل هذا الشرط باطلا أي ان القانون الواجب التطبيق حسب مدلول هذه الاتفاقية هو جزء من شرط التحكيم أي انه كلما تم فرض قانون اخر غير قواعد هذه الاتفاقية اصبح الشرط هذا باطلا ولاغيا مع الاخذ بعين الاعتبار ان هده الاحكام تعتبر من النظام العام لا يمكن لاطراف العقد الاتفاق على مخالفتها وأن هذا التوجه تبته محكمة النقض في قرار حديث عندما قضت بنقض قرار محكمة الاستئناف التجارية بالدار البيضاء لم يرد على ما تمسكت به الطاعنة بخصوص القانون الواجب التطبيق ومن حيث بطلان شرط التحكيم باعتباره شرط إذعان ويتسم بالتعسف ويشكل مانعا استيفاء الحق وأنه من جهة أولى: إن هذا الشرط سيكون ذي جدوى في حالة ما إذا ورد شرط التحكيم في أنواع اخرى من العقود وليس في هذا النوع من العقود المتعلقة بالنقل البحري على اعتبار أن عقود نقل البضائع عن طريق البحر يتم إبرامها بين الناقل البحري والشاحن ويتم توجيهها مع البضاعة إلى المرسل إليه الذي يؤشر عليها في ميناء الوصول من اجل تسلم ،البضاعة أي إن المرسل إليه لا دخل له بالشروط التعسفية المضمنة بهذه السندات كشرط التحكيم الذي لم يفاوض بشأن إدراجه من عدمه أو إختيار دولة معينة أو قانون معين أو هيئة معينة . فكل هذه المعطيات في شرط التحكيم المرهق التعسفي لم تكن محل نقاش أو مساومة أو تفاوض من جانبه، فهي تدخل في إطار الشروط العامة النموذجية أو عقود الإذعان وبالتالي يعتبر شرط التحكيم الوارد فيها شرطا غير عادل لأن طرفي العقد ليسا في نفس القوة والدرجة مما يشكل إخلالا بالتوازن العقد دلك إن سندات الشحن تصدر عادة عن ناقلين وبمباركة من الشاحنين ينتمون إلى دول الشحن المصدرة للبضائع والتي تملك البواخر وتفرض شروط هده السندات قصرا وجبرا على أطراف تنتمي إلى الدول المستوردة لا تملك بواخر لنقل بضائعها وأنه من جهة ثانية فإن القبول بشرط التحكيم على حالته وتطبيقه على جميع المنازعات التي قد تنشأ عن عقد النقل يعتبر أمرا غير مقبولا ، فادا كان الأمر مقبولا نوعا ما في حالة الهلاك الكلي للبضاعة التي قد تتجاوز قيمتها ملايين الدراهم ، فان الأمر غير مقبول متى تعلق النزاع بالمطالبة بمبلغ 318.465,74 درهم كما في النازلة الحالية ، دلك إن اللجوء إلى التحكيم في هذه الحالة وفق الشروط أعلاه يفرض على الطاعنات : ـ تعيين محام انجليزي وتحمل أتعابه تعيين محكم من الهيئة المحددة في شرط التحكيم وتحمل أتعابه وتحمل مصاريف الخبرة علما إن النزاع يتعلق بعجز الطريق وتحمل أتعاب المحامي الانجليزي في حالة الرغبة في الطعن في المقرر التحكيمي أمام القضاء الانجليزي وسلوك مختلف المساطر القضائية المرتبطة بالتحكيم وتحمل مصاريف التقاضي ومصاريف الصيغة التنفيذية ومصاريف التنفيذ وكلها مصاريف باهظة بالعملة الصعبة وستتجاوز بالكثير المبلغ المطالب به وأن هذا الأمر سيشكل عائقا ومانعا وحائلا أمام استيفاء الطاعنات لحقوقهن سواء أمام القضاء الوطني ذي يقضي بعدم القبول كلما تم التمسك أمامه بشرط التحكيم أو أمام التحكيم الدولي الذي يتطلب مصاريف باهظة ستتجاوز مبلغ الخصومة وما يمكن أن يقضي به في المقرر ال و في هذا الإطار ذهبت محكمة النقض الكندية و محكمة النقض الفرنسية وقرار محكمة النقض الكندية في قضية [شركة H.] ضد [شركة U.] في قرارها الصادر بتاريخ 26 يونيو 2020 في الملف عدد 38534 ذو المرجع عدد SCC 16 2020 وقضت المحكمة بقبول اعتراض [السيد (ه.)] على شرط التحكيم الذي يلزمه بإجراء التحكيم بهولندا للمطالبة بحقوقه في مواجهة شركة ايبر وخلصت المحكمة إن المحاكم الكندية تبقى مختصة بالبت في النزاع متى كان هناك احتمال محقق بان النزاع لن يتم تسويته نهائيا عن طريق التحكيم أمام المصاريف الباهظة للتحكيم التي خلقت عائقا أمام [السيد (ه.)] في الوصول إلى العدالة والتي من المحتمل أن تكون قيمتها اكبر من قيمة المبلغ الذي سيقضي به المقرر التحكيمي كما اعتبرت المحكمة إن شرط التحكيم شرط ادعان لأنه تمت صياغته من قبل الطرف القوي دون مساهمة الطرف الأخر وقرار محكمة النقض الفرنسية الغرفة التجارية بتاريخ 4 مارس 2003 اعتبرت انه:"من أجل نفاذ شرط التحكيم الوارد في سند الشحن على المرسل إليه، يجب أن يكون عالما به كما يجب أن يقبله بنفسه في وقت سابق على تسليم وبخصوص عجز الطريق و بخصوص نظرية عجز الطريق المحتج بها فإن هذه النظرية لا يمكن إخضاعها لنسبة محددة سلفا تطبق على جميع النوازل ذلك أن نسبة 2% التي سار عليها العمل ردحا من الزمن لم يعد يؤخذ بها إذ أن العمل القضائي للمحكمة التجارية بالدار البيضاء دأب على عدم الأخذ بهده النسبة في العديد من القضايا المشابهة التي أمرت فيها المحكمة بانجاز الخبرة في كل قضية على حدة وأن الخبراء القضائيين اجمعوا في هذه النوازل على تحديد نسبة الإعفاء المعتبرة بمثابة عجز طريق في حدود 0,1% إلى 0,3% وانه في نازلة الحال و اعتبارا لكون الرحلة البحرية مرت في ظروف حسنة فان الطاعنة تلتمس إذا تم الأخذ بنظرية عجز الطريق تحديد نسبة الإعفاء في حدود 0,196 أو الأمر بإجراء خبرة في الملف لتحديد النسبة الحقيقة استنادا إلى وثائق الملف وظروف الرحلة البحرية و طبيعة البضاعة وأن هذا

