

**Cautionnement : la résiliation du
contrat principal est sans effet
sur l'obligation de la caution de
payer les dettes nées
antérieurement (Cass. com.
2020)**

Identification			
Ref 44752	Juridiction Cour de cassation	Pays/Ville Maroc / Rabat	N° de décision 46/2
Date de décision 20200123	N° de dossier 2017/2/3/1533	Type de décision Arrêt	Chambre Commerciale
Abstract			
Thème Gérance libre, Commercial		Mots clés قرارات محكمة النقض, Résiliation du contrat, Rejet, Obligation de la caution, Nullité du contrat, Gérance libre, Fonds de commerce, Extinction du cautionnement, Convention d'arbitrage, Compétence juridictionnelle, Clientèle, Clause compromissoire, Cautionnement	
Base légale Article(s) : 1150 - Dahir du 9 ramadan 1331 (12 août 1913) formant Code des obligations et des contrats		Source Non publiée	

Résumé en français

Justifie légalement sa décision la cour d'appel qui, pour condamner le gérant et sa caution solidaire au paiement des redevances de gérance, retient, d'une part, qu'une clause contractuelle stipulant une simple « possibilité » de recourir à l'arbitrage n'est pas exclusive de la compétence des juridictions étatiques. D'autre part, que la résiliation du contrat principal de gérance libre est sans effet sur l'obligation de la caution de garantir le paiement des dettes nées antérieurement à cette résiliation, conformément à l'article 1150 du Dahir des obligations et des contrats.

Enfin, que la demande en nullité du contrat pour défaut de fonds de commerce ne peut être accueillie dès lors qu'il est établi, par une précédente décision de justice, que le fonds était exploité et disposait d'une clientèle avant la conclusion dudit contrat.

Texte intégral

محكمة النقض، الغرفة التجارية، القرار عدد 2/46، الصادر بتاريخ 2020/01/23 في الملف التجاري عدد 2017/2/3/1533

بناء على مقال النقض المقدم بتاريخ 2017/06/16 من طرف الطالبين المذكورين أعلاه بواسطة نائبيهما الأستاذ عبد اللطيف (م.) الرامي الى نقض القرار رقم : 7357 الصادر بتاريخ 2016.12.29 في الملف رقم 2016.8202.4197 عن محكمة الاستئناف التجارية بالدار البيضاء.

وبناء على الأوراق الأخرى المدلى بها في الملف

وبناء على قانون المسطرة المدنية المؤرخ في : 1974.9.28

وبناء على الأمر بالتخلي والإبلاغ الصادر في : 2020.01.02.

وبناء على الاعلام بتعيين القضية في الجلسة العلنية المنعقدة بتاريخ : 2020/1/23.

وبناء على المناداة على الطرفين ومن ينوب عنهما وعدم حضورهم.

وبعد تلاوة التقرير من طرف المستشار المقرر السيد حسن سرار والاستماع الى ملاحظات المحامي العام السيد محمد صادق

وبعد المداولة وطبقا للقانون.

حيث يستفاد من وثائق الملف ومن القرار المطعون فيه الصادر عن محكمة الاستئناف التجارية بالدار البيضاء أن المطلوبة في النقض (ر. س. ف.) تقدمت بواسطة دافعها بتاريخ 2016.01.07 بمقال أمام المحكمة التجارية بالدار البيضاء عرضت فيه أنها ترتبط مع المدعى عليها (ب.) بعقد تسيير حر بخصوص المحل الكائن (...) بسومة شهرية قدرها 84.000,00 درهم شاملة لضريبة النظافة، وأن المدعى عليها توقفت عن أداء واجبات التسيير منذ يوليوز 2014 إلى تاريخ إفراغها من المحل بمقتضى قرار قضائي صدر عن المحكمة التجارية بتاريخ 2015.07.20 تحت عدد 2015.4177 في الملف رقم 2015.8205.1496 الذي تم تنفيذه عن طريق القوة العمومية بتاريخ 2015.11.25 فترتب بذمتها عن المدة من يوليوز 2014 إلى تاريخ التنفيذ مبلغ 1.413.999,99 درهما بالإضافة إلى مبلغ 250.000,00 درهم تعويضا عن التماطل وأن المدعى عليه الثاني عبد الرحيم (ب.) بصفته ضامنا وكفيلا للمدعى عليها الأولى قد التزم بأداء الديون المترتبة بذمتها حسب البند 8 من عقد التسيير، والتتمت الحكم على المدعى عليهما بأدائهما تضامنا بينهما لفائدتها مبلغ 1.413.999,99 درهما أصل الدين ومبلغ 250.000,00 درهم تعويضا عن التماطل وبعد جواب المدعى عليها (ب.) الذي جاء فيه أن البند 14 من عقد التسيير ينص صراحة على إخضاع أي نزاع ينتج بين الطرفين بخصوص تأويل أو تنفيذ العقد إلى مسطرة التحكيم وهو ما يعتبر شرطا تحكيميا حسب الفصل 316 من قانون المسطرة المدنية وأنها تثيره قبل كل دفع أو دفاع وتقديمها لمقال مقابل عرضت فيه أن الغرض من إبرام عقد التسيير الحر هو إكراء أصل تجاري ان العقد المبرم مع المطلوبة في النقض لا يتعلق بكراء أصل تجاري لانعدام عناصره وخاصة عنصر الزيناء طبقا للمادة 80 من مدونة التجارة لأنها عند كرائها للمحل كان مجرد خراب بسبب توقف المكربة عن ممارسة نشاطها به لمدة تزيد عن خمس سنوات قبل إبرام العقد المحتج به الذي يعتبر باطلا بقوة القانون طبقا للفصل 306 من قانون الالتزامات والعقود لعدم توفره على ركن من الأركان اللازمة لقيامه يتمثل في انعدام محل الالتزام وعلى سبيل الاحتياط فإن المدعى عليها لم تحترم التزامها ولم تسلمها محل الميكانيك الذي يمكن تقييم ثمن كرائه ب 10.000,00 درهم كما ظلت تستخلص دون وجه حق الواجبات المستحقة عن إيواء المحل لمنصة تقوية المكالمات الهاتفية المؤداة من (م.) والبالغة 7000 درهم شهريا وبالتالي فإنها تبقى ملزمة بأداء المبلغين المذكورين وتكون الواجبة الكرائية المستحقة محددة في مبلغ 63.600,00 درهم شهريا والدين المترتب

