

**Action subrogatoire de l'assureur
: la franchise contractuelle doit
être déduite de l'indemnité due
par le transporteur maritime
responsable (CA. com.
Casablanca 2020)**

Identification			
Ref 68898	Juridiction Cour d'appel de commerce	Pays/Ville Maroc / Casablanca	N° de décision 1388
Date de décision 20200618	N° de dossier 2019/8232/4205	Type de décision Arrêt	Chambre
Abstract			
Thème Maritime, Commercial		Mots clés Usage portuaire, Transport maritime, Responsabilité du transporteur, Réformation du jugement, Marchandises en vrac, Manquant, Freinte de route, Franchise d'assurance, Expertise judiciaire, Déduction de la franchise, Action subrogatoire de l'assureur	
Base légale		Source Non publiée	

Résumé en français

Saisi d'un appel contre un jugement ayant rejeté une action en responsabilité du transporteur maritime pour manquant à la livraison, la cour d'appel de commerce se prononce sur la détermination de la freinte de route et l'étendue du recours subrogatoire de l'assureur. Le tribunal de commerce avait écarté la demande au motif que le manquant constaté entrait dans la tolérance d'usage, fixée souverainement par le juge.

La cour rappelle d'abord que la détermination de la freinte de route relève du عرف du port de déchargement et doit, en cas de contestation, être établie par expertise, écartant par ailleurs la clause de tolérance figurant dans la facture d'achat comme étant inopposable au transporteur, tiers au contrat de vente. Surtout, la cour retient que l'assureur, qui exerce une action subrogatoire, ne peut réclamer au tiers responsable que les sommes qu'il a effectivement versées à l'assuré.

Par conséquent, la franchise contractuelle déduite par l'assureur lors de l'indemnisation de son client doit également être déduite de la condamnation prononcée contre le transporteur. La cour infirme donc le jugement et condamne solidairement le transporteur et sa caution bancaire au paiement du préjudice ainsi calculé.

Texte intégral

وبعد المداولة طبقا للقانون.

في الشكل :

بتاريخ 02/08/2019 تقدمت شركات التأمين (أ.) ومن معها بواسطة محاميها بمقال مؤدى عنه الرسم القضائي بمقتضاه تستأنف جميع المقتضيات التمهيدية والقطعية للحكم عدد 554 الصادر عن المحكمة التجارية بالدار البيضاء بتاريخ 23/01/2019 في الملف عدد 12367/8218/2018 القاضي في الشكل بقبول الطلب وفي الموضوع برفضه مع تحميل رافعه الصائر.

حيث سبق البت في الاستئناف بالقبول بمقتضى القرار التمهيدي الصادر بتاريخ 30/09/2019.

في الموضوع :

حيث يستفاد من وثائق الملف والحكم المستأنف أنه بتاريخ 12/12/2018 تقدمت المدعيات بمقال عرضت فيه أنها أمنت بطلب من شركة (أ.) بضاعة تم نقلها بمقتضى سند شحن على ظهر الباخرة و التي وصلت الى ميناء الدار البيضاء بتاريخ 13/12/2016 غير انه وجد بها خصاص عند جعلها رهن اشارة الشركة المؤمن لها بتاريخ 26/12/2016 و الذي تمت معانيته بواسطة الخبير الذي انجز تقريره الحضورى بالنسبة لجميع الاطراف المؤرخ بتاريخ 26/12/2016 والتي خلصت الى ان الناقل البحري هو من يتحمل مسؤولية الخصاص الحاصل للبضاعة و انها ادت احتراماً لالتزاماتها التعاقدية مبلغ 229.273 درهم عن الخسارة و كذا مبلغ 4000 درهم من قبل صائر تصفية العوار و مبلغ 50.200 درهم عن صائر الخبرة، و ان بنك (م. ت. خ.) سلم لها كفالة بنكية تضامنية في حدود مبلغ 34.228,16 دولار امريكي يضمن بمقتضاها اداء الربان لها التعويض المطالب به حالياً. لاجله تلتمس الحكم على المدعى عليه الأول بادائه لفائدها مبلغ 283.473 درهم مع الفوائد القانونية من تاريخ الطلب و الحكم على المدعى عليه الثاني بادائه تضامناً مع المدعى عليه الاول جميع التعويض المذكور في حدود كفالته البنكية التضامنية و قدرها 34.228,16 دولار امريكي حسب سعر الصرف الجاري به العمل يوم التنفيذ و النفاذ المعجل. و ارفق المقال بوصل تصفية صائر العوار بمثابة عقد حلول – وصل اداء صائر الخبرة – تقرير خبرة – شهادتي تامين – سندات شحن – فواتير شراء – شهادتي وزن عند الشحن – شهادتي وزن عند الافراغ – لوائح الوزن عند الافراغ – رسالة ضمان – كفالة بنكية تضامنية.