التوجه كرسته محكمة الاستئناف التجارية بالدار البيضاء في جميع الملفات التي تنضمن نظرية عجز الطريق فيما يتعلق بخلوص التأمين وبالنسبة لخلوص التأمين المحتج بها من قبل الربان، فإن محكمة النقض في أحدث قراراتها عدد 564/1 في الملف عدد 2022/1/3/1759 الصادر بتاريخ 2023/11/15 قد ردت هذا الدفع لعدم جديته حيث جاء فيه"وأنه انطلاقا من ذلك، فإنه لا يحق لها استرداد إلا ما أدته للمؤمن له في إطار عقد التأمين، ومادام وصل الحلول تضمن نسبة خصم الإعفاء كخلوص التأمين وبالتالي فإن نسبة الإعفاء هذه وجب خصمها لعدم استفادة المؤمن لها من ذلك.." والحال أنه تعليل غير صائب وينم عن عدم اطلاع المحكمة على وثائق الملف وتحريفها ذلك أنه خلاف ما ذهبت إليه المحكمة فإن الربان لا يمكنه الاستفادة من نسبة الإعفاء المتفق عليها بين طرفي عقد التأمين لكونه غيرا عملا بقاعدة نسبية العقود. فهذا الشرط (الإعفاء) يهم العلاقة التعاقدية بين الطالبة ومؤمنتها ولا يمكن بأي حال أن يستفيد منه الربان الذي يبقى أجنبيا عن عقد التأمين في إطار دعوى الرجوع الحالية، فضلا عن أن شرط الإعفاء المحدّد في 0.12% هو أقل من نسبة عجز الطريق التي يستفيد منها الربان " ومن حيث المسؤولية من حيث التعقيب على مذكرة [شركة ا.م.] فإن مسؤولية [شركة ا.م.] قائمة في النازلة الحالية بناءا على ما جاء بتقرير الخبرة الصادر عن [شركة م. S.B.C.S.] والذي يؤكد أنه تاريخ التفريغ من 23/08/2021 إلى غاية 02/09/2021 عرف تشتيتا للبضاعة كان موضوع رسائل إحتجاج مما يبقى معه مسؤولية متعهدة الشحن والإفراغ قائمة في الملف إلى جانب الربان ، ملتمسة أساسا رد كافة الدفوعات لعدم جديتها والحكم وفق المقال الافتتاحي للطاعنة مع حفظ احتياطيا الأمر بإجراء خبرة قضائية تسند إلى خبير مختص من اجل تحديد نسبة العجز في النازلة وحق الطاعنة في التعقيب.

