

تونس في 15 ماي 2015

من الأستاذين سامي الهواربي وأحمد الورفلي

إلى

السيد الرئيس المدير العام للمجمع الكيميائي التونسي

استشارة قانونية

الموضوع: الحكم التحكيمي الصادر عن هيئة تحكيم حرّ في مدينة لندن في النزاع القائم بين المجمع الكيميائي التونسي وشركة "ميدغولف" القبرصية

وبعد،

تبعاً لطلبكم الرّامي إلى دراسة ملف قضية التحكيم الحرّ المجرى بمدينة لندن بين المجمع الكيميائي التونسي وشركة "ميدغولف" Midgulf القبرصية في خصوص النزاع المتعلق بشراء شحنتي مادة "sulpher"، وتقديم المشورة في ما يتعلق بالإجراءات الممكن توخيها للطعن في حكم التحكيم المذكور الصادر ضدكم،

وحيث يتبين من المعطيات المقدمة إلينا أن وقائع الملف والإجراءات المتخذة في شأنه يمكن تلخيصها كما يلي:

- عرض الوسيط ميدقولف بتاريخ 2008/06/25 قرابة 23 ألف طنا من مادة الكبريت بثمن 793 دولارا للطن وقد قبل المجمع الكيميائي التونسي العرض بعد موافقة اللجنة العليا للصفقات وقد أرسل الوسيط ميدقولف في الغرض مشروع عقد إلى المجمع الكيميائي التونسي بتاريخ 2008/06/27 يحتوي العديد من البنود منها التحكيم في لندن وتطبيق القانون الإنجليزي واعتماد تحليل البضاعة عند الشحن.
- وعرض نفس الوسيط بتاريخ 2008/07/02 وبالتوازي مع العقد الأول خمس شحنات بكمية جمالية تقدر بـ 150 ألف طنا في مادة الكبريت فقبل المجمع الكيميائي التونسي ودخل

- الطرفان في مفاوضات آلت يوم 2008/07/08 بعد موافقة اللجنة العليا للصفقات إلى قبول عرض ميدقولف علما وأن السعر ارتفع هذه المرة بنسبة 13 % ليصبح 895 دولارا / طن.
- وعند توصله بمشروع عقد في الغرض من الوسيط ميدقولف قام المجمع بمراسلة هذا الأخير بتاريخ 2008/07/14 مطالبا بتطبيق القانون التونسي والتحكيم لدى غرفة التجارة الدولية بقانون محايد.
 - وفقا للعقد الأول وأثناء تفريغ البضاعة في ميناء صفاقس بتاريخ 2008/07/18 تبين أنها غير مطابقة للمواصفات المتفق عليها فقدم المجمع الكيميائي التونسي إحترازا لدى الوسيط ميدقولف الذي لم يقبله وقرر تعليق التعامل معه وقد تم ذلك قبل وصول الشحنة من الكميات المتبقية.
 - أحال الوسيط ميدقولف بتاريخ 2008/08/25 مذكرة يدعو فيها المجمع الكيميائي التونسي إلى تعيين محكم للشروع في الإجراءات التحكيمية بلندن وتطبيق القانون الإنجليزي لتعويض الضرر المتعلق بالفسخ التعسفي لعقد شراء 150 ألف طنا من الكريت.
 - رفض المجمع الكيميائي التونسي بتاريخ 2008/08/29 عرض ميدقولف متمسكا باختصاص المحاكم التونسية في هذه القضية وتطبيق القانون التونسي واتخذ بعض الإجراءات التحفظية يوم 2008/09/09 حيث استصدر إذنين على عريضة عدد 26764 بالنسبة للعقد الأول وعدد 36764 بالنسبة للشحنة الأولى من العقد الثاني، وتمّ تعيين خبيرين قاما بتحليل العينات بمخبر محايد بفرنسا أثبتت عدم مطابقة البضاعة المستلمة من طرف المجمع الكيميائي التونسي للمواصفات المتفق عليها وتقدير الأضرار التي لحقت المنشأة.
 - كما رفع المجمع الكيميائي التونسي أمام المحكمة الابتدائية بتونس قضية تحت عدد 23796 بنفس التاريخ أي 2008/09/09 بهدف إبطال الشرط التحكيمي وتطبيق القانون الإنجليزي.
 - ورفع المجمع الكيميائي التونسي قضية تحت عدد 23953 بتاريخ 2008/10/13 أمام المحكمة الابتدائية موضوعها غرم الضرر عن البضاعة المعيبة المتعلقة بالشحنة الأولى من العقد الثاني حيث أصدرت المحكمة حكما ابتدائيا بتاريخ 2010/04/27 يقضي بإلزام شركة ميدقولف تسديد مبلغ 4,16 مليون دينار، فاستأنفت شركة ميدقولف الحكم وقضت محكمة الاستئناف بنقض الحكم الابتدائي ورفض دعوى المجمع الكيميائي التونسي بتاريخ 2014/05/20.
 - كما رفع المجمع الكيميائي التونسي قضية تحت عدد 55932 بتاريخ 2009/03/03 موضوعها غرم الضرر عن البضاعة المعيبة المتعلقة بالعقد الأول، وبعد العديد من

