أ/ش
الجمهوريــة التونسيــة
وزارة العدل **الحمــد لله**
محكمــة التعقيــب

***عـ17252.2014ـدد القضيــة**
تاريخـــه :2015-07-02

أصــدرت محكمة التعقيـب القرار الاتي :

بعـد الاطلاع على مطلـب التعقيـب المقـدم بتـاريخ 10 جويلية 2014 من طرف الأستاذ "ر.ع" المحامي لدى التعقيب

في حق:شـــركة النزل والســـياحة "ه.د" في شـــخص ممثلها القانونـي

مقرها *** سوسة، ينوبها أيضا الأستاذ "إ.ب"

ضد:الشركة "ت.أ" شركة ذات مسؤولية محدودة مقرها بشارع أبوظبي طريق نابل الحمامات، ينوبها الأستاذ "ع.ش".

طعنا في الحكم الاســتئنافي عدد 2012/4 الصـــادر عن محكمة الاستئناف بسوسة بتاريخ 2014/02/04 القاضي بقبول مطلب الإبطال شكلا ورفضه أصلا وتخطية الطالبة في شخص ممثلها القانوني بالمال المؤمن وحمل المصـــاريف القانونية عليها.

وبعد الاطلاع على مســـتندات التعقيب المبلغة للمعقب ضدها بواسطة عدل التنفيذ السيد "ن.ش" حسب محضره عدد 35502 المؤرخ في 2014/08/06.

وعلى نسخة لقرار المطعون فيه وعلى جميع الإجراءات والوثائق المقدمة في 2014/08/08 حسـب مقتضـيات الفصـل 185 م م م ت.

وبعد الاطلاع على مذكرة الرد على مستندات التعقيب المقدمة بتاريخ 2014/09/03 من طرف الأستاذ "ن.ش".

وبعد الاطلاع على ملحوظات النيابة العمومية الرامية إلى قبول مطلب التعقيب شكلا ورفضه أصلا.

وبعد الاطلاع على أوراق القضية والمفاوضة بحجرة الشورى صرح بما يلي:

من حيث الشكل :

حيث استوفى مطلب التعقيب جميع أوضاعه وصيغه القانونية طبق أحكام الفصل 175 وما بعده من م م م ت واتجه قبوله من هذه الناحية.

من حيث الأصل :

حيث استصدرت المعقب ضدها الشركة "ت.أ" ضد خصيمتها المعقبة الحكم التحكيمي المؤرخ في 2012/08/14 الواقع اكساؤه بالصبغة التنفيذية من طرف المحكمة الابتدائية بسوسة بتاريخ 2012/09/12 تحت عدد 8 القاضي نصه "قضت هيئة التحكيم:

أولا: في خصوص الدعوى الأصلية:

1. بفسخ عقد الإيواء الرابط بين المدعية والمدعي عليها والمؤرخ في 2011/10/15 والمسجل بالقباضة المالية بالحمامات في 2010/03/26.

2. بإلزام المدعي عليها شركة النزل والسياحة "ه.د" في شخص ممثلها القانوني بأن تؤدي للمدعية الشركة "ت.أ" في شخص ممثلها القانوني:

- مبلغ 000د359561 ثلاثمائة وتسعة وخمسين ألفا وخمسمائة وواحد وستين دينارا بعنوان ما بقي من تسبقة المليون ومائتي ألف دينار.

- مبلغ 000د316642 ثلاثمائة وستة عشر ألفا وستمائة واثنين وأربعين دينارا ومليمات 700 بعنوان كفالة إعادة إيواء الحرفاء.

- مبلغ 000د100000 مائة ألف دينار بعنوان تعويض عن الضرر المعنوي.

3-حمل المصاريف القانونية على المحكوم ضدها والمتمثلة في:

- مبلغ 960د55 أجرة محضر تنبيه عدد 23451

- مبلغ 00د3800 دينار بعنوان أجرة اختبار الخبير السيد "ع.ش"

- مبلغ 000د72 دينار أجرة محضر معاينة عدد 23493

- مبلغ 000د77 دينار أجرة محضر معاينة عدد 23455

3. حمل تكاليف هيئة التحكيم على المحكوم ضدها.

4. تغريم المدعى عليها في شخص ممثلها القانوني لفائدة المدعية في شخص ممثلها القانوني بثلاثة آلاف دينار عن الأتعاب وأجرة المحاماة.

5. برفض الدعوى الأصلية فيما زاد على ذلك.