وبناء على المذكرة خلال المداولة المدلى بها من دفاع المستأنف عليه عرض فيها أنه بخصوص شرط التحكيم اسست الجهة المستأنفة دفوعها على ما زعمته من بطلان شرط التحكيم استنادا إلى سببين يتعلق الأول بخرق مقتضيات الفقرة 4 من المادة 22 من اتفاقية هامبورغ (أولا) و يتعلق السبب الثاني باعتبار شرط التحكيم شرط إذعان ((ثانيا) ويتولى العارض الجواب على كل منهما من خلال ما يلي بخصوص عدم خرق شرط التحكيم لمقتضيات الفقرة 4 من المادة 22 من اتفاقية هامبورغ زعمت الجهة المستأنفة بكون شرط التحكيم المضمن بسند الشحن يتعارض مع مقتضيات الفقرتين 4 و 5 من المادة 22 من اتفاقية معززة دفعها هذا بقرار النقض الصادر تحت عدد 17 بتاريخ 2021/01/14 في الملف عدد 2020/1/3/601 لكن بالرجوع إلى الفقرتين 4 و 5 من المادة 22 من اتفاقية هامبورغ المتمسك بهما من قبل الجهة المستأنفة فإنهما يثيران الملاحظات التالي: الملاحظة الأولى من حيث كون منازعة الجهة المستأنفة تدخل ضمن اختصاص الهيئة التحكيمية فإن المادة المستند عليها من قبل الجهة المستأنفة تدخل في إطار المنازعة في نفاذ شرط التحكيم الوارد في سند الشحن في مواجهتها وأن الثابت أن شرط التحكيم ورد كتابة في سند الشحن، وهو أمر لا نزاع فيه بين الجهة المستأنفة والعارض وأن في شكلية النفاذ يرجع إلى الهيئة التحكيمية وليس إلى القضاء الرسمي وأن الفقرة 4 من اتفاقية هامبورغ تتحدث عن تطبيق او هيئة المحكمين مما يدل على أن الأمر يدخل ضمن البت في اختصاص الهيئة التحكيمية في البت في النزاع ، وهو ما يصطلح عليه باختصاص الاختصاص وأن هذا الأمر يدخل ضمن مهام الهيئة التحكيمية وليس القضاء الرسمي وبالتالي فالنزاع الحالي يخرج عن اختصاص هذه المحكمة وأنه ترتيبا على اذكر ، يلتمس العارض من المحكمة الموقرة التصريح برد ما جاء في تعقيب الجهة المستأنفة الملاحظة الثانية من حيث كون البطلان المنصوص عليه في الفقرتين 4 و 5 لا ينصرف إلى شرط التحكيم وبالرجوع إلى النسخة الرسمية من اتفاقية هامبورغ المنشورة في الموقع الرسمي للجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي فإن الفقرتين 4 و 5 من المادة 22 وأن البطلان المنصوص عليه في الفقرة 5 لا ينصرف إلى شرط التحكيم كاملا بل ينطبق فقط على الجزء المتعارض منه مع أحكام اتفاقية هامبورغ دون ان يطال البطلان شرط التحكيم بكامله وبخصوص القرار المستند إليه من قبل الجهة المستأنفة فإنه لا ينطبق على نازلة الحال باعتباره لم ينقض القرار المطعون فيه استنادا لبطلان شرط التحكيم و إنما لعدم جواب محكمة الاستئناف التجارية على الدفع المتعلق ببطلان شرط التحكيم و شتان بين الأمرين وبخصوص الدفع المتعلق بما زعمته الجهة المستأنفة من كون شرط التحكيم المضمن بسند الشحن شرط إذعان زعمت الجهة المستأنفة بكون شرط التحكيم المضمن بسند الشحن شرطا تعسفيا لم يكن محل نقاش تفاوض و يدخل في خانة عقود الإذعان لتخلص إلى القول أن شرط التحكيم الوارد في سند الشحن شرطا غير عادل لأن طرفي العقد ليسا في نفس القوة والدرجة و يشكل إخلالا بتوازن العقد مشرين إلى نازلة جمعت بين [السيد (ه.)] و [شركة U.] لكن ما دامت الجهة المستأنفة و المؤمن له الذي حللن محله شر الشحن مهنية تشتغل في ميدان النقل البحري و بالتأمين فإنها تعلم يقينا أن سند الشحن وفق نموذج NORTH AMERICAN GRAIN BILL يتضمن تحكيم وبالرجوع إلى الفقرة الثالثة من المادة 313 من القانون