المشاورات قام المجمع الكيميائي التونسي بطرح القضية لتخوفه من الإجراءات الجزرية ضده من طرف القاضي الإنجليزي.

- بالتوازي مع التقاضي أمام المحاكم الإنجليزية رفعت شركة ميدقوف في 2009/02/13 قضية استعجالية أمام رئيس المحكمة العليا بلندن وهو إجراء زجري استثنائي يصدره قاضي المحكمة العليا بلندن تمكنت على إثرها من إصدار حكم زجري Anti suit-injunction بتاريخ 2009/02/18، يقضي بمنع المجمع الكيميائي التونسي من مواصلة إجراءات التقاضي بتونس أو اتخاذ أي إجراء مهما كان نوعه إلى غاية صدور حكم نهائي من الهيئة التحكيمية، وقد تم بتاريخ 2009/07/16 تأكيد هذا الحكم من طرف رئيس المحكمة العليا (محكمة الاستئناف).
- تبعا لذلك الحكم الجزري وكما سلف ذكره طلب المجمع طرح القضية عدد 23955، أما بالنسبة إلى القضية عدد 23976 الرامية إلى طلب إبطال الشرط التحكيمي التي تم الحكم فيها برفض الدعوى فإنه لم يقع استئنافها إلا مؤخرا ولم تتول تعقيب القرار الإستئنافي الصادر في القضية عدد 13988 إلا مؤخرا كذلك ولا تزال الإجراءات متواصلة.
- أمام رفض المجمع الكيميائي التونسي اختصاص هيئة تحكيمية بلندن وتطبيق القانون الإنجليزي، رفعت شركة ميدقوف قضية أمام المحكمة العليا بلندن بتاريخ 2008/10/13 ترمي إلى إخضاع الملف إلى اختصاص هيئة تحكيمية بلندن وتطبيق القانون الإنجليزي وتعيين محكم فردي لفض النزاع المتمثل في تغريم المجمع الكيميائي التونسي نتيجة فسخه تعسفا للعقد المتعلق بشراء 150 ألف طن من مادة الكبريت. وبعد تبادل الطرفين لمذكراتهم وشهاداتهم أمام المحكمة أصدرت هذه الأخيرة بتاريخ 2009/07/13 حكما قضى برفض مطلب ميدقوف واعتبار الشرط التحكيمي غير موجود.
- استأنفت شركة ميدقوف هذا الحكم فأصدرت محكمة الاستئناف بلندن قرار بتاريخ 2010/02/10 يقضي بوجود الشرط التحكيمي وألزمت الطرفين بتعيين محكمين وإلزام هذين الآخرين بتعيين رئيس فقام المجمع الكيميائي التونسي بتاريخ 2010/06/17 بالطعن بالتعقيب في الحكم الإستئنافي لدى محكمة الاستئناف وفق القانون الإنجليزي فرفضت التعقيب متعلقة بعدم وجود خرق للقانون يمكنها من تعقيب الحكم.
- تبعا لاستنفاد جميع الإجراءات أمام المحاكم الإنجليزية إثر قرار القضاء الإنجليزي بإخضاع قضية ميدقوف لهيئة تحكيمية بلندن وتطبيق القانون الإنجليزي، أحالت شركة ميدقوف بتاريخ 2010/09/01 للمجمع الكيميائي التونسي عريضة الدعوى التحكيمية المتعلقة بالعقد الثاني لكمية جمالية بـ150 ألف طن من الكبريت وتتضمن طلباتها مبلغ قرابة 39,9 مليون