بذمتها محددًا في مبلغ 1.081.200,00 والتمست الحكم أساسًا بعدم قبول الطلب الأصلي وفي الطلب المقابل ببطان عقد التسيير المصادق على صحة توقيعه بتاريخ 2008.07.18 واحتياطيا جعل المبالغ المستحقة محددة في مبلغ 1.081.200,00 درهما وانتهاء الإجراءات صدر حكم قضى : بأداء المدعى عليهما تضامنا بينهما لفائدة المدعية مبلغ 1.190.000,00 درهم واجبات استغلال الأصل التجاري الكائن (...) عن المدة من يوليوز 2014 إلى متم نونبر 2015 وبرفض باقي الطلبات استأنفه الطالبان والمطلوبة في النقض فقضت محكمة الاستئناف باعتبار استئناف (ر. س. ف.) وتعديل الحكم المستأنف وذلك برفع المبلغ المحكوم به إلى مبلغ 1.413.999,99 درهما وتعويض عن التماطل قدره 40.000,00 درهم وبتأييده في الباقي وبرد استئناف (ب.) والسيد عبد الرحيم (ب.) وهو القرار المطلوب نقضه .

في شأن الوسيلة الأولى :

حيث ينعى الطاعنان على القرار خرق القواعد الجوهرية للمسطرة وخرق مقتضيات الفقرتين 4 و 5 والفصل 329 من قانون المسطرة المدنية والتحرير وفساد التعليل وانعدام الأساس القانوني بدعوى أن محكمة الدرجة الأولى اعتبرت أن حكمها المستأنف صدر حضوريا في حق عبد الرحيم (ب.) رغم أنه لم يدل بأي مذكرة جوابية حتى يصح عليه هذا الوصف وهو ما يشكل خرقا سافرا لمقتضيات الفقرة الأولى من الفصل 344 من قانون المسطرة المدنية والفقرتين 4 و 5 من الفصل 329 من نفس القانون وإن هذا الخرق حرمة من درجة من درجات التقاضي المعتبر من النظام العام، وأنهما عابا على الحكم المستأنف أنه صدر حضوريا في حقهما غير أن محكمة الاستئناف لم تفلح في فهم مضمون هذا النعي وأجابته عنه بتعليل مخالف لأحكام القانون لان القرارات تعتبر حضورية عندما تصدر بناء على مقالات الأطراف ومذكراتهم، لكون نيابة الأستاذ يونس (غ.) عن المدعى عليه عبد الرحيم (ب.) لم تتجاوز هذه الحدود فلم يدل بأي جواب في النازلة ولا يمكن وصف طلب النيابة جوابا مما يكون معه الوصف الذي أعطته المحكمة للحكم المستأنف وصفا خاطئا وأن ما أورده التعليل بخصوص ان الاستاذ (م.) أدلى بالجواب فإنه يتعلق فقط بمذكرة جواب من المدعى عليها (ر. س. ف.) ولا يمكن أن ينفذ في مجارة ما جاء في وصف الحكم الابتدائي بأنه حضورى وكان على محكمة الاستئناف أمام ثبوت عدم إدلاء المدعى عليه عبد الرحيم (ب.) بجوابه في النازلة الاستجابة للاستئناف وإلغاء الحكم المستأنف لخرقه قواعد المسطرة الكتابية المحال عليها بمقتضى الفصل 45 من قانون المسطرة المدنية التي تشكل ضمانته لحقوق الدفاع والتي تلزم المحكمة في هذه الحالة أن تبلغ الطرف المذكور أمرا بالجواب عملا بأحكام الفقرتين 4 و 5 من الفصل 329 من قانون المسطرة المدنية حتى يكون قرارها بمثابة حضورى في حالة عدم امتثاله لهذا الأمر مما نتج عن هذا الخرق ضرر فادح بحقوقه بسبب حرمانه من درجة من درجات التقاضي وبالتالي يكون القرار المطعون فيه الذي لم يراعي مجمل ما ذكر قد أتى على غير أساس وخرق لقواعد جوهرية للمسطرة بسبب خرقه أحكام الفصلين 329 و 344 من قانون المسطرة المدنية كما اعتمد تعليلا فاسدا ومشوبا بالتحرير مما يتعين معه نقضه.

