القرار عدد 762

المؤرخ في 2008/5/28

الملف التجاري عدد 2005/1/3/334

أصل تجاري – بيع – خبرة تقييمية لانطلاق مزاد بيع أصل تجاري – حضورية (لا) – كفالة – تنازل عن التجريد والتجزئة – إكراه بدني – تحديده.

لا تشترط الحضورية في الخبرة المأمور بها لتحديد الثمن الافتتاحي للبيع بالمزاد العلني لأصل تجاري، مادام المبلغ المحدد قابلا للزيادة والنقصان.

لا حق للكفيل في التمسك بتجريد المدين الأصلي أمواله المنقولة والعقارية، إن تنازل صراحة عن ذلك، أو كان التزامه تضامنيا بمقتضى العقد أو القانون.

المملكة المغربية
المجلس الأعلى للسلطة القضائية

مقتضيات الفصل 11 من الاتفاقية الدولية بشأن الحقوق المدنية والسياسية، التي تمنع من سجن إنسان غير قادر على الوفاء بالتزام تعاقدي، لا تحول دون تحديد الإكراه البدني في حق المحكوم عليه، غيرأنه يمكن التمسك بها في مرحلة التنفيذ.

باسم جلالة الملك

إن المجلس الأعلى

وبعد المداولة طبقا للقانون

حيث يستفاد من الرجوع لوثائق الملف ومن القرار المطعون فيه عدد 2003/2896 الصادر عن محكمة الاستئناف التجارية بالدار البيضاء بتاريخ

10/02/ 2003 في الملف رقم 9/02/3763 أنه بتاريخ 2000/5/24 تقدم المطلوب للدار البيضاء بمقال إلى تجارية الدار البيضاء يعرض فيه أنه دائن لشركة بمبلغ 484.225,14 درهم عن مدينية حسابها الجاري المحصور بتاريخ 2000/2/29 والمثبت بكشف حساب بنفس التاريخ، وإن الشركة المذكورة ضمانا لهذا الدين منحته رهنا على أصلها التجاري وتجهيزاته وذلك في حدود مبلغ 300.000 درهم حسب العقدتين المصادق عليهما بتاريخ 1995/01/27 و1995/12/05، وتتضمن هاتان العقدتان لمنح قرض بحساب جار مضمون برهن الأصل التجاري وتجهيزاته، في فصلهما التاسع، أحقية العارض حين اضطراره لعرض النزاع على القضاء لاستخلاص دينه، غرامة بنسبة 10% من الدين، كما أن المدعى عليه ضمن الشركة المذكورة في حدود مبلغ 500.000 درهم حسب عقدي الكفالة المصادق على توقيعهما بتاريخ 1995/01/26 و1995/12/06، وإن المحاولات الحبية للحصول على دينه بما في ذلك رسائل الإنذار المضمونة لم تسفر عن أية نتيجة، لذلك يلتمس العارض الحكم على المدعى عليهما بأدائهما له متضامنين مبلغ 484.225,14 درهم مع فوائده البنكية بنسبة 11,5% و12% بالإضافة إلى الضريبة على القيمة المضافة بسعر 12% من تاريخ 2000/02/29 إلى تاريخ التنفيذ والغرامة التعاقدية بنسبة 10% ومعدل الفائدة 2% عن قيمة مجموع الدين طبقا للفصول 9 و4 من عقدي القرض مع فوائدها الاتفاقية بالنسبة المذكورة إلى تاريخ التنفيذ. ومبلغ 50.000 درهم كتعويض عنه التماطل مع فوائده القانونية من تاريخ الطلب إلى تاريخ التنفيذ، والحكم ببيع الأصل التجاري المرهون وتجهيزاته المسجل بالسجل التجاري رقم 72437، والكائن بنفس عنوان المدعى عليها الأولى لأداء الدين المذكور أصلا وغرامة تعاقدية وتعويضا، والكل مع الفوائد المطلوبة، وتحديد الإكراه البدني في الأقصى في حق الضامن وشمول الحكم بالنفاذ المعجل، وبعد جواب الكفيل وإجراء مسطرة القيم في حق المدينة الأصلية شركة

