

Identification			
	<b>Juridiction</b> Cour de cassation	<b>Pays/Ville</b> Maroc / Rabat	<b>N° de décision</b> 129
<b>Date de décision</b> 06/03/2014	<b>N° de dossier</b> 2011/2/3/1049	<b>Type de décision</b> Arrêt	<b>Chambre</b> Commerciale
Abstract			
<b>Thème</b> Astreinte, Procédure Civile	<b>Mots clés</b> Rejet, Qualification, Procédure civile, Juridiction commerciale, Jugement distinct, Fin de non-recevoir, Exception d'incompétence, Exception d'arbitrage, Compétence d'attribution, Clause compromissoire, Arbitrage		
<b>Base légale</b> Article(s) : 8 - Dahir n° 1-97-65 du 4 kaada 1417 (12 février 1997) portant promulgation de la loi n° 53-95 instituant des juridictions de commerce Article(s) : 9 - 16 - 17 - 317 - 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> Ouvrage : التحكيم والوساطة الاتفاقية في ضوء مستجدات القانون   رقم 95.17 المتعلق بالتحكيم والوساطة الاتفاقية Auteur : زكرياء مؤلف جماعي محكم - مؤلف في الحقوق العماري دكتور في الحقوق   Edition : 1 مؤلف محكم - مؤلف جماعي محكم   Année : 2024   Page : 346		

## Résumé en français

Dès lors qu'aucune disposition de la loi n° 53-95 instituant les juridictions de commerce ni du Code de procédure civile n'impose de statuer par un jugement distinct sur l'exception tirée d'une clause compromissoire, c'est à bon droit qu'une cour d'appel qualifie cette exception de fin de non-recevoir. Elle en déduit exactement que celle-ci n'est pas soumise au régime de l'exception d'incompétence d'attribution, qui seul impose, en vertu de l'article 8 de la loi précitée, une décision distincte avant tout examen au fond.

## Résumé en arabe

تحكيم – الدفع بشرط التحكيم – طبيعته – دفع بعدم القبول – البت فيه بحكم مستقل (لا).

المقرر أنه لم يرد لا في القانون المحدث للمحاكم التجارية ولا في قانون المسطرة المدنية أي نص يقضي بالبت في الدفع بشرط التحكيم بحكم مستقل ويبقى الدفع المذكور دفع بعدم القبول كما أجمع عليه الفقه والقضاء، والمحكمة لما ردت ما تمسكت به الطاعنة بعلّة أن الأمر لا يتعلق بالدفع بعدم الاختصاص النوعي المنصوص عليه في القانون المحدث للمحاكم التجارية الذي يقضي في المادة 8 منه بوجود بت المحكمة في الدفع بعدم الاختصاص النوعي بحكم مستقل وإنما يدفع بعدم القبول والذي لا يقتضي إحالة الملف على النيابة العامة والإشارة إلى مستنتاجاتها بالحكم تكون قد ركزت قضاءها على أسس وجاء قرارها غير خارق للمقتضيات المحتج بها.

## Texte intégral

قرار عدد 129

مؤرخ في 2014/03/06

ملف تجاري عدد 2011/2/3/1049

\* تحكيم – الدفع بشرط التحكيم – طبيعته – دفع بعدم القبول – البت فيه بحكم مستقل (لا).

المقرر أنه لم يرد لا في القانون المحدث للمحاكم التجارية ولا في قانون المسطرة المدنية أي نص يقضي بالبت في الدفع بشرط التحكيم بحكم مستقل ويبقى الدفع المذكور دفع بعدم القبول كما أجمع عليه الفقه والقضاء، والمحكمة لما ردت ما تمسكت به الطاعنة بعلّة أن الأمر لا يتعلق بالدفع بعدم الاختصاص النوعي المنصوص عليه في القانون المحدث للمحاكم التجارية الذي يقضي في المادة 8 منه بوجود بت المحكمة في الدفع بعدم الاختصاص النوعي بحكم مستقل وإنما يدفع بعدم القبول والذي لا يقتضي إحالة الملف على النيابة العامة والإشارة إلى مستنتاجاتها بالحكم تكون قد ركزت قضاءها على أسس وجاء قرارها غير خارق للمقتضيات المحتج بها.