لكن حيث أن الثابت من خلال وثائق الملف كما هي معروضة على قضاة الموضوع وخاصة محاضر الجلسات خلال المرحلة الابتدائية أنه بجلسة 2016.03.24 ألقى بالملف نيابة الأستاذ (م.) عن الطاعن عبد الرحيم (ب.) وأمهل للجواب لجلسة 2016.04.07 والتي حضر خلالها الأستاذ (م.) وإلى جانبه الأستاذ يونس (غ.) عن الطاعن المذكور والتمسا أجلا إضافيا للجواب فأدلى الأستاذ (م.) بجلسة 2016.04.14 بمذكرة جوابية مع مقال مضاد عن الطاعنة الأولى (ب.) دون الطاعن الثاني كما لم يدل الأستاذ يونس (غ.) بجوابه عنه رغم إمهاله والمحكمة مصدرة القرار المطعون فيه التي استخلصت مما ذكر أن الطاعن لم يدل بجوابه رغم إعلام دفاعه وإمهاله لم تكن ملزمة بإلغاء الحكم المستأنف وإرجاع الملف إلى المحكمة المصدرة له من أجل تبليغ أمر إليه من أجل الجواب، وأن عدم قيامها بما ذكر وإصدارها لحكمها على الشكل المذكور لا يشكل خرقا لمبدأ التقاضي على درجتين وفقا لما ورد بتعليلها كما أن وصف الحكم المستأنف بأنه حضورى في حق الطاعنين لا تأثير له ما دامت الطبيعة الغيابية والحضورية للحكم لا تتوقف على وصف المحكمة له ولكن على طبيعة الحكم نفسه فإذا أخطأ القاضي في وصفه للحكم فإن ذلك لا يترتب عنه بطلان الحكم المذكور ولكن يفتح المجال أمام المعنى بالأمر للطعن فيه حسب وصفه الحقيقي فجاء قرارها على النحو المذكور غير خارق لقواعد مسطرية جوهرية ومحرف للوقائع ومعللا تعليلا سليما ومرتكزا على أساس وما ورد بالوسيلة على غير أساس.

في شأن الوسيلة الثانية :

حيث ينعى الطاعنان على القرار خرق القانون الداخلي انعدام الأساس القانوني فساد التعليل وانعدامه وخرق مقتضيات الفصل 1150 من قانون الالتزامات والعقود بدعوى أن المحكمة المصدرة له اعتبرت أن كفالة عبد الرحيم (ب.) تظل قائمة ما لم يثبت انقضاء الدين بمعنى أداء الدين إلا أن الكفالة تنقضي إما بصورة تبعية لانقضاء الالتزام الأصلي وإما بصورة أصلية في حالة انقضاء الدين. مع انه تمسك بانقضاء الدين بصورة تبعية وليس أصلية بسبب فسخ عقد التسيير الحر الذي تضمن كفالته قضائيا بمقتضى القرار رقم 7177 الصادر عن محكمة الاستئناف التجارية بالدار البيضاء بتاريخ 2015.07.20 في الملف رقم 2014.8205.1496 وترتب عن ذلك زوال الكفالة فيمنحي الدين في هذه الحالة ويصبح كأن لم يوجد تبعا لزوال الالتزام الأصلي ويتبين من تعليل المحكمة أنها لم تميز بين انقضاء الدين الذي يعتبر أحد أسباب انقضاء الالتزامات وبين انقضاء الالتزام في حد ذاته الذي ينقضي بفسخ العقد الذي تضمن التزام الكفيل وإلا أضحى ملزما بأداء الدين رغم انقضاء الالتزام الأصلي عن طريق الفسخ وهو ما ياباه المنطق القانوني وأن القول باستمرار عقد الكفالة في إنتاج آثاره رغم صدور حكم الفسخ مع أنها مجرد التزام تبعية بدعوى عدم ثبوت انقضاء الدين يعتبر تعليلا فاسدا لخرقه القواعد المنظمة للكفالة الواردة في الفصل 1150 من قانون الالتزامات والعقود مما يجعل القرار المطعون فيه مشوبا بفساد التعليل وخارقا للفصل المذكور ومنعدم الأساس القانوني مما يجعله عرضة للنقض.

لكن حيث إن المحكمة مصدرة القرار المطعون فيه علته بما مضمونه " حيث إنه بخصوص الدفع المتمسك به بخرق قواعد الكفالة وخرق مقتضيات الفصل 1150 من ق إ ع فإنه بثبوت مديونية (ب.) فإن كفالة السيد عبد الرحيم (ب.) تظل قائمة ما لم يثبت انقضاء الدين لأن الكفالة تنقضي إما بصورة تبعية لانقضاء الالتزام الأصلي وإما بصورة أصلية في حالة انقضاء الدين وهو الأمر الغير الثابت في نازلة الحال ،، وهو تعليل اعتبرت فيه وعن صواب أحقية المطالبة في مطالبة الكفيل بأداء الدين المترتب بذمة المدينة الأصلية عن واجبات التسيير المستحقة لفائدتها عن المدة السابقة عن فسخ عقد التسيير الحر وإلى تاريخ إفراغها من محل العقد المذكور وأن عدم انقضاء الدين المذكور في مواجهتها لا يترتب عنه انقضاؤه أيضا في مواجهة كفيلها عملا بمقتضيات الفصل 1150 من قانون الالتزامات والعقود المحتج به فجاء قرارها على النحو المذكور معللا تعليلا سليما وغير خارق للمقتضيات المحتج بها ومرتكزا على أساس وكان ما ورد بالوسيلة غير جدير بالاعتبار.