- دولارا أمريكيا بعنوان غرم الضرر عن القطع التعسفي للعقد وفارق السعر عند إعادة بيع الشحنات وضياع وقت أثناء تفريغ الشحنة الأولى من العقد الثاني بميناء قابس.
- وردا على هذه العريضة تولى المجمع الكيميائي التونسي بتاريخ 2010/11/02 الطعن في ادعاءات ميدقوف على أساس عدم مطابقة الكبريت المسلم للمواصفات التعاقدية مع تحديد قيمة الضرر الذي لحق المجمع الكيميائي التونسي جراء ذلك وتقديم مطلب معارضة في ذلك.
 - وقد تولت ميدقوف بتاريخ 2011/04/07 الإجابة على ردّ المجمع الكيميائي التونسي ومطلب المعارضة المشار إليهما أعلاه متمسكا بطلباتها.
 - وللدرد على هذه العريضة أحدثت لجنة فنية وتجارية بالمجمع الكيميائي التونسي فاجتمعت عدة مرات لتوضيح الجوانب التجارية والفنية بمشاركة المحامين المكلفين بهذا الملف وبالتنسيق مع الإدارة المركزية للشؤون القانونية. أعدت شهادات لجميع الأطراف المتداخلة ومسؤولي المخابر بصفاقس وقابس والصخيرة وقفصة إلى جانب شركة المراقبة بميناء صفاقس وقابس واللجوء إلى خبيرين أجبيين في هذا الميدان لمعاينة الأضرار المذكورة وإعداد تقرير في الغرض.
 - وطبقا للقانون الإنجليزي اختار محامي المجمع بلندن محامين مرافعين وقد حددت الهيئة التحكيمية جلسات سماع الشهود وتبادل التقارير النهائية بين المحامين بداية من 2013/09/09 إلى غاية 2013/09/20. وبتاريخ 2013/11/14 أفاد محامي المجمع الكيميائي التونسي بلندن أن الهيئة التحكيمية أصدرت قرارا تحضيريا وذلك بطلب من شركة ميدقوف معتبرة أن البند عدد 12 من العقد المتعلق بالعقد الأول ملزما للطرفين بالنسبة للعقد الثاني وإن شهادة التحليل في مرفأ الشحن هي التي يقع اعتمادها. وفي مكتوبه بتاريخ 2013/11/15 وتعقيبا على القرار التحكيمي اعتبر محامي المجمع الكيميائي التونسي أن هذا القرار المؤقت لا يمكن أن يؤثر على القرار النهائي إذا ما أقرت الهيئة التحكيمية ببطلان شهادات التحليل المقدمة من طرف SGS واعتبرها مزورة ومعتمدة على بيانات باطلة.
 - بتاريخ 2014/10/27 أصدرت هيئة التحكيم بلندن قرارها بخصوص قضية ميدقوف والقاضي بتعويض الوسيط ميدقوف مبلغ 42,963 مليون دولارا أمريكيا إضافة إلى مصاريف التقاضي وخطايا التأخير.
 - وقد قام المجمع الكيميائي التونسي بإجراءات الطعن في حكم التحكيم وفقا لأحكام القانون الإنجليزي وذلك بتقديم طلب ترخيص للقيام باستئناف الحكم الصادر عن هيئة التحكيم أمام الهيئة العليا بلندن وذلك قبل يوم 24 نوفمبر 2014.

وتبعاً لذلك، نتشرف بإعلامكم بأننا قمنا بدراسة حكم التحكيم الصادر في 14 أكتوبر 2014 وانتهينا إلى جملة النقاط الأساسية التالية:

أولاً: إن قيامكم بطلب الإذن بالطعن في هذا الحكم التحكيمي بالاستئناف حول نقطة قانونية *appel sur un point de droit* هو خيار إجرائي معقول بالنظر إلى ظروف القضية ومضمون حكم التحكيم، حيث إنه تركز على نقاط واقعية *questions factuelles* ولم يستغرق الجانب القانوني حيناً كبيراً من النقاش في القضية. وفي صورة صدور الحكم بقبول الاستئناف يمكن أن يترتب عن ذلك إلغاء الحكم والرجوع فيه أو تعديله بحسب ما تراه المحكمة. ولا يمكننا إعطاء رأي في حظوظ المجمع في هذه القضية طالما لم نطلع على الملف.

ثانياً: في صورة التفكير في الطعن بالإبطال فإننا نشير إلى أن أجل الطعن بالإبطال حسب قانون التحكيم الانجليزي لسنة 1996 Arbitration Act هو 28 يوماً تبتدئ من تاريخ صدور حكم التحكيم أو الإعلام به، وهو ما يعني حسب المعطيات التي تم تقديمها إلينا أن أجل الطعن بالإبطال قد انتهى. ولا يمكن رفع طلب الإبطال في تونس باعتبار أن مقر التحكيم كائن خارج البلاد التونسية [الفصل 47-2 من مجلة التحكيم].