باسم جلالة الملك وطبقا للقانون

إن محكمة النقض (غ.م، ق.5)؛

وبعد المداولة طبقا للقانون:

حيث يستفاد من مستندات الملف ومن القرار المطعون فيه، أن الشركة المطلوبة قدمت بتاريخ 2010/2/26 مقالا إلى المحكمة التجارية بمراكش، عرضت فيه أنها أبرمت عقد إنجاز أشغال تزويد الكهرباء لفندق (١٠١) مع مالكتها الشركة الطالبة (ق.ب) وتم الاتفاق بمقتضى محضر اجتماع ضم كلا من ممثلها القانوني والطالبة ومدير قسم تزويد الشبكة الكهربائية بمندوبية المكتب الوطني للكهرباء بمراكش على اقتطاع 10% كضمانة سيتم خصمها والاحتفاظ بها لمدة سنة. وإن اعترافا بالدين سيتم إعطاؤه من قبل المدعى عليها التي قامت باقتطاع النسبة المذكورة عن مجموعة من الفواتير وسلمت للطالبة اعترافا باقتطاع مبلغ الضمان نص في مقتضياته على أنه يسري من يوم 2008/7/22 لمدة تمتد لسنة، وأن المدة المنصوص عليها انتهت في 2009/7/21 فإن الطالبة قامت بمحاولات لأداء الضمانة كان آخرها الإنذار الموجه للمدعى عليها لأجله التمسّت المدعية (المطلوبة) الحكم على المدعى عليها بأداء مبلغ 671.113 درهما و 50.000 درهم تعويضا عن المطل عن الفوائد القانونية منذ 2008/7/22 والصائر. ودفعت المدعى عليها بوجود اللجوء إلى

التحكيم طبقا للفصل 63 من عقد الصفقة وانتهت القضية بصدر حكم قضى على الطالبة بأداء المبلغ مع الفوائد القانونية من تاريخ 2010/2/26 والصائر ورفض الباقي أيده محكمة الاستئناف التجارية بمقتضى القرار المطلوب نقضه.

حيث تعيب الطاعنة القرار في الوسيطتين الأولى والثانية مجتمعين بخرق القانون وبخرق حقوق والدفاع، ذلك أن المادة 8 من القانون رقم 53.95 نص على: « استثناء من أحكام الفصل 17 من ق م م يجب على المحكمة التجارية إن تبت بحكم مستقل في الدفع بعدم الاختصاص النوعي المرفوع إليها داخل أجل 8 أيام. يمكن استئناف الحكم المتعلق بالاختصاص داخل أجل 10 أيام من تاريخ التبليغ »، وأن محكمة الاستئناف ردت الدفع بعدم الاختصاص لبطان شرط التحكيم المضمن بالبند 63 من عقد الصفقة طبقا للمادة 317 من ق م م مع أن الدفع بوجود شرط التحكيم جاء بناء على الدفع بعدم الاختصاص النوعي كما ورد بالمذكورة المؤرخة في 2010/3/22، وأثير قبل كل دفع أو دفاع في الجوهر طبقا للفصل 16 من ق م م الذي جاء فيه: « يجب على الأطراف الدفع بعدم الاختصاص النوعي أو المكاني قبل كل دفع أو دفاع لا يمكن إثارة هذا الدفع في طور الاستئناف إلا بالنسبة للأحكام الغيابية »، وأنه في نفس سياق المادة 8 من القانون المحدث للمحاكم التجارية نص الفصل 17 من ق م م: « يجب على المحكمة التي أثير أمامها الدفع بعدم الاختصاص أن تبت فيه بموجب حكم مستقل أو بإضافة الطلب العارض إلى الجوهر »، وأن محكمة الاستئناف التجارية عندما أيدت الحكم المستأنف في بطان شرط التحكيم تكون قد تجاوزت المقتضيات المذكورة. كما أن الفصل 9 من ق م م على أنه: « يجب أن تبلغ إلى النيابة العامة الدعاوى الآتية ... إلى القضايا التي تتعلق بعدم الاختصاص النوعي، وأنه لم يرد في حكم المحكمة التجارية ولا في القرار المطعون فيه إحالة الملف على النيابة العامة لتقديم مستنتاجاتها بخصوص الدفع بعدم الاختصاص ولا الإشارة إلى إيداعها بالملف، مضيئة أنها تمسكت صراحة بعدم الاختصاص النوعي بمقتضى المذكرة المؤرخة في 2010/03/19، وكان على المحكمة أن تبت بحكم مستقل في هذا الدفع وفي حالة رفضه يفسح لها المجال لتقديم دفعها الجوهرية وهو خرق لحقوق الدفاع، لأن المحكمة التجارية لم تفسح لها المجال للإعراب عن موقفها من الدعوى رغم ملتمسها الرامي إلى حفظ حقها في ذلك. وأن القول أنها استنفدت حقها في الدفاع لتعيل لا ينسجم مع أهمية حقوقها، وأن محكمة الاستئناف عندما عللت قرارها بكون البت في الدفع بشرط التحكيم بحكم مستقل دفع غير مقبول تكون قد تجاهلت دفع الطالبة الرامي إلى التصريح بعدم الاختصاص النوعي الوارد صراحة في مذكراتها لوجود شرط التحكيم وهي شيء مغاير لما ذهب إليه القرار المطعون فيه من أنها تشبثت فقط بشرط التحكيم، والحال أنها دفعت بعدم الاختصاص النوعي، وفي كلتا الحالتين فإن هدف الدفع وحيد ألا وهو التصريح بعدم الاختصاص النوعي للمحكمة ويتعين البت فيه بحكم مستقل.