في شأن الوسيلة الثالثة :

حيث ينعى الطاعنان على القرار خرق القانون الداخلي مقتضيات الفصلين 307 و 327 من قانون المسطرة المدنية وانعدام الأساس القانوني وفساد التعليل بدعوى أن البند 14 من عقد التسيير الحر ولئن تضمن أن الاختصاص للبت في حالة حدوث النزاع يعود إلى المحكمة التجارية بالدار البيضاء فإنه أضاف شرطا تحكيميا صريحا وواضحا مفاده إمكانية حل النزاع بواسطة محكم يعين باتفاق الأطراف وإلا عن طريق رئيس المحكمة وإمكانية حل النزاع بالتحكيم التي تضمنها العقد يعتبر شرطا تحكيميا في مدلول المادة 316 من قانون المسطرة المدنية ومادام البند المذكور من العقد تضمن شرط التحكيم فإنه يمنع على المحكمة بصريح الفصل 327 من قانون المسطرة المدنية البت في النزاع ويتعين عليها التصريح بعدم قبول الدعوى إلى حين استنفاد مسطرة التحكيم أو إبطال اتفاهه، وأنها لما استبعدت شرط التحكيم بدعوى أنه ليس إلزاميا بالرغم من أن الهيئة التحكيمية هي وحدها لها الاختصاص للبت في صحة اتفاق التحكيم من عدمه تكون قد خرقت المقتضيات المشار إليها أعلاه كما خرقت الفصل 327 من قانون المسطرة المدنية مما يتعين معه نقضه .

لكن حيث انه لما كانت مقتضيات البند 14 من عقد التسيير الحر صريحة في أنه في حالة وجود نزاع بين طرفيه بخصوص تنفيذ مقتضياته فإن المحكمة المختصة بالبت فيه هي المحكمة التجارية بالدار البيضاء مع إمكانية اللجوء إلى التحكيم فإن المحكمة مصدرة القرار المطعون التي اعتبرت عن صواب أن ما تضمنه البند المذكور بخصوص مسطرة التحكيم هو مجرد إمكانية إخضاع النزاع القائم بينهما بخصوص تنفيذ مقتضيات عقد التسيير للمسطرة المذكورة وباختيارهما، ولا يعتبر إجراء إلزاميا يمنعها من النظر في النزاع المعروض عليها تكون بنهجها ذلك قد عللت قرارها تعليلا سليما ولم تخرق المقتضيات المحتج بها وركزته على أساس والوسيلة على غير أساس.

في شأن الوسيلة الرابعة :

حيث ينعى الطاعنان على القرار انعدام التعليل وخرق حقوق الدفاع وفساد التعليل بدعوى أنهما انتقدا الحكم المستأنف لكونه رد طلبهما الرامي إلى الحكم ببطلان عقد التسيير الحر بعلّة أن العقد المذكور قد تم فسخه، وأن الطلب الرامي إلى الحكم ببطلانه أصبح غير ذي موضوع إلا أنه لا يمكن اعتماد الفسخ كسبب لرفض دعوى البطلان لكون علة انعدام العقد فيهما مختلفة لأن البطلان نظام يرتبه القانون لوجود عيب في التصرف منذ نشأته أما الفسخ فهو نظام يلحق العقود ولو كانت صحيحة لواقعة لا حقة هي عدم تنفيذ أحد المتعاقدين لالتزاماته كما أن نطاق البطلان أوسع من نطاق الفسخ.

كما تمسكا في معرض مذكرتهما التعقيبية المدلى بها بجلسة 2016.11.17 بكون (ب.) المكترية اكرتت المحل الذي كان عبارة عن خراب ومغلقا ولا تمارس فيه أي أنشطة تجارية لمدة تزيد عن خمس سنوات وأن ذلك يعني انعدام الزبائن وبالتالي انعدام الأصل التجاري أن العلاقة العقدية بين الطرفين انصببت على أصل تجاري وهو منقول معنوي عملا بصريح الفصل 79 من مدونة التجارة بينما أثبتت الواقع أنه غير موجود وأن قيام علاقة تعاقدية صحيحة يستوجب توفر محل الالتزام وذلك عملا بصريح أحكام الفصل 2 من قانون الالتزامات والعقود ولما كان الثابت بطلان العقد المسمى عقد التسيير الحر لانعدام محله فإن مؤدى ذلك وجوب عدم ترتيب أي أثر له في النازلة كما أن العقد المشار إليه لا يتعلق بإكراء أصل تجاري لانعدام عناصره التي يندرج ضمنها وجوبا عنصر الزبناء كما تنص على ذلك المادة 80 من مدونة التجارة أن تنصيص العقد على أنه إذا لم تكن المحطة تتزود بأكثر من 300 طن شهريا فإن العقد يصبح لاغيا فهي حاجة بعيدة عن دفعها الذي أفاد انعدام أصل تجاري عند إبرام العقد بدليل أن المحطة كانت عبارة عن خراب ولم تكن تتوفر على زبائن وما يؤيد دفعهما هو الجدول البياني الذي يحدد مبيعات المحطة من المحروقات وأن القرار المطعون فيه لم يورد تلخيصا لهذه الدفع التي أدليا بها في مذكرتهما المشار إليها أعلاه بصفة نظامية أمام المحكمة وأنها لأهميتها كان لزاما عليها إيراد ملخص لها والرد عليها، وإهمالها يجعل القرار المطعون فيه مشوبا بعيب انعدام التعليل وفساده وخرق لحقوق الدفاع مما يتعين معه نقضه .