05-08 المتعلق بالتحكيم و الوساطة الاتفاقية فإنها تنص على ما يلي: "يعد في حكم اتفاق المبرم كتابة كل إحالة في عقد مكتوب إلى أحكام عقد نموذجي أو اتفاقية دولية، أو إلى أي وثيقة أخرى تتضمن شرطا تحكيميا إذا كانت الإحالة واضحة في اعتبار هذا الشرط جزءا من العقد" استنادا إلى الفقرة الثانية من المادة 22 من اتفاقية هامبورغ التي تنص على ما يلي "اذا تضمنت مشارطة الايجار نصا على احالة المنازعات الناشئة بموجبها الى التحكيم وصدر سند شحن استنادا الى مشارطة الايجار دون ان يتضمن ملاحظة خاصة تفيد أن هذا النص ملزم لحامل سند الشحن، لا يجوز للناقل الاحتجاج بهذا النص تجاه حامل السند الحائز له بحسن نية" وأن سند الشحن في نازلة الحال هو وفق النموذج NORTH AMERICAN GRAIN BILL وبالتالي فهو عبارة عن عقد نموذجي ويمكن تعريف العقد النموذجي على أنه مجموع الشروط العامة التى استقرت في عادات وواقع التجارة الدولية والمكتوبة فى صيغ معدة سلفا والتى قبلها المتعاملين بعد ضبطها لتتلاءم مع مقتضيات التعامل بينهم ولهذا فإنه يستحيل على أطراف النزاع الحالي وهم مهنيون محترفون أن يجهلوا بكون سند الشحن وفق النموذج NORTH AMERICAN GRAIN BILL يتضمن الشرط التحكيم ومن جهة أخرى، فإنه بالرجوع إلى الفواتير فإنه سيتبين للمحكمة أن الشاحن هو من أدخل بنفسه مواصفات البضاعة في سند الشحن الذي يشير في صدره إلى شروط النقل المتضمنة في ظهره و ذلك نيابة عن المرسل إليه وبالتالي فإن موافقة الشاحن على جميع الشروط الواردة في سند الشحن بما في ذلك شرط التحكيم، خصوصا أنه يضع توقيعه على ظهر سند الشم الشحن، أيضا للمرسل إليه على جميع الشروط التي وافق عليها نائبه وبالرجوع إلى الفواتير المدلى بها في الملف ، نجد ان التعاقد بين الشاحن نيابة عن المرسل إليه و أنه تم وفق شروط CFR وأن التعاقد وفقا لشرط CFR يجعل ثمن البيع شاملا للبضاعة وأجر النقل (COST AND FRET) وأنه ما دام أن المشتري قبل هذا النوع من البيوع فإنه أعطى الإذن للشاحن البائع من أجل البحث والتعاقد الناقل على أن يقوم المش المشتري بإحتساب قيمة أجرة النقل في الثمن النهائي الذي سيؤديه لفائدة البائع وانه بالرجوع إلى الفواتير المدلى بها في الملف ، فإن المرسل إليه (المؤمن له) قد أدى للشاحن ثمن النقل وهو بذلك ينيبه عنه في التعاقد وبالتالي فإن شرط التحكيم يكون صحيحا ولا تشوبه شائبة بخصوص انصراف إرادة المتعاقدين ومن بعدهم شركات التأمين إلى اللجوء إلى مسطرة التحكيم لهذا يكون شرط التحكيم ملزما للمرسل إليه و يكون الاحتكام إلى التحكيم في نازلة الحال واجب التنفيذ وتعزيزا لإلزامية مسطرة التحكيم في نازلة الحال نورد مقتطفا من بحث نهاية التمرين المنجز من قبل [الأستاذة دامية (ا.)] والذي جاء في الصفحة 44 منه ما يلي وعموما فالتراضي يعد ركنا في اتفاق التحكيم الذي لا يقوم هذا الأخير بدونه والطرف في اتفاق التحكيم هو الشخص الذي يصدر الرضا عنه أي كل من أبرم العقد باسمه ولحسابه أو كل من اتجهت إرادته إلى الالتقاء بإرادة أخرى لاتخاذ يم سبيلا لتسوية منازعاتهما، بعيدا عن قضاء الدولة، إلا ويتحقق بذلك التوافق بين الإرادتين على إحداث هذا الأثر القانوني المرغوب فيه و بخصوص الرضا في التحكيم، فقد أقرت محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 17/10/1961 ، بان : " قبول عقد بيع تجاري دون اعتراض من البائع على الشرط المتفق عليه عند قيام النزاع الناشئ عند تنفيذه، يوجب على الأطراف أن يخضعوا للتحكيم المتضمن قبولا لشرط التحكيم المذكور ، ويلتزم باتباعه " لهذا فإنه ما دام البيع قد تم وفق الشرط CFR فإن البائع قد تعاقد العارض باسم المرسل إليه و نيابة عنه فإن شرط التحكيم المضمن في سند الشحن ملزم للمرسل إليه و استنادا إلى الحلول فهو ملزم لشركات التأمين المستأنفة و من ثم يكون ما دفعت به الجهة المستأنفة على غير أساس مما يتعين رده و الحكم بتأييد الحكم المطعون فيه وبالنسبة للنازلة المشار إليها من طرف الجهة المستأنفة فإنها طبيعيا كان يشتغل سائقا بترونتو الكندية لدى [شركة U.] المتعددة الجنسيات لذلك فإن توجه محكمة النقض الكندية بالنسبة للنازلة المشار اليها كان له ما يبرره ما دام [السيد (ه.)] طرف ضعيف ليس له رأي في العقد أو قد لا يفهم ما يوقعه في مواجهة مشغلته الشركة المتعددة الجنسيات وبالتالي فهي لا تنطبق على نازلة الحال ما دام الأمر فيها يتعلق في نازلة الحال بين أطراف كلهم شركات تجارية كبيرة ولهذا يكون ما دفعت به الجهة المستأنفة من كون شرط التحكيم المضمن بسند الشحن شرط إذعان على غير أساس ما دام الشاحن الذي تستمد صفتها منه في الدعوى الحالية هو عبارة شركة تجارية متعودة على التعاقد مع شركات أجنبية، وبالتالي لا يمكن اعتبارها طرفا ضعيفا [كالسيد (ه.)] الكندي و بالتالي فإنها تواجه بكل ما جاء في سند الشحن بما في ذلك شرط التحكيم ما دامت الجهة المستأنفة و المؤمن له الذي حللن محله شركة مهنية تشتغل في ميدان النقل البحري و بالتأمين فإنها تعلم يقينا أن سند الشحن وفق نموذج NORTH AMERICAN GRAIN BILL OF LADING يتضمن شرطا تحكيم ولئن استشهدت الجهة المستأنفة بقرار صادر عن محكمة النقض الفرنسية الصادر بتاريخ 4 مارس 2003 ولهذا يكون ما دفعت به الجهة المستأنفة من كون شرط التحكيم المضمن بسند الشحن شرط إذعان على غير أساس ما دام الشاحن الذي تستمد صفتها منه في الدعوى الحالية هو عبارة شركة تجارية متعودة على التعاقد مع شركات أجنبية بالتالي فإنها تواجه