لكن، حيث إن الثابت من وثائق الملف المعروضة على قضاة الموضوع خصوصا المذكرة الجوابية المدلى بها من الطاعنة ابتدائيا والمؤرخة في 2010/3/19 تضمنت: « أن البند 63 من عقد الصفقة يحيل طرفي النزاع بخصوص أي نزاع بينهما بمناسبة تنفيذ الأشغال على مسطرة التحكيم، وبذلك تكون المحكمة غير مختصة للنظر في النزاع باعتبار شرط التحكيم المذكور وانسجاما مع مقتضيات الفصل 327 من ق م م والتمست لذلك عدم قبول الطلب »، كما تمسكت بمقتضى مقالها الاستئنافي الذي صدر على إثره القرار المطعون فيه بعدم قبول الطلب لوجود شرط التحكيم، وليس دفعا بعدم الاختصاص النوعي للمحكمة المرفوع إليها النزاع لفائدة محكمة أخرى ردت عن صواب ما تمسكت به الطاعنة بتعليقها: « أن بمقتضى الفصل 317 من ق م م يجب تحت طائلة البطلان: - (1) أن يضمن شرط التحكيم كتابة في الاتفاق الأصلي أو في وثيقة تحيل إليه بشكل لا لبس فيه - (2) أن ينص في شرط التحكيم إما على تعيين المحكم أو المحكمين وإما على طريقة تعيينهم، وأن الثابت من البند 63 من عقد الصفقة المدرجة بنسخة منه بالملف أن طرفي النزاع اتفقا مبدئيا على فض جميع المنازعات المترتبة على تأويل العقد وتنفيذه وفسخه عن طريق التحكيم إلا أن شرط التحكيم المضمن بصلب العقد لم يعين المحكم أو المحكمين الذي تناط بهم مهمة الفصل في النزاع ولا طريقة تعيينهم وأنه ببطلان الشرط المذكور يكون من حق طرفي النزاع اللجوء إلى القضاء الرسمي لفض النزاع القائم بينهما »، وأيدت بذلك الحكم الابتدائي بهذا الخصوص، وبشأن ما عابته الطاعنة على الحكم المذكور بأن محكمة الدرجة الأولى لم تفصل في الدفع بوجود شرط التحكيم بحكم مستقل فقد ردت عن حق: « أنه لم يرد لا في القانون المحدث للمحاكم التجارية ولا في قانون المسطرة المدنية أي نص يقضي بالبت في الدفع بشرط التحكيم بحكم مستقل ويبقى الدفع المذكور دفع بعدم القبول كما أجمع عليه الفقه والقضاء »، اعتبارا منها أن الأمر لا يتعلق بالدفع بعدم الاختصاص النوعي

المنصوص عليه في القانون المحدث للمحاكم التجارية الذي يقضي في المادة 8 منه بوجود بت المحكمة في الدفع بعدم الاختصاص النوعي بحكم مستقل وإنما بدفع بعدم القبول والذي لا يقتضي إحالة الملف على النيابة العامة والإشارة إلى مستنتجاتها بالحكم وأن الطاعنة لم تدل بباقي الدفوع المتعلقة بموضوع الدعوى رغم إتاحة الفرصة لها إلى غاية اعتبار القضية جاهزة وهي بنهجها لم تخرق المقتضيات المحتج بخرقها وكان ما بالوسيلتين غير جدير بالاعتبار.