و أجاز المدعى عليه الاول بجلسة 09/01/2019 موضحاً ان شركات التامين حلت محل شركة (أ.) التي ليست هي الطرف المرسل اليه و ان هذه الاخيرة ليست سوى طرف يشعر NOTIFY بوصول الباخرة الى الميناء و بالتالي لا يمكن قبول الطلب الا اذا ثبت ان وثيقة الشحن قد تم تظهيرها لفائدة للشركة المؤمنة لدى المدعيات، و انه بالرجوع الى الفواتير الخاصة بالبضاعة سيبيبين انه في اسم شركات اخرى لا علاقة لها بالمؤمن لها التي حلت المدعيات محلها و انه في غياب ما يفيد تظهير وثيقة الشحن تكون المدعيات قد حلت محل من لا صفة لها، كما انه لا وجود لاية رسالة احتجاج تكون قد وجهت للناقل البحري طبقاً لمقتضيات المادة 19 من اتفاقية هامبورغ و ان شركة (س. م.) المتعهد بالافراغ لم تاخذ أي تحفظ تحت الروافع مما يجعل الربان يتمتع بقريته التسليم المطابق و بالتالي كان على شركة التامين ان تقيم دعواها على شركة (س. م.) بما انه لا وجود لاي تحفظات تكون قد اخذتها لا تحت الروافع و لا فيما بعد، و ان مجموع نسبة الخصاص لا تتعدى 0,59 % و هي نسبة تدخل في نطاق ضياع الطريق الذي يعفي الناقل من اية مسؤولية. لذلك يلتزم التصريح بعدم قبول الطلب و احتياطياً رفضه موضوعاً.

و أجاب نائب المدعى عليه الثاني بجلسته 09/01/2019 ان الوثائق محررة باللغة الانجليزية و انه على المدعيات ترجمتها للغة العربية وان المعاينة تمت يوم 13/12/2016 بينما كانت البضاعة قد وصلت الى الشركة المؤمن لها يوم 26/12/2016 و انه خلال هذه المدة فان البضاعة قد تعرضت لعدة افات و اخطار لا يمكن جعل عواقبها على عاتق الناقل البحري، و ان البضاعة تم شحنها يوم 22/11/2016 بينما لم تبرم عقدة التامين الا يوم 14/12/2016 أي بعد انتهاء عملية تفريغ البضاعة مما يكون الجزء هو بطلان التامين كما ان الملف خال من رسالة الاحتجاج و انه لا وجود لاي تحفظات تحت الروافع تكون قد اتخذت من طرف مقاول الافراغ مما يترتب عنه افتراض التسليم المطابق و بالتالي انعدام مسؤولية الربان، فضلا عن ان تقرير الخبرة لا يتوفر على اية قوة اثباتية لعدم مراعاة مقتضيات الفصل 63 من م ق م ل لعدم استدعائه و ان الامر يتعلق بخبير تم تعيينه بارادة منفردة من اجل الدفاع عن مصالح شركات التامين و انه تم استدعاؤه للدعوى الحالية باعتباره كفيلا في حدود مبلغ 34.228,16 دولار و لا دخل له في المسؤولية عن الاضرار المطالب بالتعويض عنها. لذلك يلتمس الحكم بعدم قبول الطلب شكلا و برفضه موضوعا و احتياطيا باخراجه من الدعوى الحالية دون قيد او شرط و تحميل المدعيات الصائر.

و بعد استيفاء الإجراءات المسطرية صدر الحكم المشار إليه أعلاه وتم الطعن فيه بالاستئناف من طرف المدعيات التي أسست استئنافها على مايلي: أن المحكمة الابتدائية لم تصادف الصواب فيما قضت به من أن نسبة الخصائص الحالي المحددة في 0,59% من الوزن الإجمالي للبضاعة، تدخل في نطاق عرف عجز الطريق والذي حددته من تلقاء نفسها في نسبة 1%. والحال، إذا كان العرف هو بمثابة قانون، وهو بهاته الصفة مصدر رسمي له، فإنه لا يمكن إثباته عن طريق مصدر غير رسمي للقانون والذي يشكله الاجتهاد القضائي، مهما تواتر هذا الأخير، بناء على مبدأ تراتبية القوانين أسبقية العرف كمصدر رسمي للقانون، على الاجتهاد القضائي كمصدر غير رسمي للقانون. وانه بالرجوع الى كتاب بعنوان "الوجيز في المدخل لدراسة القانون" الجزء الأول - نظرية القانون - للدكتور الطيب (ف.)، فإنه جاء في الصفحة 111 بعنوان "الفصل الثاني العرف LA COUTUME" وبالضبط في الصفحتين 123 و 124 حرفيا ما يلي:

الآثار المرتبة على التفرقة بين العرف والعادة الاتفاقية: بما أن العرف ينشأ عند قواعد قانونية ملزمة، وبما أن العادة لا تنشأ عنها قواعد قانونية...، فإن هذه التفرقة تترتب عنها نتائج نجملها كما يلي:

- 1- افتراض العلم بالقانون: بما أن العرف يعتبر قانونا، فلا يقبل من أحد العذر بجهله.
- 2- افتراض علم القاضي بالعرف: من واجب القاضي تطبيق العرف دون أن يطلب منه ذلك، او يتمسك به أحد الطرفين على اعتبار أن من واجب القاضي العلم بالعرف.
- 3- إثبات العرف: لا بد من إثبات العرف والاستدلال على وجوده حتى يمكن تطبيقه، وهذا لا يقع على الخصوم بل يقع على القاضي لأن العرف قانون وأول من يجب عليه العلم بالقانون هو القاضي.

4- من حيث خضوع القاضي لرقابة محكمة النقض وذلك فيما يتعلق بالعرف باعتباره قانون: إلا أن هذه الرقابة التي تمارسها محكمة النقض كانت على خلاف لدى الفقهاء الفرنسيين في القرن الماضي، وهكذا عارضوا بشدة ونفوا ان تكون لمحكمة النقض رقابة على ما يقضي به القاضي من وجود العرف أو عدم وجوده أو في تطبيقه، ولكن سرعان ما عدل عن هذا الرأي وحد سلطة الرقابة على وجوده التي تظل متروكة لقضاة الموضوع دون معقب. إلا أن هذه الآراء كلها كانت محل نظر لأن العرف كالتشريع لا بد من التثبت من وجوده وتطبيقه. ولهذا لم يسع الفقهاء إلا أن يعترفوا أخيرا وأن يقرروا لمحكمة النقض سلطة رقابة القاضي على ما يطبقه من عرف وايضا ما يتعلق بإثبات وجوده. لهذه الأسباب تلتزم الغاء الحكم المطعون فيه وبعد التصدي الحكم من جديد اساسا الحكم وفق مطالبها المفصلة في مقالها الافتتاحي للدعوى مع جعل الصائر على عاتق المستأنف عليهما. واحتياطيا الأمر بإجراء خبرة تقنية لتحديد عرف نسبة عجز الطريق المطبقة في النازلة الحالية ومبلغ التعويض الذي يفوق النسبة المذكورة. مع حفظ حق المعارضة في التعقيب على مستنتاجاتها. وارفق المقال بصورة طبق الأصل للحكم المطعون فيه ، طي التبليغ.

و أجاب المستأنف عليه بجلسته 19/09/2019 أن المعارض يثير انتباه الطاعنات أن عجز الطريق كمبدأ كان منذ القدم سببا لاعفاء الناقل