وإجراء خبرة لتقويم الأصل التجاري المرهون أصدرت المحكمة التجارية حكمها بأداء المدعى عليهما تضامنا لفائدة المدعي المبلغ المطلوب مع فوائده القانونية من اليوم الموالي لحصر الحساب وهو 2000/03/01 إلى يوم التنفيذ، والضريبة على القيمة المضافة مع الغرامة التعاقدية بنسبة 10% من أصل الدين والصائر والإكراه البدني في الأقصى في حق الكفيل، ورفض ما عدا ذلك، وفي حالة عدم الأداء،

المملكة المغربية
المجلس الأعلى للسلطة القضائية
محكمة النقض

وبعد مرور شهرين على صيرورة الحكم نهائيا، الحكم بالبيع الإجمالي للأصل التجاري المملوك للمدعى عليها المسجل تحت عدد والكائن بزنقة الدار البيضاء، والمدعو مع تحديد الثمن الافتتاحي للبيع في مبلغ 160.000 درهم قابل للزيادة او النقصان بأقساط متتالية قيمتها 4000 درهم إلى أن يتم البيع، وتكليف قسم التنفيذ بالإجراءات المنصوص عليها في المادة 115 وما يليها من مدونة التجارة، وجعل الصوائر امتيازية من عملية البيع، وفي حالة فشلها تبقى على عاتق المدعى عليها، وشمول الحكم بالنفاذ المعجل، استأنفه الكفيل استئنافا أصليا، كما استأنفه استئنافا فرعيا فقضت محكمة الاستئناف التجارية برد الاستئنافين وبتأييد الحكم المستأنف وهو القرار المطعون فيه.

في شأن الوسيلة الأولى،

حيث ينعى الطاعن على القرار انعدام التعليل وعدم الارتكاز على أساس بدعوى أن محكمة الاستئناف عللت اعتمادها على كشوف الحساب بناء على حيثية يتيمة جاء فيها "أن المنازعة في كشف الحساب هي منازعة غير جدية طالما أن الطاعن لم يطعن في التقييدات أو العمليات المضمنة بالكشف المذكور، لذلك فإنه يتعين رد هذا الدفع" إلا أن العارض أكد سواء في مقاله الاستئنافي أو خلال المرحلة الابتدائية بأن كشف الحساب المدلى به يفتقر إلى البيانات المنصوص عليها في المادة 496 من مدونة التجارة التي تنص على أنه "يبين كشف الحساب بشكل ظاهر السعر والعمولات ومبلغها وكيفية احتسابها"، كما أشار إلى الفصل 106 من ظهير 1993/7/6 الذي ينص على أن "كشوف الحساب التي تعدها مؤسسات الائتمان وفق الكيفية التي يحددها والي بنك المغرب بعد موافقة لجنة مؤسسات الائتمان... تعد حجة"، كما أكد الطالب بأن لجنة مؤسسات الائتمان قد وافقت إثر اجتماعها بتاريخ 1998/2/10 على مجموعة من المعايير والكيفيات التي يجب أن تكون عليها كشوف الحساب، وبذلك يكون قد تقدم بمستنتجات صحيحة وبصفة قانونية، والمحكمة لم تتعرض لهذه الدفوع ولم تناقشها ولم تجب على وسائل دفاعه، مما يعد بمثابة انعدام التعليل.

المملكة المغربية
المجلس الأعلى للسلطة القضائية
محكمة النقض

ومن جهة أخرى، فإنه (الطاعن) تقدم بطلب إجراء خبرة مضادة لعدم قانونية وعدم حضورية الخبرة المنجزة من قبل الخبير الذي عينته المحكمة، والمحكمة عللت قرارها بعدم إجراء خبرة مضادة بأن "الخبرة التي ينازع فيها هي خبرة تقويمية تم الأمر بها من أجل تحديد الثمن الافتتاحي للبيع بالمزاد العلني للأصل التجاري المملوك للمدينة الأصلية والمرهون لفائدة البنك، إلا أنه وإن كان الأمر يتعلق بخبرة تقويمية، فإنها يجب أن تنفذ بناء على الأمر التمهيدي الصادر عن المحكمة والذي يلزم الخبير باستدعاء الأطراف ووكلائهم وفق الفصل 63 من ق م م، إلا أنه لا يوجد بتقرير الخبرة ما يفيد استدعاء الأطراف ووكلائهم وقد أكد العارض ذلك خلال المرحلة الابتدائية وفي مقال الاستئناف إلا أن المحكمة لم تعر ذلك أي اهتمام ولم تجب عن الدفع بإجراء خبرة مضادة مما جاء معه قرارها ناقص التعليل الموازي لانعدامه ويتعين نقضه.