وتعييب الطاعنة القرار في الوسيلة الثالثة بفساد التعليل ذلك أنه أورد: « أنه طبقا للبند 48 من عقد الصفقة فقد وقع التسليم المؤقت للأشغال على أساس أن التسليم النهائي سوف يتم بعد مرور سنة بعد التسليم المؤقت طبقا للفصل 49 من نفس العقد وبالتالي كان واجبا تسوية مبلغ الضمانة بانتهاء مدة الضمان »، وهو تعليل فاسد لا ينسجم مع معطيات الملف والقانون لأن التسليم النهائي هو الوحيد الذي على إثره يصفى مبلغ الضمانة ويسلم لصاحب المقاولة عندما لا يكون أي عيب قد اعترى الأشغال أو اكتشف فيما بعد دون أن يكون مرد ذلك للغش أو لسوء النية. وأن الطالبة أثبتت أمام محكمة الاستئناف وجود اختلالات وأعطاب كثيرة شابت مختلف مراحل الأشغال المنجزة وأيضا بسبب رداء السلع المستعملة والتي لا تتطابق مع الشروط المضمنة بالعقد، وأن الطالبة استصدرت أمرا استعجاليا تحت رقم 148 بتاريخ 2010/2/23 في الملف عدد 2010/1/76 قضى بانتداب الخبير (عس) لمعاينة الأشغال المنجزة والتجهيزات والوقوف على العيوب التي اعترتها مع تحديد قيمة ذلك، وأن تقرير الخبير المذكور وقف على عدة عيوب وإخلالات في الأشغال ونواقص وهي عيوب جسيمة تحول بشكل واضح دون الانتفاع بالأشغال المنجزة رغم قيمة الاستثمارات المبذولة بشأنها وأن المطلوبة باعتبارها تاجرة تحترف الأشغال التي تنجزها وتضمن جودة السلع التي تقدمها فإنها يفترض أنها قادرة على إنجاز جميع المهام المسندة إليها بمقتضى عقد الصفقة وطبقا لقواعد فن الصناعة، ويكون أي إخلال من جانبها في هذا الشأن يفترض أنه ينم عن سوء النية والغش، وأن الخبرة المنجزة لما وقفت على عدة اختلالات ونواقص ناتجة عن إهمال المطلوبة وغشها والمتعلقة: (1) بخصوص صلابة الأرض للدولاب العاكس، إضافة للمجموعتين المولدة للكهرباء يتضح أن صلابة الأرض غير موجودة وغير موصولة (2) بالنسبة لقياس صلابة الأرض للدولاب العام للضغط المنخفض تبين بأن الغلاف المعدني لكل الكابلات الموصلة والمنبثقة انطلاقا من المجموعة المولدة للكهرباء والتي تزود كل العمارات انطلاقا من الدولاب العام للضغط المنخفض غير موصولة بالأرض الخاصة. كما أورد الخبير في تقريره اقتراح كيفية إصلاح تلك العيوب مضيعة أن سوء نية المطلوبة والغش ثابتين في حق المطلوبة وأن سوء النية يجردها من حق التمسك بفترة الضمان انسجاما مع مقتضيات الفصل 767 من ق ل ع الذي ينص على : « يلتزم أجير الصنع بضمان عيوب ونقائص صنعة وتطبق على هذا الضمان أحكام الفصول 549 و 553 و 556 »، وأن القرار اعتبر أن التسليم المؤقت قد تم بتاريخ 2008/7/11 و 2008/7/12 و 2008/8/22 بحضور طرفي النزاع والمكتب الوطني للكهرباء، وأن الطالبة لم تنازع في واقعة التسليم المؤقت ولم تتقدم بلائحة العيوب ونقائص الصنع داخل أجل الضمان مع أن سوء نية وغش المطلوبة يمنحها من الاستفادة من أجل الضمان علما بأن عملية التسليم النهائي لم تتم مطلقا وبالتالي يبقى الضمان قائما، وأن مبلغ الضمان في النازلة قرر لفائدة الطالبة لضمان حقها في التعويض عن أي عيوب قد تعترى الأشغال المنجزة فإن من حقها حبس تلك المبالغ إلى حين جبر ضررها وتعويضها تعويضا كاملا انسجاما مع مقتضيات الفصل 291 من ق ل ع الذي جاء فيه: « حق الحبس هو حق حيازة الشيء المملوك للمدين وعدم التخلي عنه إلا بعد وفاء ما هو مستحق للدائن، ولا يمكن أن يباشر إلا في الأحوال الخاصة التي يقرها القانون ». وأن الطالبة راجعت القضاء على ضوء الخبرتين المرفقتين بطلب العدول عن الأمر بالتخلي في الملفين عدد 1925 و 2010/1445، وأن محكمة الاستئناف ما دام قد استجابت لطلب العدول عن الأمر بالتخلي وثبت لها من المقالين الراميين إلى التعويض أن المطلوبة قد أخلت بالتزاماتها الموجب للضمان أن تؤيد الحكم المستأنف أو على الأقل أن تلغي الحكم المستأنف وترد الملف إلى المحكمة التجارية لتبت فيه من جديد، وأن إلقاء عبء مسؤولية مخضر التسليم النهائي على الطالبة مخالفة للعرف وللنظام طالما أن صاحب المصلحة وهي المطلوبة هي التي عليها أن تسهر على توقيع مخضر التسليم النهائي إن أرادت استرجاع مبلغ الضمانة.