من المسؤولية بالنسبة للبضائع التي تنقل على شكل سائب ويكون الخصائص المسجل في وزنها أمرا حتميا ودون أن يكون مرده خطأ الناقل البحري. وكل التشريعات تأخذ بهذا المبدأ وتطبقه جميع المحاكم على الصعيد العالمي. وان المشرع المغربي قنن هذا المبدأ بمقتضى المادة 461 من مدونة التجارة مع العلم أن محاكم المملكة كانت تطبقه حتى قبل صدور مدونة التجارة. وانه بمقارنة البيانات الواردة في بيان تسوية العواريات يتضح ان نسبة الخصائص لا تصل حتى 1%. وان هذه النسبة تعتبر عادية و تدخل في نطاق عجز الطريق طبقا لمقتضيات المادة 461 من مدونة التجارية. و انه لا يجب أن يغيب عن الذهن كذلك أن الأمر يتعلق ببضاعة كانت منقولة في شكل خليط. وأن هذه هي الحالة بالذات التي يرتفع فيها الضياع بما أن البضاعة لم تكن محمية داخل أكياس ومعرضة للإتلاف سيما إذا كانت موضع إجراءات متعددة ومن جملتها: الشحن بمقر الشاحن على ظهر شاحنات - النقل البري ما بين مقر البائع وميناء الشحن - عملية إفراغ الشاحنات - إعادة الشحن على ظهر الباخرة - عملية النقل البحرية من ميناء لابلانس الى ميناء الدارالبيضاء - إجراء الإفراغ بميناء الدارالبيضاء مع إعادة الشحن على ظهر شاحنات... الخ. وأن فرص الضياع تتكرر كلما تكررت عمليات شحن أو إفراغ أو نقل ذلك أنها تتسبب في تشتيت وتصاعد الغبار، بالإضافة الى الكسور العادية والتجفيف. وأنه فيما يخص الحبوب بصفة خاصة والتي لم توضع داخل أكياس فإن التجربة أدلت على وجود نسبة خصائص فعلية تتراوح ما بين 2 و 5 في المائة يستحيل اجتنابها وذلك كيفما كانت الإحتياطات والتدابير الممكن اتخاذها. و أن العارض ليس في حاجة بأن يناقش من جديد هذا المشكل القانوني الذي نال ما يكفي من إهتمام ودراسات وأحكام وقرارات على كل المستويات القضائية. وأنه ينبغي الإشارة أيضا انه بعد شحن البضاعة على متن السفينة تم وضع الأختام ولم تتم إزالتها إلا بعد وصول الباخرة الى ميناء الإفراغ مما يدل أن الربان لم يفتح العنابر طيلة الرحلة البحرية ولا يمكن بالتالي أن ينسب له أي خطأ حول الخصائص. وأنه ينبغي التذكير أيضا أن الربان قد أبدى مجموعة من التحفظات أثناء عملية الإفراغ بسبب تشتيت البضاعة على الرصيف من طرف أعوان متعهدة الشحن والإفراغ. وادلى العارض خلال المرحلة الابتدائي بنسخة من رسالة التحفظات مع بعض الصور الفوتوغرافية التي تثبت التشتيت الذي شهدته عملية الإفراغ. وأنه عكس ما ذهب إليه الطاعنة فإن الأمر يتعلق بمسألة تدخل في نطاق السلطة التقديرية للمحكمة. وان شركات التأمين تحاول تجريد القضاة من هذا الحق القانوني معتقدة أن الخبراء التابعين لها هم الذين لهم حق مصير هذه الملفات ويجب بالتالي الرجوع إليهم كلما عرض نزاع من هذا النوع أمام القضاء. ذلك ان التجربة أظهرت بأن الخبراء المعينين من أجل تحديد نسب عجز الطريق إما تابعين لشركة التأمين أو تابعين لناقلين بحريين. وان السؤال المطروح هو معرفة هل هؤلاء الخبراء المطلوب تعيينهم يتوفرون على إلهام رباني يجعلهم يتنبئون بما يمكن أن يحدث بالنسبة لكل شحنة من خصائص ناتج عن نقصان في الحجم أو الوزن بسبب ما تتعرض له البضاعة من ظروف مناخية تؤدي الى تشتيتها أو تبخرها أو أي عمل آخر. وأن الشيء الذي يثير الاندهاش هو أن شركة التأمين تعتقد بأن العرف ليس بيد القضاء بل بيد الخبراء. وأنها في الواقع تخلط ما بين ما يسمى بالعرف وما يسمى بالعادة. وان العادة هي التي طبقا لمقتضيات الفصل 476 من ق ع ل يمكن إثبات وجودها من طرف من يتمسك بها بخلاف العرف الذي هو من صميم موقف القضاء. وان الشيء الذي غاب عن ذهنها كذلك هو أن المحكمة تأخذ تجربتها من مختلف الملفات المعروضة عليها واصبحت حاليا تتوفر على ما يكفي من المعرفة والخبرة لكي تذكر تمام الإدراك نسب الخصائص المألوفة بالنسبة لمختلف البضائع المتنازع في شأنها وبصفة خاصة بالنسبة للحبوب أو البضاعة التي يتم نقلها على شكل خليط ولم تكن موضوعة داخل أكياس تحميها. وأنه كيفما كانت نسبة الخصائص الملحوظة، فإن الشيء الذي يبقى ثابتا ومؤكدا هو أن الربان ليس له اية يد أو مسؤولية فيها بما أن هذه البضاعة توضع داخل عنابر مقلقة بالرصاص وتبقى على هذه الحالة الى أن يتم إفراغ هذه العنابر وكسر الاختام الرصاصية عند وصول الباخرة الى ميناء الإفراغ. وأنه على هذه الشركات أن تكون منطقية مع نفسها، ذلك أن ما دام الربان لم يفعل أي شيء ولا يتوفر حتى على إمكانية قفل الاختام الرصاصية، فكيف يمكن اتهامه بأنه مسؤول عن خصائص كيفما كانت نسبته صغيرة أو كبيرة.