بكل ما جاء في سند الشحن بما في ذلك شرط التحكيم ولكل ما سبق فإنه يمنع على المحكمة البت في النزاع المعروض عليها ما دام ان العارض قد دفع بوجود شرط تحكيم قبل الدخول في الجوهر و كل ذلك استنادا إلى مبدأ إقصاء القضاء عن النظر في النزاع المنصوص عليه في الفقرتين الثانية والثالثة من الفصل 327 من ق.م.م وطالما جرى الاتفاق على الاحتكام إلى مسطرة التحكيم لفض النزاعات الناشئة عن تطبيق العقد يكون لجوء الجهة المستأنفة إلى المحكمة قبل سلوك مسطرة التحكيم سابقا لأوانه ، بخصوص باقي الدفوع: يتمسك العارض بما جاء في محرراته السابقة ، ملتمسا رد دفوع الجهة المستأنفة والحكم وفق ملتمسات الطاعن .

و بناء على إدراج الملف بجلسة 22/04/2024

تقرر خلالها اعتبار القضية جاهزة و حجزها للمداولة لجلسة 06/05/2024.

محكمة الاستئناف

حيث تمسكت الطاعنة بعدم مصادفة الحكم المطعون فيه الصواب فيما قضى به من عدم قبول الطلب شكلا لعدم احترام شرط التحكيم.

وحيث إن الثابت بالاطلاع على سند الشحن أنه يتضمن شرطا بإحالة اي نزاع قد ينشأ بمناسبة سند الشحن على التحكيم بمحاكم نيويورك وذلك وفقا للبند الثامن من العقد والذي تضمن اتفاق الأطراف على حل كل النزاعات التي قد تنشأ على وثيقة الشحن عن طريق سلوك التحكيم، وبالتالي فإن الدعوى الحالية وطالما أنها تتعلق بعقد نقل بحري وبمنازعة بين أطرافه حول تطبيق وتنفيذ بنوده فإنه اصبح من اللازم عليهم وفقا للاتفاق المذكور سلوك المسطرة القبلية من أجل حل النزاعات بواسطة مسطرة التحكيم اعمالا لمقتضيات الفصول المتضمنة لهذه المسطرة في قانون المسطرة المدنية.

وحيث إن الثابت ايضا أن وثيقة الشحن والتي تعتبر ايضا بمثابة عقد النقل بين الطرفين قد تضمنت التنصيص على أن الاختصاص لفض النزاعات الناجمة عن العقد تخضع للتحكيم وفقا للقانون الامريكي في نيويورك مما يترتب عنه أن المستانفة باعتبارها حلت محل حامل سند الشحن تبقى ملزمة بتنفيذ بنوده عملا بمقتضيات الفصول 22 و 23 من اتفاقية هامبورغ خاصة وانها لم يسبق لها أن أبدت اي تحفظ حول الشروط الواردة بوثيقة الشحن هذا فضلا على أن هذه الشروط تبقى بمثابة الاطار القانوني للعلاقة بين الطرفين وأن المستانفة بمنازعتها في الشروط المضمنة بوثيقة الشحن تكون قد خالفت الاطار القانوني المذكور كما أنها وبلجوئها للمحكمة دون احترام شروط العقد ودون سلوك مسطرة التحكيم تكون قد خالفت بنود عقد النقل الأمر الذي يجعل مطالبتها سابقة لأوانها.