لكن حيث انه خلافا لما أثير في الوسيلة فإن المحكمة المصدرة للقرار المطعون فيه ضمنته الدفع التي تمسك بها الطاعنان أمامها بمقتضى مذكرتهما التعقيبية المؤرخة في 2016.11.17 و المتعلقة بانعدام الأصل التجاري لانعدام عناصره وخاصة عنصر الزبناء وبطلان عقد التسيير لانعدام محله لكون العين المكراة كانت مجرد خراب لا تتوفر على أصل تجاري خلافا لما جاء في العقد المذكور، ولم ترد عليها بما ورد بتعليل الحكم المستأنف موضوع النعي بالوسيلة والذي يبقى غير مقبول وإنما رده بتعليلها الذي جاء فيه <> وهو تعليل غير منتقد يساير وثائق الملف ويعتبر ردا كافيا لتبرير ما انتهت إليه في قضائها فجاء قرارها على النحو المذكور غير خارق لحقوق الدفاع و معللا تعليلا كافيا وسليما وكان ما ورد بالوسيلة غير جدير بالاعتبار ./.

لهذه الأسباب

قضت محكمة النقض برفض الطلب وبتحميل الطالبين الصائر.

Version française de la décision

Cour de cassation, Chambre commerciale, Arrêt n° 2/46, rendu le 23/01/2020 dans le dossier commercial n° 2017/2/3/1533

Vu le pourvoi en cassation formé le 16/06/2017 par les demandeurs susmentionnés, par l'intermédiaire de leur avocat Maître Abdel-latif (M.), tendant à la cassation de l'arrêt n° 7357 rendu le 29/12/2016 dans le dossier n° 2016/8202/4197 par la Cour d'appel de commerce de Casablanca.

Vu les autres pièces produites au dossier.

Vu le Code de procédure civile du 28/09/1974.

Vu l'ordonnance de dessaisissement et de communication du 02/01/2020.

Vu l'avis de fixation de l'affaire à l'audience publique tenue le 23/01/2020.

Vu l'appel des parties et de leurs représentants et leur non-comparution.

Après lecture du rapport par le conseiller rapporteur, M. Hassan Sarrar, et après avoir entendu les observations de l'avocat général, M. Mohamed Sadek.

Après en avoir délibéré conformément à la loi.

Attendu qu'il ressort des pièces du dossier et de l'arrêt attaqué, rendu par la Cour d'appel de commerce de Casablanca, que la défenderesse au pourvoi, (R. S. F.), a saisi, par l'intermédiaire de son avocat, le 07/01/2016, le Tribunal de commerce de Casablanca d'une requête dans laquelle elle a exposé être liée à la défenderesse (B.) par un contrat de gérance libre portant sur le local sis à (...), moyennant une redevance mensuelle de 84.000,00 dirhams, taxe d'édilité comprise ; que la défenderesse a cessé de payer les redevances de gérance de juillet 2014 jusqu'à la date de son expulsion des lieux en vertu d'une décision de justice rendue par le Tribunal de commerce le 20/07/2015 sous le n° 2015/4177 dans le dossier n° 2015/8205/1496, laquelle a été exécutée par le recours à la force publique le 25/11/2015 ; qu'il en est résulté à sa charge, pour la période de juillet 2014 à la date de l'exécution, une dette de 1.413.999,99 dirhams, outre un montant de 250.000,00 dirhams à titre d'indemnité pour retard ; que le second défendeur, M. Abderrahim (B.), en sa qualité de garant et caution de la première défenderesse, s'était engagé à payer les dettes de cette dernière conformément à la clause 8 du contrat de gérance ; elle a donc conclu à la condamnation solidaire des défendeurs à lui payer la somme de 1.413.999,99 dirhams au titre du principal de la créance et la somme de 250.000,00 dirhams à titre d'indemnité pour retard ; qu'après la réponse de la défenderesse (B.), dans laquelle il a été exposé que la clause 14 du contrat de gérance énonce expressément que tout litige entre les parties relatif à l'interprétation ou à l'exécution du contrat sera soumis à la procédure d'arbitrage, ce qui constitue une clause compromissoire au sens de l'article 316 du Code de procédure civile, exception qu'elle soulève avant toute défense au fond ; qu'elle a présenté une demande reconventionnelle exposant que l'objet du contrat de gérance libre était la location d'un fonds de commerce, que le contrat conclu avec la défenderesse au pourvoi ne portait pas sur la location d'un fonds de commerce en raison de l'absence de ses éléments constitutifs, notamment la clientèle, conformément à l'article 80 du Code de commerce, car lorsqu'elle a loué les lieux, ceux-ci n'étaient qu'une ruine, la bailleuse ayant cessé d'y exercer son activité pendant plus de cinq ans avant la conclusion du contrat invoqué, lequel est nul de plein droit en vertu de l'article 306 du Dahir formant Code des obligations et des contrats, faute de l'un des éléments essentiels à sa validité, à savoir l'absence d'objet de l'obligation ; qu'à titre subsidiaire, la défenderesse n'a pas respecté son engagement et ne lui a pas délivré l'atelier de mécanique, dont le loyer peut être estimé à 10.000,00 dirhams, et a continué à percevoir indûment les redevances dues pour l'hébergement d'une antenne-relais de téléphonie, payées par (M.) et s'élevant à 7.000,00 dirhams par mois ; que par conséquent, elle reste redevable des deux montants susmentionnés, et que la redevance locative due est fixée à 63.600,00 dirhams par mois et la dette à sa charge à 1.081.200,00 dirhams ; elle a donc conclu, à titre principal, à l'irrecevabilité de la demande principale et, sur la demande reconventionnelle, à la nullité du contrat de gérance dont la signature a été légalisée le 18/07/2008 et, à titre subsidiaire, à ce que les sommes dues soient fixées à 1.081.200,00 dirhams ; qu'à l'issue des procédures, un jugement a été rendu condamnant les défendeurs à payer solidairement à la demanderesse la somme de 1.190.000,00 dirhams au titre des redevances d'exploitation du fonds de commerce sis à (...) pour la période de juillet 2014 à fin novembre 2015, et rejetant le surplus des demandes ; que les demandeurs au pourvoi et la défenderesse au pourvoi ont interjeté appel de ce jugement, et la Cour d'appel a déclaré l'appel de (R. S. F.) recevable, réformé le jugement entrepris en portant le montant de la condamnation à 1.413.999,99 dirhams et en allouant une indemnité pour retard de 40.000,00 dirhams, l'a confirmé pour le surplus et a rejeté l'appel de (B.) et de M. Abderrahim (B.) ; c'est cet arrêt qui est l'objet du présent pourvoi.