لكن، حيث إن المحكمة مصدرة القرار المطعون فيه التي تبين لها أن الكشوف الحسابية المعتمدة من طرف البنك المطلوب مفصلة ومرفقة ببيان يوضح نسبة الفوائد المطبقة وتاريخ بداية سريانها، ردت وعن صواب الدفع موضوع الشق الأول من الوسيلة بقولها "إن المنازعة في كشف الحساب هي منازعة غير جدية طالما أن الطاعن لم يطعن في التقييدات أو العمليات المضمنة بالكشف المذكور، لذلك يتعين رد هذا الدفع..." مادام أن منازعة الطالب جاءت عامة ولم تنصب على مفردات معينة بالذات من الحساب، وبخصوص خرق مقتضيات الفصل 63 من ق م م فإن المحكمة بقولها "إن الخبرة التي ينازع فيها هي خبرة تقويمية تم الأمر بها من أجل تحديد الثمن الافتتاحي للبيع بالمزاد العلني للأصل التجاري المملوك للمدينة الأصلية والمرهون لفائدة ..." تكون قد استبعدت ضمنيا الدفع المذكور وكذا طلب إجراء خبرة مضادة مادام ان الخبرة المأمور بها غير إلزامية ولم يكن الغرض منها سوى تحديد الثمن الافتتاحي لبيع الأصل التجاري المرهون بالمزاد العلني، وإن المبلغ المحدد بمقتضاها قابل للزيادة والنقصان إلى أن تستقر عملية البيع، فجاء قرارها بذلك معللا ومبنيا على أساس والوسيلة على غير أساس

المملكة المغربية
المجلس الأعلى للسلطة القضائية
محكمة النقض

في شأن الفرع الأول من الوسيلة الثانية،

حيث ينعى الطاعن على القرار خرق مقتضيات الفصل 1136 من ق ل ع، بدعوى أنه سبق له خلال المرحلة الابتدائية ان طلب إخراجه من الدعوى ككفيل طالما ان شركة منحت رهنا على أصلها التجاري وعلى تجهيزاته لفائدة البنك، وان القرار الاستئنافي اعتبر أن الكفالة المقدمة من طرفه هي كفالة تضامنية وتنازل بمقتضاها عن الدفع بالتجريد والتقسيم، لكن هذه الشروط تعسفية وتخالف المقتضيات المنصوص عليها في الفصل 1136 من ق ل ع في فقرته الثانية التي تنص على أنه "إذا كان للدائن حق الرهن الحيازي او حق الحبس على منقول مملوك للمدين، وجب عليه أن يستوفي دينه منه، ما لم يكن مخصصا لضمان ديون أخرى على المدين، في حالة كونه غير كاف للوفاء بها جميعا" ويفهم من هذا الفصل أن الدائن لا يحق له الرجوع على الكفيل إلا بعد أن يثبت أن المدين يتعذر عليه الوفاء، وأن المدين برهنه لفائدة البنك مالا منقولا يتمثل في الأصل التجاري، واستصدار حكم ببيعه، فإنه كان عليه ان يستخلص دينه أولا من البيع بالمزاد العلني للأصل التجاري، وأن يستوفي ما تبقى من لدن الكفيل بعد أن يتم تجريد المدين من كل أمواله وأن معظم التشريعات العربية قد قضت بضرورة تجريد المدين من أمواله، وبعد ذلك تتم مطالبه الكفيل بالأداء، وإن عدم أخذ المحكمة بهذا المقتضى يجعلها خارقة للمقتضيات الواردة في المادة 1136 من ق ل ع ويتعين نقض قرارها.