واحتياطيا أن الدفع المستمد من المادة 461 من القانون التجاري المغربي ليس له إلا طابع احتياطي، ذلك أن طلب شركات التأمين في جميع الأحوال غير مقبول وغير مبني على اساس لمختلف الاسباب التي وقع شرحها في مذكرته الموضوعة في جلسة 05/07/2016 ومن جملتها: 1- انعدام صفة شركات التأمين نظرا لكون وثيقة الشحن المدلى بها قد صدرت للأمر مع ضرورة تطبيق مقتضيات المادة 246 من القانون البحري المغربي. 2- انعدام تحفظات شركة (س. م.) ودون حاجة للتذكير بموقف محكمة الاستئناف حول هذا الدفع التقليدي والذي من شأنه أن يعفي الناقل البحري من كل مسؤولية 3- شرط ما يقال كائن والمستمد من الفصل 265 من القانون البحري

4- كون التحفظات الموجهة للربان كان لها طابع احتياطي محض ولم تكن مطابقة لمقتضيات المادة 19 من اتفاقية هامبورغ 5- انعدام حجية الخصاص بما ان البضاعة لم يتم وزنها لا تحت الروافع ولا بعد الافراغ ذلك أن عملية الوزن لم تتم إلا بعد إتمام الاجراءات التقليدية بالميناء وبمنطقة الخروج (مع اعتبار اجتهادات محكمة الاستئناف التجارية في هذا الموضوع) 6- عدم قبول الطلب نظرا لعدم إدلاء شركات التأمين بمشارطة الإيجار والتي تعتبر وثيقة اساسية مضمومة لتذكرة الشحن. لهذه الأسباب يلتمس تايبب الحكم الابتدائي.

وبناء على الحكم التمهيدي الصادر بتاريخ 30/9/2019 القاضي بإجراء خبرة تقنية يقوم بها الخبير عبد الحي بلامين وذلك بعد الانتقال الى ميناء الإفراغ البضاعة وتحديد نسبة العجز الطبيعي وفق العرف السائد به .

وحيث أودع الخبير المنتدب تقريرا خلص فيه أن نسبة الخصاص الطبيعي للطريق لمادة الصوجا هي 0.15% ، وبعد اعتباره نسبة الإعفاء المنصوص عليها لعقد التأمين 0.12% حدد التعويض المستحق للمادة المذكورة هي 92290.11 درهم وبالنسبة لمادة الذرة حددها أيضا في نسبة 0.15 % ، وبعد إضافة نسبة إعفاء شركة التأمين 0.12 % وبعد الجمع بين النسبتين اعتبر أن التعويض غير مستحق عن مادة الذرة .

وعقبت المستأنفة بعد الخبرة بجلسة 12/3/2020 أن الخبير القضائي قد خرقت القواعد التالية :

أن نسبة عجز الطريق هي تعريفا للضياع الطبيعي الذي يلحق البضاعة و التي لا يد الإنسان فيها ، مما يؤكد أن خلوص التأمين التعاقدية لا يمكن له أن يدخل في تعريف عجز الطريق، ولا يمكن بالتالي احتسابه في تحديد نسبة عجز الطريق. وأن بوليصة تأمين العارضة مع المؤمن لها (بما فيها آلية احتساب تعويض التأمين بعد خصم خلوص التأمين التعاقدية) لا يمكن أن يستفيد منها أو أن يواجه بها الربان بصفته غيرا، بناءا على مبدأ نسبة العقود وطبقا لمقتضيات الفصل 228 من ق ل ع ، مما لا يمكن معه إستفادة الربان من خلوص التأمين التعاقدية المنصوص تأمين العارضة مع المؤمن لها، وأنه ينبغي من أجله تقويم خلاصة الخبير كما يلي:

1. بالنسبة لمادة الصوجا:

- نسبة الخصاص الإجمالي : 0.38 % بوزن 84.300 طن .

- نسبة عجز الطريق 0.15% بوزن 33 طن.

- التعويض عن ما زاد عن نسبة عجز الطريق المذكورة:

- وزن الخصاص الذي زاد عن وزن عجز الطريق 51.300 طن .

- قيمة الوزن المذكور: 51.300 طن \times 3.706.40 درهم للطن = 1.90.138.32 درهم

2. بالنسبة لمادة الذرة:

- نسبة الخصاص الإجمالي : 0.22 %، بوزن 16.700 طن .

- نسبة عجز الطريق: 0.15%، بوزن: 11.55 طن .

- التعويض عن ما زاد نسبة عجز الطريق المذكورة:

- وزن الخصاص الذي زاد عن وزن عجز الطريق : 5.15 طن .