<u>ثانيا: في خصوص الدعوى المعارضة.</u>

- قبول الدعوى لمعارضة شكلا ورفضها أصلا".

وحيث طعنت المحكوم عليها في الحكم المذكور طالبة إبطاله فصـــدر القرار المطعون فيه المضـــمن نصـــه بالطالع فتعقبته بواسطة محاميها ناسبة له:

1. خرق الفقرة 3 من الفصـــل 42 والفصـــل 13 من المجلة التحكيم:

قولا بأن منوبته كانت تمســكت أمام محكمة الاســتئناف بأن الهيئة التحكيمية خرقت الفقرة 3 من الفصل 42 م ت عندما قضــت لها بما لم تطلبه المدعية إذ أن الهيئة قضــت بفســخ عقد الإيواء الرابط بين الطرفين وإلزام منوبته بأن يؤدي كلفة إعادة إيواء الحرفاء والحال أن هذه الطلبات لم ترد صـــلب الطلبات النهائية للمدعية المضمنة بالتصريح المؤرخ في 2012/06/06 والمحكمة رفضـــت هذا الدفع معللة قضـــاءها بأن المقصـــود بالطلبات الأخيرة هي إتاحة الفرصة للمتقاضين لإضافة طلبات قد يكون ســـهى عنها بطلباته الاولية، وهذا مخالف لقواعد الإجراءات الأساسية ومبدأ الأخذ بآخر الطلبات يجد أساسه في واجب الحياد الذي ينظم النزاع المدني والتأويل الذي انتهجته محكمة الاســتئناف لا أســاس قانوني له وينزع عن المحكمة أو الهيئة التحكيمية الحياد اللازم الذي يجب أن تتحلى به.

2. تحريف الوقائع وخرق الفقرة 6 من الفصـــل 42 م ت المتمثل في عدم مراعاة القواعد الأســـاســـية للإجراءات والمتمثلة في خرق الفصل 26 من نفس المحكمة:

قولا بأن منوبته تمســـكت أمام محكمة الاســـتئناف بأن الهيئة التحكيمية خرقت قاعدة إجرائية واضـــحة لأن كان عليها أن تبت في مســألة الاختصــاص بقرار مســتقل ســواء اعتبرت نفسها مختصة أو غير مختصة مثلما يوجب ذلك الفصل 26 م ت.

وعد إصدارها لقرار مستقل أضر بحقوق منوبته بما أنه حرمها من الطعن بالاستئناف في الجزء الذي قضت فيه بعدم الاختصاص طبقا لما يخوله لها الفصل المذكور.

وردت محكمة الاستئناف بأنه لم يقع إثارة مسألة الاختصاص أصلا أمام هيئة التحكيم وأن إثارة موضوع امتداد نظرها للعقود السابقة من عدمه هي مسألة موضوعية تهم تناول العقد الرابط بين الطرفين وليس مسألة تهم الاختصاص التي عناها الفصل 26 م ت.

والمحكمة أخطأت في موقفها لأن الهيئة التحكيمية أكدت ضمن حكمها أن نظر هيئة التحكيم في العقود السابقة لعقد إيواء 2009 يتطلب أولا البت في إمكانية إمتداد الشرط التحكيمي المنصوص عليه في العقد إلي العقود الأخرى السابقة له" وهذا تحريف للوقائع الثابتة بالحكم التحكيمي.

كما حرفت المحكمة مرة أخرى القرار التحكيمي عندما اعتبرت أنه لا وجود لقرار بعدم الاختصاص.

وسواءا أقرت الهيئة التحكيمية باختصاصها أو بعدم اختصاصها فإن ذلك يوجب عليها أن تصدر قرارا مستقلا وهو ما لم تقم به مخالفة الفصل 26 م ت.

3. خرق الفقرة 4 من الفصل 42 م ت وذلك يخرق قاعدة تهم النظام العام:

بمقولة أن منوبته تمسكت امام هيئة التحكيم ببطلان العقد سند الدعوى لتضمنه شرطا حصريا يخل بالمنافسة مما يجعله باطلا على معنى الفقرة 2 من الفصل 5 من القانون عدد 64 لسنة 1991 المؤرخ في 1991/07/29 والهيئة التحكيمية لا يمكنها أن تقتضي في النزاع طبقا لذلك للسبب المذكور لأن ذلك من شأنه أن يؤدي إلى خرق قاعدة من قواعد النظام العام وردت على ذلك محكمة الإستئناف بأن الفقرة 4 من الفصل 42 م ت تتعلق بالحكم التحكيم الذي يخرق قاعدة من قواعد النظام

العام ولا يتعلق الأمر بالعقود التي تقدم في إطار القضية التحكيمية.