وحيث إنه وبخصوص ما تمسكت به الطاعنة من عدم الجواب على دفوعاتها المثارة ابتدائيا بخصوص بطلان الشرط التحكيمي على اساس الفقرة 5 من المادة 22 والمادة 23 من اتفاقية هامبورغ فتبقى أسباب مردودة باعتبار ان شرط التحكيم يخضع لارادة الأطراف وفقا لمقتضيات الفصل 230 ق ل ع وأن المحكمة مصدرة الحكم قد ردت عن صواب الدفع بالبطلان لهذه الغاية معتبرة أن ذلك يخضع لمبدا سلطان الارادة.

ومن جهة أخرى فإنه في النازلة الحالية فإن الأمر يتعلق بتحكيم دولي والذي تطرق له المشرع المغربي في إطار الفصل 39-327 والذي لا يتضمن في مقتضياته اي مقتضى يخول البت في بطلان شرط التحكيم من طرف محكمة الموضوع فضلا على أن العمل القضائي قد سار على اعتبار أن الدفع بالبطلان يبقى للاطراف إثارته أمام الهيئة التحكيمية " قرار عدد 427 بتاريخ 03/11/2016 عدد 1435/3/1/2015 والذي جاء فيه "لكن حيث إن المحكمة مصدرة القرار المطعون فيه لما تبت لها من سند الشحن موضوع الدعوى أن طرفيه (الطالبة والمطلوب) اتفقا على إسناد الاختصاص لفض النزاعات التي تنشأ عن تنفيذ عقد النقل المبرم بينهما لهيئة تحكيمية بمدينة نيويورك بالولايات المتحدة الأمريكية وأيدت الحكم المستانف الذي قضى بعدم قبول الطلب بعلة انه "يجب على الطالبة احترام الشرط التحكيمي الوارد بالسند المذكور وذلك باللجوء إلى مسطرة التحكيم قبل مباشرتها للمسطرة القضائية " مستندة في ذلك إلى مقتضيات الفصل 230 ق ل ع الناصة على أن الالتزامات التعاقدية المنشأة على وجه صحيح تقوم مقام القانون بالنسبة لمنشئيها ولا يجوز الغاؤها إلا برضاهما معا أو في الحالات المنصوص عليها في القانون فهي بذلك لم تتطرق إلى موضوع النزاع حتى يعاب عليها

عدم تطبيق مقتضيات اتفاقية هامبورغ بل تناولت الدعوى من جانبها الشكلي فقط إذ اعتبرت وعن صواب انه كان يجب على الطالبة بسلوك مسطرة التحكيم وليس اللجوء إلى المحكمة تنفيذا للشرط التحكيمي المبرم بينها وبين المطلوب (ربان الباخرة) وبخصوص ما أثير حول تطبيق المحكمة الفقرة الرابعة من الفصل 22 من اتفاقية هامبورغ والمادة 23 منها لكون الشرط التحكيمي مخالف لما نص على تطبيق قانون الولايات المتحدة الأمريكية على مسطرة التحكيم وليس قواعد الاتفاقية المذكورة فهو يهم الهيئة التحكيمية وليس المحكمة إذ أن الأولى هي الملزمة بتطبيق بنود الشرط التحكيمي امام ما ورد بتعليلها من أن الطالبة لم يسبق لها أن أيدت اي تحفظ حول الشروط الواردة بوثيقة الشحن فهو مجرد تزيد يستقيم القرار بدون وبذلك جاء غير خارق لأي مقتضى ومعللا بما يكفي ومبنيا على أساس والوسيلة على غير أساس.

وحيث إنه وفضلا على ما ذكر فإنه باستقراء مقتضيات المادة 22 الفقرة الخامسة فإنها تضمنت على أنه يشترط تطبيق الاتفاقية تحت طائلة بطلان شرط التحكيم وبالتالي فإن مقتضيات المادة المذكورة تتعلق ببطلان الشرط المتعلق بالقانون الواجب التطبيق ولا تتضمن ما يفيد أن البطلان يطال الشرط التحكيمي الذي يبقى صحيحا هذا فضلا على أنه وكما سبق الاشارة اليه اعلاه فإن الهيئة التحكيمية تبقى لها الصلاحية وقبل أن تبت في النزاع وذلك إما تلقائيا أو بطلب من أحد الأطراف وذلك للقول في مدى اختصاصها للنظر في النزاع أو النظر في صحة الشرط التحكيمي من عدمه كما يبقى للطرف المدعي التمسك بتطبيق مقتضيات اتفاقية هامبورغ بدلا من القانون الوارد في الشرط التحكيمي أمام الهيئة التحكيمية.

