

**Gérance libre : en l'absence de clause résolutoire, la résiliation du contrat doit être prononcée par le juge et ne peut résulter d'une notification unilatérale (CA. com. Casablanca 2019)**

Identification			
<b>Ref</b> 71694	<b>Juridiction</b> Cour d'appel de commerce	<b>Pays/Ville</b> Maroc / Casablanca	<b>N° de décision</b> 1370
<b>Date de décision</b> 20190328	<b>N° de dossier</b> 2019/8205/181	<b>Type de décision</b> Arrêt	<b>Chambre</b>
Abstract			
<b>Thème</b> Gérance libre, Commercial		<b>Mots clés</b> Résiliation judiciaire, Résiliation du contrat, Redevance mensuelle, Preuve testimoniale, Preuve du paiement, Obligation du gérant, Nullité de l'acte de notification, Notification par huissier de justice, Gérance libre, Absence de clause résolutoire	
<b>Base légale</b> Article(s) : 259 - 443 - Dahir du 9 ramadan 1331 (12 août 1913) formant Code des obligations et des contrats Article(s) : 143 - Dahir portant loi n° 1-74-447 du 11 ramadan 1394 (28 septembre 1974) approuvant le texte du code de procédure civile (CPC) Article(s) : 44 - Dahir n° 1-06-23 du 15 moharrem 1427 (14 février 2006) portant promulgation de la loi n° 81-03 portant organisation de la profession d'huissier de justice		<b>Source</b> Non publiée	

## Résumé en français

Saisi d'un litige relatif à l'inexécution d'un contrat de gérance libre, la cour d'appel de commerce se prononce sur les conditions de sa résolution et les modes de preuve du paiement des redevances. Le tribunal de commerce avait prononcé la résolution du contrat et condamné le gérant au paiement des sommes dues. L'appelant soutenait avoir valablement mis fin au contrat par une simple notification et offrait de prouver le paiement par témoignage. La cour écarte ce moyen en rappelant qu'en l'absence de clause résolutoire expresse, la résolution doit être judiciairement prononcée en application de l'article 259 du dahir des obligations et des contrats. Elle rejette également la preuve testimoniale, prohibée par l'article 443 du même code pour les obligations excédant un certain montant, et déclare nulle la notification de résiliation au motif que l'acte de signification ne portait pas la signature obligatoire de l'huissier de justice. Rejetant l'appel incident de la propriétaire relatif à l'astreinte et à une demande d'expertise, la cour confirme le jugement mais le réforme en faisant droit à la demande additionnelle en paiement des redevances échues en cours d'instance.

## Texte intégral

وبعد المداولة طبقا للقانون.

حيث تقدم المستأنف بواسطة نائبه بمقال استئنافي مسجل ومؤدى عنه بتاريخ 21/12/2018 يستأنف بمقتضاه الحكم الصادر عن المحكمة التجارية بالدار البيضاء بتاريخ 12/6/2018 تحت عدد 5782 في الملف رقم 2637/8205/2018 القاضي في الشكل بقبول الدعوى وفي الموضوع بفسخ العقد المؤرخ في 12/04/2016 وبأداء المدعى عليه للمدعية مبلغ 16.200,00 درهم واجبات التسيير عن المدة من فاتح يناير 2017 الى متم شتنبر 2017 مع الفوائد القانونية من تاريخ الحكم وتحمله الصائر ورفض باقي الطلبات.

و حيث تقدمت المستأنف عليها السيدة حنان (أ.) باستئناف فرعي مع مقال إضافي مسجل ومؤدى عنه بتاريخ 17/1/2019 تستأنف بمقتضاه فرعا الحكم المشار الى مراجعه اعلاه.

كما تقدمت المستأنف عليها فرعا بمقال اضافي .

في الشكل:

في الاستئناف الاصيلي : حيث إن الاستئناف الاصيلي جاء مستوفيا للشروط الشكلية المتطلبة قانونا أداء وصفة وأجلا فهو مقبول شكلا.

