قرار محكمة النقض

رقم 2/89

الصادر بتاريخ 19 يناير 2023

في الملف الإداري رقم 2022/2/4/4235

عقد كفالة – محكمة – اعتمادها خاصية التبعية المميزة لعقود الكفالة.

اعتماد المحكمة خاصية التبعية المميزة لعقود الكفالة التي تعطي الكفيل حق التمسك في مواجهة الدائن بجميع الدفوع التي يمكن للمكفول (المدين الأصلي) التمسك بها في مواجهة هذا الأخير تطبيقا لمقتضيات الفصل 1140 من قانون الالتزامات والعقود، يجعل قرارها مستقيما على حكم القانون.

باسم جلالة الملك وطبقا للقانون

حيث يؤخذ من وثائق الملف ومن القرار المطعون فيه، أن المدعي (المطلوب في النقض) تقدم بمقال أمام المحكمة الإدارية بالرباط، عرض فيه أنه يطلب بطلان الإشعار للغير الحائز عدد 2019/16 المؤرخ في 01 يناير 2019 المتخذ من طرف الخازن الإقليمي بشفشاون ضد (ب ش) المركزي والمبلغ إلى بنك المغرب بوصفه غير حائز، من أجل حجز مبلغ إجمالي قدره 1.855.372,45 درهم موضوع مصادرة الكفالة النهائية المقدمة في إطار الصفقة رقم (...) الممنوحة للشركة الجديدة (و) للأشغال الخاضعة لمسطرة التصفية القضائية والمكفولة من طرف (ب ش). وأن مديرية التجهيز باشرت مسطرة الإشعار للغير الحائز دون تبليغ الإشعار بدون صائر طبقا للمادة 36 من مدونة التحصيل فضلا عن أن الدين انقضى بعدم التصريح به ضمن ديون المقاولة، والتمست الحكم ببطلان الإشعار للغير الحائز المؤرخ في 2019/10/01 ورفع اليد عنه. وبعد جواب مديرية التجهيز بشفشاون والخازن الإقليمي بها، وتمام الإجراءات أصدرت المحكمة حكمها قضت فيه بعدم قبول الطلب في الشق المتعلق ببطلان الإشعار للغير الحائز وقبوله في الباقي وفي الموضوع برفض الطلب. استأنفه (ب ش) أمام محكمة الاستئناف الإدارية بالرباط التي بعد مناقشة القضية أصدرت قرارها قضى بإلغاء الحكم المستأنف وتصديا الحكم بإلغاء الإشعار للغير الحائز المؤرخ في 2019/10/01 المتخذ من طرف الخازن الإقليمي بشفشاون تحت عدد 2019/16 ضد (ب ش) المركزي والمبلغ لبنك المغرب لحجز مبلغ 1.855.372,45 درهم ورفع اليد عنه وتحميل الخزينة العامة الصائر وهو القرار المطعون فيه.

في شأن الوسيلة الفريدة للطعن بالنقض بفروعها مجتمعة:

حيث يعيب الطاعن القرار المطعون فيه بعدم الارتكاز على أساس، ذلك أن المحكمة عللت قرارها بكون الإدارة لا يحق لها استرجاع مبلغ الضمانة موضوع الإشعار للغير الحائز ما دام أن الدين

قد انقضى وسقط بعدم التصريح به، في حين أن الدين قدم في إطار صفقة عمومية، وأن قرار الفسخ ومصادرة الضمانة هو من السلط المخولة للإدارة متى تبث لها إخلال المقاولة بالتزاماتها التعاقدية، وبالتالي فإن الضمانة مرصودة لتأمين الالتزامات التعاقدية للمقاول وهو الأمر الذي لجات إليه مديرية التجهيز في مواجهة المقاولة، وأن الكفالة في مجال الصفقات العمومية لا تتسم بطابع التبعية وخاضعة لإجراءات التحصيل في مواجهة البنك الكفيل دون الالتفات إلى مسطرة التسوية القضائية باعتبار هذه الضمانة هي ضمانة المسؤولية ومتى تحققت أسباب حجزها يصبح البنك هو المدين بأدائها، ومن جهة أخرى، فإنه خلافا لما انتهت إليه المحكمة من وجوب التصريح بالدين المذكور، فإن أحكام المادة 719 من مدونة التجارة فقد تم تقليص حالات عدم علم الدائنين أو صعوبة معرفتهم بوضعية المقاولة الخاضعة لمسطرة التسوية القضائية فبعدما كانت خطوة الإشعار الشخصي الذي يقوم به السنديك لمجرد الدائنين المقيدين أو أصحاب الإيجار الائتماني فإنه أضحى بإمكان كافة الدائنين الاستفادة من شرط الإشعار الشخصي من طرف السنديك حتى بالنسبة للدائنين العاديين المعروفين لدى المقاولة، وأن وزارة التجهيز معروفة لدى المقاولة لارتباطها بها بصفقة عمومية وكان على السنديك إشعارها حتى يمكن مواجهتها باجل السقوط، والمحكمة بعدم مراعاة ما ذكر عرضت قرارها للنقض.