- قيمة الوزن المذكور : 5.15 طن \times 194.94 دولار أمريكي حسب فواتير شراء بضاعة الذرة وكذا وصل تصفية صائر العوار المدلى

بهم رفقة المقال الافتتاحي و الموازي ل 1.846.99 درهم

للطن..... 9.511.99 درهم

3. مجموع التعويض الذي يفوق نسبة عجز الطريق عن مادتي الصوجا و الذرة:

190.138.325 درهم + 9.511.99 درهم = 199.650.31 درهم .

وعليه فإنه ينبغي المصادقة على تقرير الخبرة بخصوص تحديدها لعجز الطريق في نسبة 0.15 % وتقييم تقرير الخبرة و ذلك بالحكم للعارضة بتعويض عن نسبة عجز الطريق بخصوص مادتي الصوجا و الذرة في مبلغ 199.650.31 درهم بالإضافة الى صائر الخبرة بمبلغ 50.200 درهم وكذا صائر تصفية العوار بمبلغ 4.000 درهم أي ما مجموعه 253.850.31 درهم و الحكم في الباقي مطالب العارضة المفصلة في مقالها الافتتاحي للدعوى و الاستئنافي . وأررفت المذكرة بصورة مستخرج بالأنترنات لسعر صرف مبلغ 194.94 دولار أمريكي بالدرهم المغربي قدره 1.846.99 درهم .

وعقب المستأنف عليه بعد الخبرة بجلسة 12/3/2020 أن الخبرة المأمور بها من طرف المحكمة قد انتهت بإيداع الخبير تقرير خلص فيه إلى أن نسبة عجز الطريق هي 0.15 % من الوزن الاجمالي لحمولتي الدرة والصوجا وأن مسؤولية الناقل البحري تحدد بقيمة 92.290.11 درهم تقريبا عن مادة الصوجا نظرا لكون نسبة خصائص مادة الدرة لا تصل إلى نسبة عجز الطريق المحددة من طرف الخبير ونسبة الإعفاء المقررة لفائدة المؤمنات والمحدد في 0.12 %.

وأن الخبير بلامين أنجز المهمة إلا أنه لم يتطرق إلى نقطة مهمة وحاسمة تمت إثارتها أمامه ومن خلال التصريح الكتاب المقدم أمامه. وأن العارض أثار إنتباه الخبير إلى ما جاء في الفواتير المتعلقة بالبضاعة وإتفاق المؤمن لها على شراء البضاعة وقبولها وجود فرق بين الكمية المحددة في الفواتير وتلك التي ستتوصل بها في حدود نسبة +/ - 3%.

و انه يرجوع المحكمة إلى الفواتير المتعلقة بالبضاعة فإنه يلاحظ أن المشتريه اقتنت البضاعة وقبلت على أن تكون الكمية عند الإفراغ تزيد أو تقل عن 3 % من الكمية الواردة في تلك الفواتير وأن قبول الطرف المؤمن له تحديد نسبة الخصائص أو الفائض المتسامح فيه في 3% جعل من الواجب على الخبير أن يطبق هذه النسبة طالما أنها جاءت في إطار عقد البيع الذي تم بواسطته إقتناء البضاعة التي قام العارض بنقلها وأن العارض أوضح ذلك من خلال التصريح الكتابي الموجه للخبير إلا أنه لم يعره أي إهتمام لأن جميع تقارير الخبرة التي ينجزها محررة مسبقا وتطبق نفس نسبة الخصائص كما سبق طرح ذلك أعلاه . وأن الإشارة إلى نسبة التسامح في فاتورة الشراء يندرج ضمن شروط الدورية عدد 312/5460 وأن الأمر يتعلق بدورية صادرة عن إدارة الجمارك والضرائب غير المباشرة بتاريخ 12/8/2014 وأن هذه الدورية تبين شروط تطبيق التصريح الإحتياطي على بعض أصناف البضائع سواء عند التصدير أو الإستيراد وأنه بالنسبة للإستيراد فإنه يمكن تقديم هذا النوع من التصاريح الجمركية على أساس أن يتم تحديد الرسوم الجمركية على الكمية المفرغة بصفة فعلية وليس تلك الواردة في فاتورة البضاعة أو شهادة الوزن عند الشحن. وأنه لهذه الغاية صدرت الدورية عدد 312/5460 التي حددت من ضمن الشروط التي يجب توفرها في نسبة النقص أو الزيادة أن تكون معقولة ومطابقة للأعراف التجارية. وأنه جوابا على هذا الشرط فإن المؤمن لها حددت نسبة الخصائص التي تعتبر معقولة ومطابقة للأعراف التجارية في نسبة (3%+/-3%) وأنه ما دام الأمر كذلك فإن نسبة عجز الطريق يجب أن تأخذ بالإعتبار نسبة التسامح الواردة بالفاتورة إضافة إلى النقص الفعلي الذي تم تسجيله عند الإفراغ ، ويتضح مما سلف أن خبرة السيد بلامين تفتقد للكثير من الموضوعية مما يليق معه عدم إعتبار نتائجها وإرجاع المهمة له قصد إنجازها على ضوء ما جاء في الفواتير المتعلقة بالبضاعة أو الأمر بإجراء خبرة ثانية. واحتياطيا جدا أن العارض يذكر بأنه قد اعتمد على مجموعة من الدفوع الاضافية وقع شرحها في محرراته السابقة يؤكدها من جديد وتجعل الخبرة المنجزة منعدمة الفائدة بما أن الدعوى غير مقبولة وغير مبنية على أساس. لهذه الأسباب يلتمس الأمر بإجراء خبرة جديدة يعهد بها إلى خبير آخر مختص في الشؤون البحرية . وأرفق المذكرة بنسخة من الدورية عدد 312/5460 .