Sur le premier moyen :

Attendu que les demandeurs au pourvoi font grief à l'arrêt d'avoir violé les règles substantielles de

procédure et les dispositions des paragraphes 4 et 5 de l'article 329 du Code de procédure civile, d'avoir dénaturé les faits, et d'être entaché d'un vice de motivation et d'un défaut de base légale, au motif que le tribunal de première instance a considéré que son jugement était contradictoire à l'égard de M. Abderrahim (B.), bien que celui-ci n'ait déposé aucune conclusion en réponse pour que cette qualification soit justifiée, ce qui constitue une violation flagrante des dispositions du premier paragraphe de l'article 344 et des paragraphes 4 et 5 de l'article 329 du même code ; que cette violation l'a privé d'un degré de juridiction, qui est une règle d'ordre public ; qu'ils ont reproché au jugement entrepris d'avoir été rendu contradictoirement à leur encontre, mais que la Cour d'appel n'a pas saisi le sens de ce grief et y a répondu par une motivation contraire aux dispositions de la loi, car les décisions sont réputées contradictoires lorsqu'elles sont rendues sur la base des requêtes et mémoires des parties ; que la constitution de Maître Younes (G.) pour le défendeur Abderrahim (B.) ne s'est pas étendue au-delà, celui-ci n'ayant produit aucune réponse dans l'affaire, et une simple constitution d'avocat ne peut être qualifiée de réponse ; que la qualification donnée par le tribunal au jugement entrepris est donc erronée ; que l'affirmation dans la motivation selon laquelle Maître (M.) a produit une réponse ne concerne qu'un mémoire en réponse de la défenderesse (R. S. F.) et ne saurait justifier la qualification de contradictoire donnée au jugement de première instance ; que la Cour d'appel, face à la preuve que le défendeur Abderrahim (B.) n'avait pas produit de réponse, aurait dû accueillir l'appel et annuler le jugement entrepris pour violation des règles de la procédure écrite, visées par l'article 45 du Code de procédure civile, qui constituent une garantie des droits de la défense et qui obligent le tribunal, dans un tel cas, à notifier à la partie concernée une injonction de conclure, conformément aux dispositions des paragraphes 4 et 5 de l'article 329 du Code de procédure civile, afin que sa décision soit réputée contradictoire en cas de non-respect de cette injonction ; que cette violation a causé un préjudice grave à ses droits en le privant d'un degré de juridiction, et que, par conséquent, l'arrêt attaqué, qui n'a pas tenu compte de tout ce qui précède, est dénué de fondement, viole des règles substantielles de procédure en enfreignant les articles 329 et 344 du Code de procédure civile, et repose sur une motivation viciée et entachée de dénaturation, ce qui justifie sa cassation.

Mais attendu qu'il est constant, au vu des pièces du dossier telles que présentées aux juges du fond, et notamment des procès-verbaux des audiences en première instance, qu'à l'audience du 24/03/2016, Maître (M.) s'est constitué pour le demandeur au pourvoi Abderrahim (B.) et a obtenu un délai pour répondre jusqu'à l'audience du 07/04/2016, audience à laquelle Maître (M.) était présent aux côtés de Maître Younes (G.) pour ledit demandeur, et ils ont sollicité un délai supplémentaire pour répondre ; qu'à l'audience du 14/04/2016, Maître (M.) a déposé un mémoire en réponse et une demande reconventionnelle pour la première demanderesse au pourvoi, (B.), mais pas pour le second, et que Maître Younes (G.) n'a pas non plus déposé de réponse pour ce dernier malgré le délai accordé ; que la cour, auteur de l'arrêt attaqué, qui a déduit de ce qui précède que le demandeur au pourvoi n'avait pas conclu en réponse malgré la notification de son avocat et le délai accordé, n'était pas tenue d'annuler le jugement entrepris et de renvoyer l'affaire au tribunal de première instance pour lui notifier une injonction de conclure ; que le fait qu'elle n'ait pas procédé ainsi et qu'elle ait rendu son arrêt de la manière susmentionnée ne constitue pas une violation du principe du double degré de juridiction, comme l'indique sa motivation ; que de plus, la qualification du jugement entrepris de contradictoire à l'égard des demandeurs au pourvoi est sans effet, dès lors que la nature, par défaut ou contradictoire, d'un jugement ne dépend pas de la qualification que lui donne le juge, mais de la nature même du jugement ; que si le juge se trompe dans la qualification de son jugement, cela n'entraîne pas la nullité dudit jugement mais ouvre à la partie concernée la voie de recours correspondant à sa véritable nature ; qu'ainsi, son arrêt n'a violé aucune règle substantielle de procédure, n'a pas dénaturé les faits, est fondé sur une motivation saine et repose sur une base légale ; que le moyen est dénué de fondement.