وهذا التحليل خاطئ لذا يطالب لنقص مع الإحالة.

وحيث تضمنت مستندات التعقيب المحررة من طرف الاستاذ "إ.ب" المطاعن التالية:

1. مخالفة الحكم للقانون والخطأ في تطبيقه وتأويله لفصل 75 م م م ت فقرة 1:

قولا بأن منوبته أثارت لدى الهيئة التحكيمية ومحكمة الاستئناف دفعا جوهريا يتمثل في بطلان عقد الإيواء لمخالفته لأحكام الفصل 5 من القانون عدد 64 لسنة 1991 المتعلق بالمنافسة في السوق باختوائه على بند الامتياز والحصرية لعدد من الغرف على سياح أروبا الشرقية.

واعتبرت الهيئة التحكيمية أن بند الحصرية يكون مخالف للقانون الذي أدى إلى الاستغلال المفرط لوضعيتي الهيمنة أو التبعية الاقتصادية وهذا التأويل يحرف روح نص الفصل 5 المذكور.

وشرط الامتياز وحصرية التمثيل هو من المسائل التي يعتبرها المشرع مخالفة لقواعد المنافسة في السوق ومخلة بالسير الطبيعي لقانون العرض والطلب.

والمشرع يسند حصريا بالفصل 9 من قانون المنافسة لمجلس المنافسة النظر في الدعاوى المتعلقة بالممارسات المخلة بالمنافسة ونزاع الحال وإن كان ظاهريا نزاعا عقديا يدخل بطبيعة الحال في مجال اختصاص التحكيم فإنه في الواقع نزاع في مجال المنافسة.

2. الإفراط في السلطة:

قولا بأنه وقع عرض النزاع على التحكيم تطبيقا لأحكام الفصل E فقرة أخيرة من عقد الإيواء وهو فصل ختامي تناول

مسألة التحكيم عرضيا ونص على عبارة أولي والمقصود منه حل رضائي أولي قبل اللجوء إلى القضاء وما يدعم هذا التأويل هو خلو الفصل من الاتفاق على شروط التحكيم وطبيعة التحكيم ونظامه.

وطلب الفسخ لا يدخل ضمن النزاعات المقصودة بالشرط التحكيمي على علته.

3. مخلفة القانون وعدم مراعاة الإجراءات التي انجر عنها سوء تعليل وهضم لحقوق الدفاع:

قولا بأن الهيئة التحكيمية اعتمدت اختبار مأذون قضائيا على عكس ما ورد بالفصل 28 م ت الذي يخصص المحكمة بجميع الأبحاث والمعقبة سبق أن قدحت في حياد وموضوعية الخبير الأول "ف.غ" وهو ما انعكس سلبا على الاختبار الثاني المجرى أساسا على معاينات واستنتاجات الخبير الأول ودون تحليل مقنع رفضت الهيئة التحكيمية طلب إعادة الاختبار وخالفت مبدأ معاملة الأطراف على عدم المساواة.

لذا يطلب النقض مع الإحالة.

وحيث أجاب نائب المعقب ضدها:

- عن الادعاء بخرق الفقرة 3 من الفصل 42 والفصل 13 من مجلة التحكيم:

إن الإجراءات ضمن فصله منشورة كل لا يتجزأ والطلبات المقدمة ضمن عريضة الدعوى أو بعدها تتعهد بها الجهة المتعهدة وثبت فيها دون وجوب تكرارها بالتقرير الأخير الذي لا يعد إلغاء للطلبات الأصلية ولا يمكن القول بأن الهيئة قضت بما لم يطلب ويتجه رفض الدفع.

- **عن إدعاء عدم مراعاة القواعد الأساسية للإجراءات ومخالفة أحكام الفصل 26 من م ت:**

إن اختصـــاص هيئة التحكيم بالنظر في النزاع مســـألة أولية تثار من قبل الأطراف وبالرجوع إلى الحكم التحكيمي لم يتبين أنه وقعت إثارة هذه المسألة طبق الفصل 26 م ت ومفهوم النزاع الوارد بالفصـــل المذكور هو النزاع الذي يثيره المدعي ويطلب تعهد هيئة التحكيم فيه وليس ما يدفع به المدعي عليه من دفوعات.