في الطلب المقابل : حيث ان الطلب المقابل يعتبر طلبا جديدا قدم لأول مرة خلال المرحلة الاستئنافية و لم يسبق النظر فيه خلال المرحلة الابتدائية.

و حيث ينص الفصل 143 من ق.م.م على انه لا يجوز تقديم أي طلب جديد اثناء النظر في الاستئناف باستثناء طلب المقاصة او كون الطلب الجديد لا يعدو ان يكون دفاعا عن الطلب الاصيلي , و عليه فان مصير الطلب المقابل يكون عدم القبول مع ابقاء الصائر على رافعه.

في الاستئناف الفرعي : حيث ان الاستئناف الفرعي مرتبط بالاستئناف الاصيلي و قدم وفق الشروط القانونية فهو مقبول شكلا.

في الطلب الاضافي : حيث ان الطلب الاضافي ينصب على واجبات التسيير المترتبة بعد صدور الحكم الابتدائي و قدم وفق الشكل القانوني فهو مقبول شكلا.

وفي الموضوع:

حيث يستفاد من وثائق الملف والحكم المطعون فيه ان المستأنف عليها تقدمت بمقال افتتاحي مسجل ومؤدى عنه تاريخ 09 مارس 2018 والذي يعرض من خلاله ان العارضة عهدت للمدعى عليه بتسيير الأصل التجاري للمحل الكائن بحي [العنوان], وانه انقطع عن الأداء منذ متم شهر دجنبر 2016 , كما انه ولغاية اليوم لم يتم باجراء اية محاسبة بعد مرور اكثر من سنة على تسييره للأصل التجاري, وانها اندرته للمرة الاولى من اجل اداء ما تخلصت بزمته من مبالغ عن تسيير الأصل التجاري المذكور من فاتح يناير 2017 الى متم ابريل

2017 وانها حاولت معه وديا عدة مرات من اجل تسليمها المحل دون جدوى, وانا راسلته للمرة الثانية من اجل تسليمها المحل ودعته مرة اخرى الى اجراء محاسبة بقصد تقاسم الارباح الناتجة عن تسييره المحل مناصفة بينهما عن فترة السنة الممتدة من 11-4-2016 الى 11-4-2017 وكذا عن الفترة المتبقية والممتدة من 12-4-2017 الى 30-9-2017 , لأجله يلتمس الحكم بفسخ العقد الرابط بين العارضة والمدعى عليها, وبإداء المدعى عليه للعارضة مبلغ 16.200,00 درهم عن واجب 1800 درهم شهريا منذ فاتح يناير 2017 الى متم شتنبر 2017 مع الفوائد القانونية من تاريخ الطلب , وغرامة تهديدية قدرها 1000 درهم عن مل يوم تأخير, وبتعويض عن الضرر اللاحق بها جراء المطل بمبلغ 9000 درهم, وباجراء خبرة حسابية لمعرفة الأرباح الناجمة خلال فترة تسيير المدعى عليه للأصل التجاري منذ 11-4-2016, وشمول الحكم بالنفاذ المعجل.

وأرفق المقال بنسخة من العقد, نسخة من الانذارين.

وبناء على رسالة الوثائق المدلى بها بجلسة 3-4-2018.

وبناء على كتاب الإدلاء ببيان عنوان مرفق بوثيقة.

وبناء على تخلف نائب المدعى عليه عن الجواب بجلسة 5-6-2018.

وبعد استيفاء الإجراءات المسطرية صدر الحكم المستأنف والذي استأنفه المستأنف مركزا استئنافه على الأسباب التالية :