ثالثاً: لا يمكن طلب إبطال حكم التحكيم أمام المحاكم التونسية وبالمقابل يحق لشركة ميدغولف طلب الإكساء بالصيغة التنفيذية بغاية تنفيذ حكم التحكيم في تونس. ويحق عندها للمجمع الكيميائي التمسك بالدفع التالية: [1] عدم اختصاص هيئة التحكيم لعدم وجود اتفاقية تحكيم في شأن العقد الثاني - على الرغم من سبق رفض هذا المطعن أمام نفس المحكمة في إطار قضية أخرى - و [2] المساس بحق الدفاع من خلال الأمر النهائي عن التقاضي¹ - الذي عبر القضاء التونسي عن رفضه له - علاوة على [3] خرق النظام العام من خلال عدم مجازاة الغش².

[1] عدم اختصاص هيئة التحكيم لعدم وجود اتفاقية تحكيم في شأن العقد الثاني

ونلاحظ بصفة أولية أن عدم اقتناع هيئة التحكيم بهذا الدفع لا يكفي لاعتبار أن الأمر انتهى فيه كل نقاش. فالصيغة النهائية لحكم التحكيم وعدم جواز ولوج قاضي الإبطال أو التنفيذ إلى أصل النزاع لا يمنعه من مراقبة مدى توفر سند اتفاقي للتحكيم. ذلك أن الفصل 78 من مجلة التحكيم ينص على أن من صور إبطال حكم التحكيم: عدم وجود اتفاقية تحكيم أو بطلانها، كما ينص الفصل 80 من نفس المجلة على نفس الصورة كإحدى صور رفض منح الصيغة التنفيذية.

¹ ذلك أن صدور أمر الزجر النهائي عن التحكيم أثار على قدرة الطرف التونسي على الدفاع عن حقوقه باعتبار أن هذا الأمر جاء بتهديد الشركة ومسيريها ومديريها ومحاميها ومستشاريها بعقلة أموالهم وسجنهم في صورة عدم الامتثال للأمر، الذي اعتبر مخالفاً للقوانين الأوروبية وللحق في النفاذ إلى العدالة *Right to access to courts* وفيه تضيق على الشخص المعني. ويمكن - في صورة وجود ما يثبت ذلك - البرهنة على صحة هذا التحليل من خلال إثبات أن أحد المحامين أو المستشارين تخطى عن نيابة المجمع بعد صدور هذا الأمر.

² مع أن الغش لم يصدر عن المحكمين بل صدر عن شركة "ميدغولف". غير أن عدم أخذ المحكمين بهذا الدفع يفتح الباب أمام إمكانية التمسك به أمام قاضي الإبطال. لكن نلاحظ أن هيئة التحكيم أطنبت في شرح هذه المسألة واستخلصت أن الغش لا وجود له في جانب شركة "ميدغولف" وشركة SGS على الرغم من الإقرار بأن هذه الأخيرة ارتكبت إخلالات.

فتوفّر سند تعاقدي للتحكيم يعد مسألة شكلية تدخل في مجال رقابة كل من قاضي الإبطال وقاضي التنفيذ. وتجدر الإشارة إلى أنه بالرجوع إلى فقه القضاء التونسي السابق في مجال التحكيم، يتبين أن محكمة الاستئناف بتونس استندت في قرارها عدد 36 الصادر بتاريخ 16 نوفمبر 1999 إلى الفصل 6 من مجلة التحكيم التونسية ولم تستند إلى القانون الأوكراني ولا إلى غيره.

[2] المساس بحق الدفاع من خلال الأمر النهائي عن التقاضي

يمكن الاستناد إلى تخلي الأستاذ عثمان بن فضل عن نيابة المجمع الكيميائي التونسي كدليل على أن أمر الزجر النهائي عن التقاضي الصادر عن محكمة الاستئناف الانكليزية أثر على قدرة المجمع الكيميائي التونسي على الدفاع عن نفسه بحكم أن صيغته جاءت زاجرة متوعدة، إذ نصّ على ما يلي:

"If you Groupe Chimique Tunisien disobey this order, you may be held to be in contempt of court and may be fined or have your assets seized and your directors may be imprisoned or fined. Any other person who knows of this order and does anything which helps or permits the defendant(s) to breach the terms of this order may also be held to be in contempt of court and may be imprisoned, fined or have their assets seized.