وبناء على اعتبار القضية جاهزة للبت وحجزها للمداولة للنطق بالقرار بجلسة 19/03/2020 و تم تمديدها لجلسة 18/06/2020 .

محكمة الاستئناف

حيث تعيب الطاعنة على الحكم المطعون فيه مجانيته الصواب لما اعتبر نسبة الخصاص المحددة في 0,98 % من الوزن الإجمالي للبضاعة تدخل في نطاق عجز الطريق والذي حددتها المحكمة من تلقاء نفسها في نسبة 1 % ، والحال أن العرف هو بمثابة قانون وهو بهاته الصفة مصدر رسمي له ، لا يمكن إثباته عن طريق مصدر غير رسمي للقانون والذي يشكله الاجتهاد القضائي ، ملتزمة إجراء خبرة تقنية لتحديد عرف نسبة عجز الطريق المطبقة في النازلة الحالية ومبلغ التعويض الذي يفوق النسبة المذكورة.

وحيث إنه استنادا لاجتهادات محكمة النقض المتوالية بخصوص عجز الطريق منها القرار عدد 491 المؤرخ في 03/05/2012 ملف تجاري عدد 675/3/1/2011 فإن المحكمة وعلى خلاف ما ذهب إليه الحكم المطعون فيه هي الملزمة بإجراء التحريات اللازمة الموصلة لعرف ميناء الوصول الجاري به العمل من أجل تحديد نسبة الضياع المتسامح بشأنه بخصوص الرحلات البحرية المماثلة للرحلة موضوع النازلة، مما ترى معه المحكمة وفي إطار الأثر الناشر للاستئناف الأمر بإجراء خبرة تقنية لمعرفة العرف السائد بميناء الإفراغ بالنسبة للضياع الطبيعي للبضاعة المنقولة وإرجاء البت في باقي الدفوع الى ما بعد إنجازها.

حيث أودع الخبير المنتدب تقريرا خلص فيه أن نسبة الخصاص الطبيعي المسجل بداية لمادة الصوجا هي 0.38 % وأن نسبة عجز الطريق هي 0.15 % وأن نسبة خلوص التأمين هي 0.12 % أي بمجموع 0.27 % محدد التعويض المستأنف عن النسبة الزائدة في مبلغ 92.290.11 درهم وبالنسبة لمادة الذرة فإن الخصاص المسجل عليها هو 0.22 % وأن نسبة ضياع الطرفين هي 0.15 % وأن نسبة خلوص التأمين هي 0.12 % أي ما مجموعه 0.27 % وأن مجموع نسبتي الضياع و خلوص التأمين هو 0.27 % يفوق نسبة الخصاص الإجمالي 0.22 % مما لا يستحق معه أي تعويض .

وحيث نازعت المستأنفة في ما ورد بتقرير الخبرة بعلّة أن نسبة عجز الطريق هي تقريبا الضياع الطبيعي الذي يلحق البضاعة وان خلوص التأمين التعاقدى لا يمكن له أن يدخل في تعريف عجز الطريق فضلا على أن خلوص التأمين التعاقدى لا يمكن أن يستفيد منه أو أن يواجهه به الربان بصفته غيرا بناء على مبدأ نسبية العقود وطبقا لمقتضيات الفصل 228 من ق ل ع ، ملتزمة المصادقة على الخبرة في حدود ما حددته بخصوص عجز الطريق 0.15 % والحكم وفق مطالبها السابقة المحددة بالمقال الافتتاحي و تمسك الربان باستبعاد الخبرة المنجزة لكون الخبير لم يأخذ بعين الاعتبار ما ورد بفاتورة الشراء الذي بمقتضاها قبلت المؤمن لها تحديد نسبة الخصاص أو الفائض المتسامح فيه في 3% وأنه كان على الخبير ان يطبق هذه النسبة طالما أنها جاءت في إطار عقد البيع الذي تم بواسطته اقتناء البضاعة التي قام بنقلها .