## أسباب الاستئناف

عرض الطاعن انه لم يبسط أوجه دفاعه اثناء المرحلة الاولى , وان المستأنف ابرم مع السيد بلعيد (أ.) بصفته وكيلًا عن ابنته السيدة حنان (أ.) عقد تسيير محل تجاري كائن بحي [العنوان] الدار البيضاء وذلك بسومة شهرية محددة وتمثل في مبلغ 1800 درهم وذلك ابتداء من 11/04/2016 كما تسلم ضمانات مالية بمبلغ عشرة آلاف درهم تسترد بعد نهاية العقد وان مدة العقد هي سنتين بحيث ستنتهي بتاريخ 11/04/2018 , وان بنود العقد تتضمن انه من يرغب بفسخ العقد قبل حلول اجله يلزمه توجيه اشعار بالفسخ قبل اجل شهرين كما يتضمن العقد في الفقرة قبل الاخيرة بندا يتمثل في انه خلال الاشعار اذا لم يقم الطرف الاول بإرجاع مبلغ التسبيق للطرف الثاني يبقى هذا الاخير بالمحل دون اداء واجب الارباح وان المستأنف لاحظ ان مردودية المحل لا توازي قيمة الاداءات الشهرية وهو ما ارغمه على رغبتة في فسخ العقد حيث وجه اشعارا بالبريد المضمون بذلك الى المدعية السيدة حنان (أ.) بتاريخ 27/04/2017 رجع بملاحظة غير مطلوب في العنوان الوارد في العقد والمقال واضطر الى توجيه اشعار ثاني عن طريق مفوض قضائي الى وكيل المستأنف عليها السيد (أ.) بلعيد توصل به شخصيا بتاريخ 29/05/2017 يشعره بفسخ العقد ويضع المحل التجاري رهن اشارته وتمكينه من مبلغ الضمانة المحدد في مبلغ 10000 درهم مذكرا اياه ببنود العقد وان انتظار المستأنف تمكينه من مبلغ الضمانة المذكور في العقد الذي هو 10000 درهم مقابل مغادرة المحل قبل ذلك بإنذار معاكس من اجل اداء واجبات ارباح ذمته خالية منها , على اعتبار ان جميع الاداءات تتم من دون اخذ أي وصل عنها لرفض وكيل المدعية منحه وصولات عن الاداء على اعتبار ان المحل هو مكترى كما يدعي ولا يتوفر على اصل تجاري حيث سبق ان تم كراء المحل لشخص يقوم بالشعوذة وبيع مواد الاعشاب وتم ايقافه من طرف الشرطة وان سبب رغبة المستأنف في مغادرة المحل هو عدم مردوديته مالية وذلك بسبب تداعيات هذا الحادث الذي اغفله وكيل المدعية اثناء ابرام العقد وهو ما جعله ينزعج من رغبة المستأنف من مغادرة المحل وان المحكمة ستلاحظ ان الانذار الموجه للمستأنف من اجل الاداء هو رد فعل على طلب المستأنف واحاله على فسخ العقد وارجاع مبلغ التسبيق وقد تم ذلك وبكيفية شفوية ولعدة مرات الى ان اضطر الى توجيه اشعار بذلك بتاريخ 27/04/2017 أي قبل توجيه الانذار الذي يعتبر رد فعل والذي توصل به المستأنف بتاريخ 23/05/2017 وهو وسيلة وطريقة لحرمان المستأنف من استرجاع مبلغ الضمانة التي هي 10000 درهم وان وكيل المستأنف عليها السيد بلعيد (أ.) يتوصل بمايسميه ارباح بمبلغ 1800 درهم والذي تم تحديدها مسبقا ومن دون اداء أي زيادة عنها حيث يتوصل به بكيفية دورية وهناك شهود على واقعة التوصل بتلك المستحقات المحددة في مبلغ 1800 درهم وانه من المبادئ العامة للقانون ان العقد شريعة المتعاقدين وانه من التزم بالشئ لزمه وان المستأنف قد اضطر الى البقاء في المحل واغلاقه الى غاية توصله بمبلغ الضمانة الذي رفض وكيل المدعية