لكن، حيث إن محكمة الاستئناف التجارية مصدرة القرار المطعون فيه لما تبين لها أن الطاعنة تسلمت الأشغال المتفق عليها تسلمًا مؤقتًا بتاريخ 2008/7/11 و 2008/7/12 و 2008/7/22 ولم تنازع في هذا التسليم الذي تم بخصوصها وباقي الأطراف ولم تتقدم بلائحة العيوب والنقائص التي يمكن أن تعترى الصنع داخل أجل الضمان. ولما لاحظت أن الإشهاد باقتطاع الضمانة تضمن أن الاحتفاظ بالضمانة يتم لمدة سنة من تاريخ 2008/7/22 وأن محضر الاجتماع المؤرخ في 2008/2/21 الموقع من قبل الطالبة أشار إلى أن اقتطاع

نسبة 10% كضمانة سيتم خصهما والاحتفاظ بها لمدة سنة وأن اعترافا بدين سوف يتم تحريره من طرف الطالبة لفائدة المطلوبة وأن أجل السنة يكون قد انتهى في 2009/7/20 استندت إلى مقتضيات البند 48 من عقد الصفقة الذي ينص على أن مدة الضمان سنة من اليوم الموالي لتاريخ التسليم المؤقت للأشغال وأن الطالبة لم تتقدم داخل أجل الضمان الذي هو سنة بلائحة الأشغال المعيبة والمخالفة للعقد ولفن الصنعة وبتعليها: « أنه طبقا للبند 48 من عقد الصفقة فقد وقع التسليم المؤقت للأشغال على أساس أن التسليم النهائي سوف يتم بعد مرور سنة بعد التسليم المؤقت طبقا للفصل 49 من نفس العقد، وبالتالي كان واجبا تسوية مبلغ الضمانة بانتهاء مدة الضمان »، واعتبرت عن صواب أن عدم تقديم الطالبة داخل أجل الضمان لما يمكن أن يكون من عيوب الصنع من تسليمها للأشغال بصفة مؤقتة راجع للطالبة بتعليها: « أن عدم التسليم النهائي يعود للمستأنفة التي لم تسع إلى استصدار محضر تسليم نهائي ويترتب على ذلك أن الحقوق المرتبطة بشهادة التسليم لا تبقى معلقة إلى ما نهاية ولا بد من ترتيب الأثر وذلك بإرجاع الضمانة خاصة أنه مرت بين تاريخ التسليم المؤقت وتاريخ إقامة الدعوى أزيد من سنة ونصف »، مضيعة أن شرطة التسليم النهائي للأشغال يخص الكفالة البنكية بنسبة 20% من الأشغال عملا بالبندين 13 و16 من عقد الصفقة ولا يخص الضمانة موضوع الدعوى التي أفرد لها الأطراف مقتضيات خاصة لاسترجاعها وفق ما أشير إليه أعلاه، وأن المحكمة لما لم تعتبر ما أدلت به الطاعنة رفقة مذكرتها المؤرخة في 2011/3/10 والرامية إلى العدول عن الأمر بالتخلي وهي مقال افتتاحي لدعوى رامية إلى الحكم بالتعويض وتقرير خبرة المنجز من قبل الخبير (عس) تنفيذًا للأمر عدد 148 بتاريخ 2010/2/23 في الملف رقم 2010/1/76، تكون قد ردتته ضمينا باعتبار أنها غير ملزمة بتتبع الخصوم في مناحي ادعاءاتهم فجاء قرارها على النحو المذكور معللا تعليلا سليما وما بالوسلة غير جدير بالاعتبار.

لهذه الأسباب

قضت محكمة النقض برفض الطلب.

وبه صدر القرار وتلي بالجلسة العلنية المنعقدة بالتاريخ المذكور أعلاه بقاعة الجلسات العادية بمحكمة النقض بالرباط، وكانت الهيئة الحاكمة متركبة من

الرئيسة: مليكة بنديان، والمستشارين السادة: خديجة البابين مقررة، و ( ... ) أعضاء، وبمحضر المحامي العام السيد امحمد بلقسيوية. وبمساعدة كاتب الضبط السيد ( ... ).

كاتب الضبط

المستشار المقرر

الرئيس