لكن، حيث إنه لئن كان الفصل 1136 من ق ل ع ينص في فقرته الأولى على أن "للكفيل الحق في أن يطلب من الدائن أن يقوم أولا بتجريد المدين من أمواله المنقولة والعقارية بشرط أن تكون قابلة للتنفيذ عليها..." فإن الفقرة الأولى من الفصل 1137 من ق ل ع صريحة من أنه "ليس للكفيل طلب تجريد المدين الأصلي من أمواله إذا كان قد تنازل صراحة عن التمسك بالدفع بالتجريد وعلى الخصوص إذا كان قد التزم متضامنا مع المدين الأصلي.." والمحكمة مصدرة القرار المطعون فيه التي تبين لها من خلال عقدي الكفالة المدرجين بالملف أن الطالب كفل المدينة الأصلية شركة بصفة متضامنة مع التنازل الصريح عن الدفع

بالتجريد وبالتجزئة، فأوردت ضمن تعليلاتها "أنه بخصوص الدفع بخرق الفصل 1136 من ق ل ع، فإنه دفع مردود ذلك أن الطاعن يعتبر كفيلا للمدينة الأصلية، وإن الكفالة المقدمة لهذه الأخيرة هي كفالة تضامنية تنازل بمقتضاها بصفة صريحة عن حقه في التجريد والتجزئة، لذلك ليس له الحق في المطالبة بمتابعة المدين الأصلي في ممتلكاته، وقد تم تفصيل هذا المقتضى في عقد الكفالة نفسه، لذلك وجب رد هذا الدفع "تكون قد راعت مجمل ما ذكر، و لم تخرق أي مقتضى والفرع على غير أساس.

في شأن الفرع الثاني من الوسيلة الثانية،

حيث ينعى الطاعن على القرار خرق مقتضيات الفصل 11 من الاتفاقية الدولية بشأن الحقوق المدنية والسياسية الموقعة بنيويورك في 1966/12/16، بدعوى أن الاتفاقية المذكورة تنص على أنه "لا يجوز سجن الدائن (والصحيح هو إنسان) فقط على عدم قدرته على الوفاء بالتزام تعاقدي"، وأن الدستور المغربي أعلن في ذيباجته على التزام المغرب باحترام المواثيق والمبادئ والحقوق والواجبات بوصفه عضوا في المنظمات الدولية، وقد استقر القضاء المغربي على الأخذ بالاتفاقية المذكورة في العديد من المناسبات حينما تعرض عليه نوازل تتعلق بالإكراه البدني، ومحكمة الاستئناف بعدم التفاتها للاتفاقية المذكورة وعدم التزامها بها واكتفائها بالقول بأن هذا الدفع سابق لأوانه تكون قد خرقت اتفاقية دولية أصبحت من صميم القانون المغربي وترجح على القانون الداخلي لمصادقة المغرب عليها.

المملكة المغربية
المجلس الأعلى للسلطة القضائية

لكن، حيث إن المحكمة مصدرة القرار المطعون فيه التي ثبت لها أن الأمر في النازلة يتعلق بطلب تحديد مدة الإكراه البدني في حق الطالب وليس بتنفيذه، فردت الدفع موضوع الفرع من الوسيلة بقولها "إن ما أثاره (الطالب) حول الإكراه البدني واستدلاله بالفصل 11 من الاتفاقية الدولية بشأن الحقوق المدنية والسياسية الناصة على أنه "لا يجوز سجن إنسان فقط على عدم قدرته على الوفاء بالتزام تعاقدي" يعتبر دفعا سابقا لأوانه لذلك وجب رده" تكون قد

اعتبرت وعن صواب أن ما وقع التمسك به أمامها يمكن أن يثار أثناء مسطرة تنفيذ الحكم المحدد للإكراه البدني، فجاء قرارها بذلك غير خارق لأي مقتضى والفرع على غير أساس.

لهذه الأسبـــاب

قضى المجلس الأعلى برفض الطلب، وتحميل الطالبة الصائر.

وبه صدر القرار وتلي بالجلسة العلنية المنعقدة بالتاريخ المذكور أعلاه بقاعة الجلسات العادية بالمجلس الأعلى بالرباط. وكانت الهيئة الحاكمة متركبة من السيدة الباتول الناصري رئيسا والمستشارين السادة فاطمة بنسي مقررا عبد الرحمان المصباحي والطاهرة سليم ومحمد الإدريسي المجدوبي أعضاء وبمحضر المحامي العام السيد السعيد سعداوي وبمساعدة كاتبة الضبط السيدة فتيحة موجب.

المملكة المغربية
المجلس الأعلى للسلطة القضائية
محكمة النقض

الرئيس: **المستشار المقرر:** **كاتبة الضبط**