تمكينه منه ذلك تنفيذاً منه لنص الاتفاق وان المستأنف لا يسعه الا ان يؤكد على ان وكيل المستأنفة قد اخذ منه مبلغاً آخر قبل ابرام العقد وهو مبلغ 15000 درهم ولم يأخذ عليه أي وصل وهو غير المبلغ المضمن بالعقد ليكون مجموع ما اخذه من المستأنف هو 25000 درهم وان المستأنف قد تضرر حقيقة وبكيفية جدية من كرائه هذا المحل سواء مادياً او معنوياً وان كان يستغل السيد (أ) بلعيد صفته كوكيل عن المستأنفة لابتزازه ومطالبته في كل وقت وحين بمبالغ مالية ومبلغ 15000 درهم الذي اخذه دون وجه حق وهذا يظهر ان ذمة المستأنف خالية من اية مبالغ وان العقد قد تم فسخه بمجرد التوصل برسالة الفسخ التي لم يستجب لها وكيل المستأنف عليها بإرجاع مبلغ الضمانة الذي هو 1000 درهم وان المستأنف قد ادلى بلائحة الشهود يشهدون بان واجب الارباح يتسلمه السيد بلعيد (أ) وبحضورهم ومعينتهم وسيدلون الشهادة اذا ما طلب منهم ذلك امام المحكمة .

اما فيما يخص المقال المقابل الرامي الى الاداء فان المستأنف قد وجه انذارا الى المدعية من اجل فسخ العقد مع ارجاع مبلغ الضمانة المحدد في مبلغ 10000 درهم ورجع بملاحظة غير مطلوب بتاريخ 27/04/2017 وتم توجيه انذار ثاني توصل به وكيل المدعية بتاريخ 29/5/2017 بفسخ العقد وارجاع مبلغ الضمانة بقي هو الاخر من دون جواب وان المستأنف قد طالب بفسخ العقد ووضع المحل رهن اشارة المدعى عليها مقابل تمكينه من مبلغ الضمانة الوارد بالعقد 10000 درهم وذلك منذ 27/04/2017 وبذلك فالمستأنف يكون محقا في استرجاع مبلغ 10000 درهم واعتبار العقد قد تم فسخه منذ 27/4/2017 وذلك اعتبارا لبند العقد التي اوردت ذلك المقتضى في الاتفاق.

لذلك يلتمس بخصوص المقال الاستئنافي اساسا بإلغاء الحكم المستأنف فيما قضى به وبعد التصدي الحكم برفض الطلب واحتياطيا اجراء بحث في موضوع النازلة ومن حيث المقال المقابل بإرجاع مبلغ الضمانة الواردة بالعقد واعتبار ان فسخ العقد تم مند تاريخ 27/4/2017 مع ترتيب الآثار القانونية على ذلك وتحميل الصائر على من يجب قانونا .

وادلى بنسخة من الحكم وظرف البريد مؤشر عليه بملاحظة غير مطلوب ونسخة من الانذار مع محضر التبليغ وجواب المستأنف على رسالة الانذار الاولى الصادرة بتاريخ 31/5/2017 و الثانية بتاريخ 23/10/2017 وصورة العقد وصورة لجريدة معلنه لخبير التوقيف وصورة التوصل بمفاتيح المحل.