وحيث إنه بالإطلاع على تقرير الخبرة يتبين أن الخبير قد حدد نسبة الضياع الطبيعي لمادة الصوجا والذرة في 0.15 % مع خصم مبلغ خلوص منتها في تقريره أن التعويض المستحق عن مادة الصوجا في مبلغ 92.290.11 درهم وبخصوص مادة الذرة اعتبر نسبة عجز الطريق ونسبة خلوص التأمين تفوق نسبة الخصاص المسجل بعد عمليات التفريغ .

وحيث إنه خلافا لما تمسك به الربان من كون الخبير لم يراعي نسبة 3% التي قبلت المؤمن لها في فاتورة الشراء اعتبارها النسبة المتسامح بشأنها فإن ما ورد في فاتورة الشراء لا يستفيد منه الربان لكونه ليس طرفا في عقد البيع وأن ما ضمن بالفاتورة يمكن للمشتري أن تواجهه به البائعة في حالة المنازعة في وزن البضاعة وأن الناقل وبمقتضى وثيقة الشحن يكون ملزما بنقل البضاعة سليمة إلى غاية تسليمها للمرسل إليه وإذا ما ثبت وجود خصاص في البضاعة فإنه لا يسأل إلا في حدود النقص الذي يدخل في نطاق عجز الطريق.

وحيث إنه خلافا لما تمسكت به الطاعنة من كون الربان لا يمكنه أن يستفيد من نسبة الاعفاء المتفق عليه بين طرفي عقد التأمين وذلك باعتباره غيرا وذلك عملا بقاعدة نسبية العقود فإن دعوى المؤمنات قدمت في إطار الفصل 367 من قانون التجارة البحرية وهي ما

تسمى بدعوى الرجوع على المتسبب في الضرر لاسترجاع ما تم أدائه للمؤمن لها في إطار عقد التأمين وأنه انطلاقاً من ذلك فإنه لا يحق لها استرداد إلا ما أدته للمؤمن له و ما دام وصل الحطول تضمن خصم نسبة 0.12 % كخلوص للتأمين فإن النسبة المذكورة وجب خصمها لعدم استفادة المؤمن لها من ذلك مما يتعين معه المصادقة على تقرير الخبرة و استبعاد دفع الطاعنة لعدم وجود ما يبررها و اعتباراً لذلك يتعين إلغاء الحكم المستأنف والحكم من جديد على الناقل البحري بأداته للطاعنات بمبلغ 92.290.11 درهم عن أصل الخسارة ومبلغ 4000 درهم عن صائر تصفية الصوائر ومبلغ 50.200 درهم عن صائر الخبرة .

وحيث إن طلب الفوائد القانونية له ما يبرره ابتداء من تاريخ هذا القرار.

وحيث تبت للمحكمة من خلال إطلاعها على عقد الكفالة البنكية أن بنك (م. ت. خ.) سلم للطاعنات كفالة بنكية تضامنية في حدود مبلغ 34228.16 دولار أمريكي مما يتعين معه تفعيل الضمانة البنكية وذلك بالحكم على الكفيل تضامناً مع الربان بإداء المبالغ المحكوم بها في حدود مبلغ كفالته بالدرهم المغربي يوم التنفيذ.

وحيث يتعين رفض باقي الطلبات لعدم وجود ما يبررها .

وحيث يتعين جعل الصائر بالنسبة .

لهذه الأسباب

فإن وهي تبت انتهائياً علنياً وحضورياً.

في الشكل:

في الموضوع : باعتبار الاستئناف و إلغاء الحكم المستأنف و الحكم من جديد بإداء المستأنف عليهما بالتضامن لفائدة الطاعنات مبلغ 92290.11 درهم عن أصل الخسارة و مبلغ 4.000 درهم عن صائر تسوية الطور و مبلغ 50.200 درهم عن صائر الخبرة مع حصر المبلغ المحكوم به على الكفيل في حدود مبلغ 34.228.16 دولار أمريكي بالدرهم المغربي حسب سعر الصرف المعمول به يوم التنفيذ و جعل الصائر بالنسبة .