Sur le deuxième moyen :

Attendu que les demandeurs au pourvoi font grief à l'arrêt d'avoir violé le droit interne, d'être dépourvu de base légale, entaché d'un vice de motivation et d'un défaut de motivation, et d'avoir violé les

dispositions de l'article 1150 du Dahir formant Code des obligations et des contrats, au motif que la cour qui l'a rendu a considéré que le cautionnement de M. Abderrahim (B.) demeurait valable tant que l'extinction de la dette, c'est-à-dire son paiement, n'était pas prouvée ; que, cependant, le cautionnement s'éteint soit à titre accessoire par l'extinction de l'obligation principale, soit à titre principal en cas d'extinction de la dette ; qu'ils ont soutenu que la dette s'était éteinte à titre accessoire et non principal, en raison de la résolution judiciaire du contrat de gérance libre qui contenait son engagement de caution, en vertu de l'arrêt n° 7177 rendu par la Cour d'appel de commerce de Casablanca le 20/07/2015 dans le dossier n° 2014/8205/1496 ; que cela a eu pour effet l'extinction du cautionnement, la dette étant alors effacée et considérée comme n'ayant jamais existé suite à l'extinction de l'obligation principale ; qu'il ressort de la motivation de la cour qu'elle n'a pas distingué entre l'extinction de la dette, qui est l'une des causes d'extinction des obligations, et l'extinction de l'obligation elle-même, qui s'éteint par la résolution du contrat contenant l'engagement de la caution, faute de quoi la caution serait tenue de payer la dette malgré l'extinction de l'obligation principale par la résolution, ce qui est contraire à la logique juridique ; que le fait de soutenir que le contrat de cautionnement continue de produire ses effets malgré le prononcé d'un jugement de résolution, alors qu'il ne s'agit que d'un engagement accessoire, au motif que l'extinction de la dette n'est pas prouvée, constitue une motivation viciée pour violation des règles régissant le cautionnement énoncées à l'article 1150 du Dahir formant Code des obligations et des contrats, ce qui rend l'arrêt attaqué entaché d'un vice de motivation, d'une violation dudit article et d'un défaut de base légale, et le rend passible de cassation.

Mais attendu que la cour, auteur de l'arrêt attaqué, a motivé sa décision en ces termes : « Attendu que, s'agissant de l'exception tirée de la violation des règles du cautionnement et des dispositions de l'article 1150 du D.O.C., il est établi que la dette de (B.) étant prouvée, le cautionnement de M. Abderrahim (B.) demeure valable tant que l'extinction de la dette n'est pas établie, car le cautionnement s'éteint soit à titre accessoire par l'extinction de l'obligation principale, soit à titre principal en cas d'extinction de la dette, ce qui n'est pas le cas en l'espèce » ; que par cette motivation, elle a considéré à juste titre que la défenderesse au pourvoi était en droit de réclamer à la caution le paiement de la dette de la débitrice principale au titre des redevances de gérance dues pour la période antérieure à la résolution du contrat de gérance libre et jusqu'à la date de son expulsion des lieux ; que le fait que la dette ne soit pas éteinte à l'égard de la débitrice principale n'entraîne pas non plus son extinction à l'égard de sa caution, en application des dispositions de l'article 1150 du Dahir formant Code des obligations et des contrats invoqué ; que son arrêt est donc fondé sur une motivation saine, n'a pas violé les dispositions invoquées et repose sur une base légale ; que le moyen n'est pas fondé.

Sur le troisième moyen :

Attendu que les demandeurs au pourvoi font grief à l'arrêt d'avoir violé le droit interne, les dispositions des articles 307 et 327 du Code de procédure civile, d'être dépourvu de base légale et entaché d'un vice de motivation, au motif que, bien que la clause 14 du contrat de gérance libre ait stipulé que la compétence pour statuer en cas de litige revenait au Tribunal de commerce de Casablanca, elle a ajouté une clause compromissoire claire et expresse prévoyant la possibilité de résoudre le litige par un arbitre désigné d'un commun accord par les parties ou, à défaut, par le président du tribunal ; que cette possibilité de résoudre le litige par l'arbitrage, incluse dans le contrat, constitue une clause compromissoire au sens de l'article 316 du Code de procédure civile ; que, dès lors que ladite clause du contrat contenait une clause compromissoire, il était interdit au tribunal, en vertu de l'article 327 du Code de procédure civile, de statuer sur le litige, et il aurait dû déclarer la demande irrecevable jusqu'à l'épuisement de la procédure d'arbitrage ou l'annulation de la convention d'arbitrage ; qu'en écartant la clause compromissoire au motif qu'elle n'était pas obligatoire, alors que le tribunal arbitral est seul compétent pour statuer sur la validité de la convention d'arbitrage, la cour a violé les dispositions susmentionnées ainsi que l'article 327 du Code de procédure civile, ce qui justifie la cassation de son arrêt.

Mais attendu que les termes de la clause 14 du contrat de gérance libre étant explicites en ce qu'en cas

de litige entre les parties concernant l'exécution de ses dispositions, le tribunal compétent pour en connaître est le Tribunal de commerce de Casablanca, avec la possibilité de recourir à l'arbitrage, la cour, auteur de l'arrêt attaqué, a considéré à juste titre que ce que contenait ladite clause concernant la procédure d'arbitrage n'était qu'une simple possibilité, laissée à leur choix, de soumettre le litige relatif à l'exécution des dispositions du contrat de gérance à ladite procédure, et ne constituait pas une mesure obligatoire l'empêchant de connaître du litige dont elle était saisie ; qu'en procédant ainsi, elle a fondé sa décision sur une motivation saine, n'a pas violé les dispositions invoquées et l'a assise sur une base légale ; que le moyen est dénué de fondement.