لكن، حيث إنه – من جهة – فإن الغاية من وضع الضمانات هي الحرص على تأمين الأخطاء التي قد تصدر من المتعاقد مع الإدارة حين يباشر تنفيذ شروط العقد الإداري، بالإضافة إلى ضمان ملاءة ذمته عند مواجهة المسؤوليات التي قد يتعرض لها جراء الإخلال بالتنفيذ، وإذا أخل المتنافس أو المقاولة بالتزاماته يصبح صاحب المشروع مؤهلا لحرمانه من كافة الضمانات التي تصبح كسبا لصالح الدولة وهو الأمر المستفاد من مضمون المادتين 17 و79 من المرسوم رقم 394–14–02 بتاريخ 13–05–2016 بشأن المصادقة على دفتر الشروط الإدارية العامة المطبقة على صفقات الأشغال المقابلة للمادتين 14 و70 من المرسوم السابق رقم 1087–99–02 بتاريخ 04 ماي 2000، مما يفيد أن هذه الضمانات تصبح دينا عموميا مستحقا للدولة وقابلا للتحصيل الجبري بمفهوم المادة الثانية من مدونة تحصيل الديون العمومية، بدليل أن وزارة التجهيز والنقل في شخص مديريتها الإقليمية بشفشاون أوكلت مهمة استخلاصه لأجهزة الخزينة العامة للمملكة بالإقليم المذكور، وما دام الدين موضوع المنازعة كذلك، فإنه بالتالي يبقى خاضعا للتصريح لدى السنديك شأنه شأن الديون الأخرى المستحقة للدائن. **ومن جهة أخرى،** فإن عقد الكفالة يلتزم بمقتضاه شخص يسمى الكفيل بأن يضمن الوفاء بالالتزام إذا لم يف به المدين عند حلول الأجل ويترتب عليه التزام تابع يضمن الوفاء بالالتزام الأصلي، وفي مجال الصفقات العمومية فإن نائل الصفقة ملزم بتقديم كفالة بنكية لفائدة الإدارة لضمان تنفيذ التزاماته التعاقدية المترتبة عن عقد الصفقة، وبالتالي فإن العلاقة الرابطة بين الشركة والمؤسسة البنكية تعتبر عقد كفالة تخضع في أحكامها لمقتضيات قانون الالتزامات والعقود بما في ذلك حق الكفيل التمسك بكافة دفوع المدين الأصلي في مواجهة الدائن، والمحكمة مصدرة القرار المطعون بعد اعتماد

خاصية التبعية المميزة لعقود الكفالة والتي تعطي الكفيل حق التمسك في مواجهة الدائن بجميع الدفوع التي يمكن للمكفول (المدين الأصلي) التمسك بها في مواجهة هذا الأخير تطبيقا لمقتضيات الفصل 1140 من قانون الالتزامات والعقود، انتهت عن صواب إلى أن (ب.ش) المركزي يمكنه التمسك بدفوع الشركة الخاضعة للتسوية في مواجهة مديرية التجهيز والخازن الإقليمي لشفشاون بما في ذلك الآثار المترتبة عن عدم التصريح بالديون لدى سنديك التسوية القضائية خلال الأجل القانوني المنصوص عليه في الفصل 686 من مدونة التجارة قبل التعديل على اعتبار أن المسطرة تمت في ظل القانون الذي كان ساري المفعول، وقد ثبت لها أن الشركة صدر ضدها حكم بفتح مسطرة التسوية القضائية عن المحكمة التجارية بمكناس بتاريخ 18 يوليوز 2016 أي بعد صدور قرار صاحبة المشروع بفسخ الصفقة ومصادرة الضمانة النهائية بتاريخ 29 أكتوبر 2014، مما يكون معه الدين موضوع الإشعار للغير الحائز قد نشأ قبل فتح هذه المسطرة وكان من الواجب التصريح به لدى السنديك كما توجب ذلك المادة 690 من مدونة التجارة تحت طائلة سقوطه والمطبقة على النازلة وليس المادة 719 المحتج بها والتي أتت لاحقة لمسطرة فتح التسوية القضائية، علما أن المادة 686 أعلاه حصرت وجوب الإشعار بالنسبة للدائنين الحاملين لضمانات أو عقد ائتمان تجاري تم شهرهما ليس إلا، والمحكمة باعتمادها ما ذكر تكون قد استقامت على حكم القانون وعللت قرار كافيا وما بالوسائل غير جدير بالاعتبار.

لهذه الأسباب

قضت محكمة النقض مكونة من غرفتين برفض الطلب وإبقاء الصائر على رافعه.

وبه صدر القرار وتلي في الجلسة العلنية المنعقدة بالتاريخ المذكور أعلاه بقاعة الجلسات العادية بمحكمة النقض بالرباط، وكانت الهيئة الحاكمة متركبة من: **رئيس الغرفة الإدارية (القسم الثاني)** السيد سعد غزيول برادة **رئيسا** للجلسة والسيد محمد القادري **رئيس الغرفة التجارية (القسم الأول)**، والسادة المستشارين: عبد الغني يفوت **مقررا** وأحمد البوزيدي وحسن العفوي ومحمد بوغالب ومحمد رمزي ومحمد الصغير وهشام العبودي ومحمد كرام أعضاء وبمحضر **المحامي العام** السيد حسن تايب، وبمساعدة **كاتب الضبط** السيد سليمان الخمليشي.