You should read all of this order carefully. You are advised to consult a solicitor as soon as possible".

[3] خرق النظام العام من خلال عدم مجازاة الغش.

وفي صورة صدور حكم بالإكساء بالصيغة التنفيذية عن محكمة الاستئناف بتونس، يحق للمجمع الكيميائي التونسي الطعن فيه بالتعقيب ويمكن أيضا طلب إيقاف التنفيذ بشرط تأمين المبلغ المحكوم به. رابعا: بشكل عام، تتطلب إجراءات الحصول على حكم بالإكساء بالصيغة التنفيذية من محكمة الاستئناف بتونس نحو سنة [يما في ذلك العطلة القضائية وأجال رفق الحكم واستخراج نسخة تنفيذية منه]. وتتطلب إجراءات الحصول على قرار تعقيبي في الغرض من 8 أشهر إلى سنة أيضا. ويمكن في الأثناء طلب إيقاف التنفيذ، لكن في هذه الصورة ينبغي تأمين كامل المبلغ المحكوم به، وهو مبلغ مرتفع.

خامسا: يمكن التفكير في إجراء لم يقع العمل به في السابق في تونس إلا في صور نادرة جدا [لا نملك معطيات حول أي حالة] وهو إجراء منصوص عليه في مجلة القانون الدولي الخاص ولم تنص عليه مجلة التحكيم، ويتمثل في قيام المحكوم ضده في الخارج أمام محكمة تونسية لطلب التصريح بعدم معارضته بالحكم في تونس. وهو إجراء عكسي بالمقارنة مع الإكساء بالصيغة التنفيذية. فقد نص الفصل 14 من مجلة القانون الدولي الخاص على أنه:

"يمكن للطرف الأحرص أن يبادر برفع دعوى في طلب الإذن بالتنفيذ أو في طلب التصريح بعدم الحجية"³.

³ جاء نصّ الفصل 14 في صيغته الفرنسية كما يلي:

"La partie la plus diligente peut agir soit pour demander l'exequatur, soit pour requérir le refus de reconnaissance."

ويهدف هذا الإجراء إلى معارضة الحكم التّحكيمي و المطالبة بعدم تنفيذه في تونس وذلك تفاديا لشرع الخصم في اجراءات الإكساء بالصّبغة التّنفيدية.

وتبقى حظوظ نجاح هذا الإجراء محدودة باعتبار صعوبة تحديد المحكمة المختصة.

بناء على ما سبق و بالنّظر:

أولاً، إلى الدفوعات التي يحق للمجمع الكيمياء التمسك بها والتمثلة -كما سبق بيانها- أساسا في:

- [1] عدم اختصاص هيئة التحكيم لعدم وجود اتفاقية تحكيم في شأن العقد الثاني
- [2] المساس بحق الدفاع من خلال الأمر النهائي عن التقاضي -الذي سبق للقضاء التونسي وأن يبين موقفه الرافض له
- [3] خرق النظام العام من خلال عدم مجازاة الغش.

وعليه، نرى أنّ نجاح طعون المجمع على أساس هذه الدفوعات غير مضمون.

ثانيا، إلى أنّ طلب إكساء القرار التّحكيمي بالصّبغة التّنفيدية المتوقّر للوسيط لا ينحصر على البلاد التّونسية بل يمكن التّقدّم به في أي دولة يمكن أن توجد بها أموال و سلع للمجمع بهدف عقبتها. فيمكن للوسيط التّنفيد مثلا على المبالغ الماليّة المتخلّدة لفائدة المجمع بذمة حرفائه المتواجدين بالخارج.

لذلك يكون من الأجدر حسب رأينا الدّخول في مفاوضات صلح مع ميدقولف يعبر المجمع خلالها عن نيته في تفعيل الإجراءات المتاحة له للطعن كوسيلة ضغط وذلك بغاية الوصول إلى اتفاق صلح يحفظ مصالح المجمع. مع الإشارة إلى أنه يمكن العمل على إطالة الإجراءات وتعقيدها قصد تحميل الوكيل مصاريف إضافية من شأنها أن تدفعه إلى القيام بتنازلات.

هذا، وندعوكم الى الاستعانة خلال المفاوضات بذوي الاختصاص في مجال التّحكيم والمصالحة بالنّظر إلى دقّة وأهميّة مرحلة ما بعد صدور الحكم التّحكيمي و التي تتطلب تقنيات و خبرات خاصّة.

ولكم سديد النظر

والسلام

الأستاذ أحمد الورفلي

الأستاذ سامي الهواربي