وأجابت محكمة القرار المعقب على هذا الدفع وبينت أنه لم تقع إثارة مســـألة اختصـــاص الهيئة التحكيمية بالنظر في النزاع فضـــلا على أن الهيئة التحكيمية أقرت باختصـــاصـــها بالنظر في النزاع المعروض عليها كما امتد نظرها إلى العقود الســابقة في خصــوص الالتزامات المتبادلة المنصــوص عليها صلبها.

- **عن الادعاء بخرق الفقرة 4 من الفصل 42 م ت:**

إن نطاق نظر محكمة القرار المعقب محدد بالصـــور الواردة بالفصـــل 42 م ت على وجه الحصـــر وعللت محكمة الاستئناف قرارها تعليلا سليما وبينت المفهوم الحقيقي لصورة خرق الحكم التحكيمي لقاعدة من قواعد النظام العام والقول بأن العقد سـند الدعوى يتضـمن شـرطا مخلا بالنظام العام للمطالبة بـإبطـال الحكم التحكيمي هو بـاب للنفـاذ إلى إعـادة النظر في النزاع من جديد من طرف محكمة الاســـتئناف وهو ما لم يرده المشرع.

- **عن إدعاء سـوء تأويل وتطبيق الفصـل 5 من قانون المنافسة:**

إن محكمة القرار المعقب بينت أن الدفع المشـــار أمام الهيئة التحكيمية من مخالفة الشرط الحصري لمقتضيات قانون المنافســة قد تم الحسـم فيه من طرف الهيئة التحكيمية بعد نقاش

قانوني خلصت فيه إلى أن الاتفاق المنصوص عليه بعقد الإيواء سند الدعوى لا يدخل في إطار الشرط الحصري الممنوع بمقتضى قانون المنافسة.

وهو قد لا يدخل في الصور التي حددها الفصل 42 م ت ولا يخول طلب إبطال الحكم التحكيمي والشرط الحصري الوارد بعقد الإيواء والمتعلق بمائتي غرفة بالبناء المركزي فقط لا يمكن بأية حال اعتباره تمثيلا تجاريا حصريا على معنى قانون المنافسة.

من غير الجدي القول بعدم اختصاص هيئة التحكيم لمجرد وجود شرط حصري صلب العقد.

والنزاع مبني على مخالفة مقتضيات تعاقدية والشرط التحكيمي الذي على أساسه تمت إجراءات التحكيم على افتراض نواقصه لا يخول طلب إبطال الحكم التحكيمي.

- **في إدعاء مخالفة أحكام الفصل 28 م ت:**

إن هذا المطعن يتعارض مع القراءة السليمة للفصل المذكور ذلك أنه للهيئة إعتماد ما تراه من اختبارات وأعمال خاصة إذا كانت مأذون بها قضائيا كما لها أن تأذن بإجراء اختبارات جديدة وهو دفع غير جدي.

- في إدعاء المس بمبدأ المساواة بين الأطراف وهضم حقوق الدفاع:

قولا أن الهيئة استجابت لطلب المعقبة وعينت خبير ثان لانجاز اختبار ثان ولا مجال لطلب اختبار ثالث.

لذا يطلب رفض مطلب التعقيب أصلا.

المحكمة

1-عن المطعن المتعلق بمخالفة أحكام الفصل 26 م ت وعدم مراعاة قواعد الإجراءات الأساسية:

حيث تتمسك المعقبة بعدم إصدار الهيئة التحكيمية قرارا مستقلا في اختصاصها في النزاع المعروض عليها.

وحيث ينص الفصل 26 م ت على أنه "إذا أثيرت أمام هيئة التحكيم مسألة تتعلق باختصاصها في النزاع المعروض عليها فإن البت فيها يكون من أنظارها بقرار غير قابل للطعن إلا مع الأصل ...".

وحيث يؤخذ من الفصل المذكور أن إصدار الهيئة التحكيمية لقرار مستقل باختصاصها بالنظر في النزاع من عدمه مرتهن بإثارة الأطراف لهذه المسألة الأمر الذي لم يتوفر في قضية الحال إذ تبين بمراجعة القرار التحكيمي أن المعقبة المدعي عليها لم تتمسك أمام الهيئة التحكيمية بعدم الاختصاص بالنظر في النزاع ولم تقع مناقشة الشرط التحكيمي الوارد بالعقد أساس القيام بالدعوى ولم يقع الدفع بعدم انطباقه وهذا هو مناط إثارة اختصاص نظر هيئة التحكيم.