وأما بخصوص ما أثارته الطاعنة من بطلان الشرط التحكيمي استنادا لمقتضيات الفصل 23 من اتفاقية هامبورغ فهو ايضا مردود ذلك أنه وإن كان ثابتا أن المادة المذكورة قد نصت على أن كل شرط يرد سند الشحن يكون مخالفا بشكل مباشر أو غير مباشر لأحكام اتفاقية هامبورغ يعتبر باطلا ولاغيا في حدود مخالفته لها ولا يؤثر بطلان هذا الشرط على صحة الشروط الأخرى إلا أنه باستقراء المادة المذكورة تبين أنها تتعلق بالشروط التي من شانها أن تعدل مبادئ الاتفاقية كمبدأ المسؤولية المفترضة للناقل البحري أو الاعفاء من المسؤولية دون شروط الاتفاقية والتي تبقى صحيحة باعتبارها خاضعة لمبدا سلطان الإرادة وفقا لمقتضيات الفصل 230 ق ل ع المشار إليه أعلاه خاصة أن هذه الشروط وخصوصا الشرط التحكيمي هو أمر مخول لفائدة الأطراف وفقا لمقتضيات المادة 22 والتي أعطت للأطراف الحق في الاتفاق على حل كل النزاعات عن طريق التحكيم إضافة إلى أنه لا يوجد بالملف ما يثبت أن الشرط التحكيمي من شانه الإضرار بالطرف الشاحن أو المرسل إليه وفقا لمقتضيات الفقرة الثالثة من الفصل 23 من الاتفاقية.

وحيث إنه وبخصوص ما أثارته الطاعنة بخصوص أن اللجوء الى التحكيم يعتبر مانعا لاستيفاء الحق بما فيه من تحميل الطرفين لمصاريف وإجراءات التقاضي أمام الهيئة التحكيمية فهو مردود وباعتبار أن السبب المثار لايعتبر مبررا للعدول وإلغاء الشرط المتفق عليه بإرادة الطرفين وطالما أن الطاعنات قد حلت محل المرسل إليه وتستند في ادعائها على سند الشحن المتضمن للشرط المذكور مما تبقى معه ملزمة قانونا ببنوده وشروطه بما فيها شرط التحكيم و الذي يفرض على الطرفين احترامه وعدم بسط مطالبهما أمام محكمة الموضوع قبل إثبات سلوك المسطرة القبلية المتفق عليها .

وحيث يترتب على ما سبق أن اتفاق التحكيم بشأن المنازعات البحرية كأي اتفاق تحكيم حر ينشئ التزاما متبادلا على عاتق كل من طرفيه بعدم الالتجاء بصفة منفردة إلى القضاء للفصل في النزاع مع التزام الجهة القضائية بعدم الاختصاص للنظر في هذا النزاع متى أثير أمامها الدفع بوجود اتفاق التحكيم وعلى ذلك يظل حق الهيئة التحكيمية قائما في تقرير اختصاصها أو عدم اختصاصها في الفصل في النزاع المعروض عليها دون تعطيله بسبب عدم لجوء احد الطرفين للقضاء للنظر في مدى اختصاص هيئة التحكيم بسبب بطلان اتفاق التحكيم أو عدم وجوده اصلا. مما يبقى معه الحكم المستأنف مصادفا للصواب فيما قضى به من عدم قبول الطلب الأمر الذي يتعين معه التصريح برد الاستئناف وبتاييده.

وحيث يتعين تحميل المستأنفة الصائر.

لهذه الأسباب

حكمت محكمة الاستئناف التجارية بالدار البيضاء تقضي وهي تبت انتهائيا، علنيا وحضوريا :

في الشكل: قبول الاستئناف .

في الموضوع : برده وتأييد الحكم المستأنف وتحميل المستأنفات الصائر .