Sur le quatrième moyen :

Attendu que les demandeurs au pourvoi font grief à l'arrêt d'être entaché d'un défaut de motivation, d'une violation des droits de la défense et d'un vice de motivation, au motif qu'ils ont critiqué le jugement entrepris pour avoir rejeté leur demande tendant à la nullité du contrat de gérance libre, au motif que ledit contrat avait été résolu et que la demande en nullité était devenue sans objet ; que, cependant, la résolution ne peut être invoquée comme motif de rejet d'une action en nullité, car les causes de nullité de l'acte sont différentes : la nullité est une sanction légale pour un vice existant dès la formation de l'acte, tandis que la résolution est une sanction qui frappe les contrats, même valides, en raison d'un fait postérieur, à savoir l'inexécution par l'un des contractants de ses obligations ; que de plus, le champ d'application de la nullité est plus large que celui de la résolution.

Qu'ils ont également soutenu, dans leur mémoire en réplique déposé à l'audience du 17/11/2016, que (B.), la locataire, avait loué des locaux qui étaient une ruine, fermés et où aucune activité commerciale n'était exercée depuis plus de cinq ans, ce qui signifiait l'absence de clientèle et, par conséquent, l'absence de fonds de commerce ; que la relation contractuelle entre les parties portait sur un fonds de commerce, qui est un bien meuble incorporel en vertu de l'article 79 du Code de commerce, alors que la réalité a démontré qu'il n'existait pas ; que l'existence d'une relation contractuelle valide suppose l'existence d'un objet de l'obligation, conformément aux dispositions expresses de l'article 2 du Dahir formant Code des obligations et des contrats ; que, dès lors qu'il est établi que le contrat dénommé "contrat de gérance libre" est nul pour absence d'objet, il s'ensuit qu'il ne doit produire aucun effet en l'espèce ; que ledit contrat ne porte pas sur la location d'un fonds de commerce en raison de l'absence de ses éléments constitutifs, parmi lesquels doit obligatoirement figurer la clientèle, comme le dispose l'article 80 du Code de commerce ; que la stipulation du contrat selon laquelle si la station n'était pas approvisionnée à hauteur de plus de 300 tonnes par mois, le contrat deviendrait caduc, est un argument sans rapport avec leur moyen qui invoquait l'inexistence d'un fonds de commerce au moment de la conclusion du contrat, preuve en est que la station était une ruine et ne disposait pas de clientèle ; que leurs moyens de défense sont corroborés par le tableau indiquant les ventes de carburant de la station ; que l'arrêt attaqué n'a pas résumé ces moyens qu'ils avaient régulièrement soulevés dans leur mémoire susmentionné devant la cour ; que, compte tenu de leur importance, il était impératif pour la cour d'en faire un résumé et d'y répondre ; que son omission rend l'arrêt attaqué entaché d'un défaut et d'un vice de motivation, et viole les droits de la défense, ce qui justifie sa cassation.

Mais attendu que, contrairement à ce qui est soutenu dans le moyen, la cour, auteur de l'arrêt attaqué, a exposé les moyens de défense que les demandeurs au pourvoi avaient invoqués devant elle dans leur mémoire en réplique du 17/11/2016, relatifs à l'absence de fonds de commerce pour défaut de ses éléments, notamment la clientèle, et à la nullité du contrat de gérance pour absence d'objet, au motif que le bien loué n'était qu'une ruine et ne comprenait pas de fonds de commerce, contrairement à ce qui était stipulé dans ledit contrat ; et qu'elle n'y a pas répondu par la motivation du jugement entrepris, objet du grief du moyen, ce qui le rend irrecevable, mais l'a rejeté par sa propre motivation, ainsi conçue : « Attendu que, contrairement à ce que soutient l'appelante quant au rejet par le jugement entrepris de la demande reconventionnelle malgré son sérieux pour un motif de procédure, il ressort de l'arrêt d'appel n° 4177 du 20/07/2015, n° 2015/8205/1496, qui a ordonné l'expulsion de l'appelante (B.), qu'il a été établi que les lieux étaient équipés et exploités avant la conclusion du contrat avec l'appelante, preuve en est

que (I.), le fournisseur de carburant de la station, a poursuivi ses relations commerciales et son activité dans la station, et que le contrat conclu avec (R. S. F.) stipule que si la station n'était pas approvisionnée à hauteur de plus de 300 tonnes par mois, le contrat deviendrait caduc, précisant que la société continuait de fonctionner de manière normale et régulière, ce qui est corroboré par le jugement d'expulsion rendu au motif qu'elle avait effectué des modifications dans la station et n'avait pas respecté les clauses du contrat de gérance ; qu'il n'y a donc pas lieu de prononcer la nullité sur la base des arguments avancés par l'appelante à cet égard, et qu'il convient par conséquent de rejeter le moyen invoqué » ; que cette motivation, qui n'est pas critiquée, est conforme aux pièces du dossier et constitue une réponse suffisante pour justifier sa décision ; que son arrêt n'a donc pas violé les droits de la défense et est fondé sur une motivation suffisante et saine ; que le moyen n'est pas fondé.

Par ces motifs

La Cour de cassation rejette le pourvoi et condamne les demandeurs aux dépens.