وحيث أن الخوض في امتداد نظر الهيئة التحكيمية للعقود السابقة الرابطة بين الطرفين من عدم ذلك هي مسألة موضوعية تهم تفسير العقد سند القيام ولا علاقة لها بمسألة الاختصاص التي أوردها المشرع صلب الفصل 26 م ت.

وحيث وفضلا عما تقدم فإن الهيئة التحكيمية أقرت باختصاصها بالنظر في النزاع المعروض عليها بموجب العقد المؤرخ في 2009/10/15 استنادا إلى الفصل E منه الذي تضمن بوضوح الشرط التحكيمي وبامتداد نظرها إلى العقود السابقة في خصوص الإلتزامات المتبادلة المنصوص عليها صلبها ولا وجود لقرار بعدم الاختصاص ويتجه بذلك رد المطعن لعدم وجاهته.

2-عن المطعن المتعلق بخرق الفقرة 3 الفصل 42 والفصل 13 م ت والفصل 84 م م م ت :

بمقولة أن الهيئة التحكيمية قضـــت بما لم يطلب على أساس أن العبرة بالطلبات الأخيرة.

حيث تعتبر المعقبة أن الطلبات المحكوم بها لم ترد صلب الطلبات الأخيرة للمدعية.

وحيث لاخلاف أن الطلبات المحكوم بها وردت صـــلب عريضـــة الدعوى والتقرير الأخير تضـــمن طلب إجراء المزيد من التحريات دون إشارة إلى التخلي عن الطلبات الأصلية.

وحيث أن المبدأ القائل بأن العبرة بالطلبات الأخيرة المستمد من الفصل 84 م م م ت يخول للمدعي تحرير طلباته بالزيادة أو بالإضافة ولا يعني التخلي عن الطلبات الأصلية كا لم يقع التصريح بذلك بوضوح كما أنه لا يشترط إعادة الطلبات من جديد لا ســيما وأن الطلبات بالتقرير الأخير المدعية تعلقت بزيادة التحرير على الخبير وهو ما يحول بداهة دون إعادة الطلبات مفصلة في مثل هذه الحالة.

واتجه رد المطعن لوهنه.

3-عن المطعن المتعلق بخرق الفقرة 4 من الفصـل 42 م ت وذلك بخرق قاعدة تهم النظام العام وســوء تأويل وتطبيق الفصل 5 من قانون المنافسة:

بمقولة أن العقد تضـــمن شـــرطا باطلا لاختلاله بقواعد المنافسة باحتوائه على بند الحصرية والامتياز.

وحيث أن منـاط نظر محكمـة القرار المطعون فيـه منحصـــر في طلب إبطال حكم هيئة التحكيم إذا توفرت إحدى الصور الواردة بالفصل 42 م ت ومن ضمنها خرق قاعدة من قواعد النظام العام المنصوص عليها بالفقرة 4 من الفصل.

وحيث أن منطوق الفقرة 4 من الفصـــل 42 م ت يتعلق بالحكم التحكيمي الذي يخرق قاعدة من قواعد النظام العام ولا يتعلق بالعقد ســـند القيام أمام هيئة التحكيم والعقود الســـابقة له ومدى مخالفة بنودها لقواعد النظام العام من عدم ذلك بإثارة

الدفع بخرق قانون المنافسة فهذه مسألة موضوعية تهم الأصل تختص الهيئة التحكيمية وحدها بالنظر في وجاهة الدفع والبت فيه وتمسك المعقبة بخلاف ذلك فيه انحراف بالإجراءات يهدف إلى تحويل نظر محكمة القرار المطعون فيه من البت في طلب إبطال الحكم التحكيمي المحدد بصورة حصرية أوردها الفصل 42 م ت إلى النفاذ إلى إعادة النظر في أصـل النزاع المطروح أمام هيئة التحكيم وكأن الأمر يتعلق باسـتئناف حكم تحكيمي وهو ما لا يجيزه القانون ويتعين رد المطعن لعدم وجاهته.

ولهذه الأسباب

قررت المحكمة قبول مطلب التعقيب شكلا ورفضه أصلا وحجز معلوم الخطية المؤمن.

وصـدر هذا القرار بحجرة الشـورى بتاريخ 2 جويلية 2015 عن الدائرة المدنية الثالثة عشر 13 برئاسة السيدة نائلة المظفر وعضوية المستشارتين السيدتين فاطمة الحنفي وأمال العرفاوي وبحضـور المدعي العام السـيدة سـميرة الحويوي ومساعدة كاتبة الجلسة السيدة جميلة مسعود.

وحـرر في تاريخـه