وبجلسة 07/02/2019 ادلى نائب المستأنف عليها بمذكرة جوابية مرفقة بوثائق مع استئناف فرعي ومقال اضافي جاء فيهما بخصوص المذكرة الجوابية فانه خلافا لما يزعمه المستأنف فانه كما لا يخفى على المحكمة فان رجوع الطي بملاحظة غير مطلوب لا يعتبر توصلا وهو ما استقر عليه اجتهاد محكمة النقض والعمل القضائي فضلا عن كوننا لا نعلم محتوى الطي الذي يمكن ان يكون فارغا او به رسالة لا تتعلق بموضوع التسيير الحر موضوع النازلة وان المستأنف اغفل القول بان المستأنف عليها هي من بادرت اولا الى مراسلته بواسطة انذار بلغ اليه بواسطة مفوض قضائي بتاريخ 23/5/2017 تنذره من خلاله باداء ما تخلذ بذمته من مبالغ عن تسيير الاصل التجاري المذكور من فاتح يناير 2017 الى متم ابريل 2017 بما مجموعه 7.200 درهم عن 1.800 درهم شهريا من الارباح مع انذاره بإجراء محاسبة عن التسيير عن مدة سنة الفترة الممتدة من 11/4/2016 الى 11/4/2017 من اجل اقتسام الارباح مناصفة بينهما ومنحته اجلا لذلك 15 يوما غير انه لم يستجب للإنذار وان الاشعار الذي يزعم توصل وكيل المستأنف عليها به بتاريخ 29/5/2017 فانه فضلا عن كون المستأنف عليها تنازع فيه جديا وتطعن فيه لكونها لم تتوصل به فانه غير مؤشر عليه من طرف المفوض القضائي مما لا يعتبر معه قانونا ولا يمكن للمحكمة الاخذ به او اعتباره ناهيك عن كونه لم يتضمن اية اشارة الى فسخ العقد كما هو واضح من خلال سطره وهو الامر الذي يزكيه جواب نائبه المتوصل به من طرف نائب المستأنف عليها بتاريخ 7/6/2017 والمدلى به ضمن وثائق الملف من طرف المستأنف نفسه وان المستأنف عليها حاولت معه وديا عدة مرات من اجل تسليمها مفاتيح المحل وضرب لها عدة مواعيد بل وراسلها لأجل ذلك في محاولة احتيالية يائسة منه واخلفها جميعها وانه تم انذاره مرة ثانية من اجل اداء ما بذمته من مبالغ سابقة مع مبالغ لاحقة مما اصبح معه مجموع المبالغ التي بذمته هي 16.200 درهم عن 9 اشهر من تاريخ التسيير من فاتح يناير 2017 الى متم شتنبر 2017 مع تذكيره بالغرامة التهديدية التي قدرها 1.000 درهم المقررة بموجب العقد عن كل يوم تأخير من تاريخ التوصل بالاشعار مع وجوب تسليم المفاتيح باعتبار العقد اصبح مفسوخا للتامل وعدم الاداء فما كان منه الا التعنت وعدم الاداء مع الامتناع عن تسليم المفاتيح مما يتعين معه استبعاد الدفع لعدم استناده على اساس، وان دفع بان وكيل المستأنف عليها يرفض منحه وصولات عن الاداء على اعتبار ان

المحل مكترى ولا يتوفر على اصل تجاري وانه سبق كراءه لشخص يقوم بالشعوذة وبيع مواد الاعشاب وتم ايقافه من طرف الشرطة تبقى مجرد مزاعم واهية لا اساس لها من الصحة ذلك ان الاداء يستلزم الاثبات وهو ما يعوز المستأنف الذي كان عليه ان يؤدي المبالغ الشهرية الواجبة من الارباح بواسطة الشيك او احدى الوسائل القانونية ثم ان المشرع منح الحق للمكتري في مطالبة المكري بتمكينه من التواصل ومراسلته من اجل ذلك وهو ما لم يفعله المستأنف لتأكيد زعمه كما انه لا يمكن ان يستساع عقلا ومنطقا مطالبة المستأنف عليها بالمبالغ الواجبة من ارباح 4 اشهر من فاتح يناير الى متم ابريل من سنة 2017 فقط اذا كانت فعلا تفتري على المستأنف دون بقية الاشهر الاخرى السابقة مع العلم ان العقد ابرم في 11/4/2016 كما ان الزعم بكون المحل لا يتوفر على اصل تجاري يفنذهنموذج رقم 7 المدلى به ، وزعم انه سبق كراؤه لشخص يقوم بالشعوذة يبقى دفعا واهيا غير ذي جدوى كما ان صورة الجريدة المستدل بها لا تعني محل المستأنف عليها في شيء وحتى لو افترضنا صحة الواقعة فإنها لا تعني المستأنف وتغني عن اداء ما بذمته من مبالغ للمستأنف عليها اذ انه اصبح في حالة مطل ولم يفرغ المحل وهو الذي كان يستغله في الحياكة مما يستوجب معه تطبيق الغرامة التهديدية المقررة بموجب العقد في حقه وان دفع المستأنف بتوصل وكيل المستأنف عليها بمبلغ 1.800 درهم ما هو الا افتراء اذ انه لا يمكن اعتبار الاشهادات المدلى بها من طرفه لكونها اشهادات ملقنة بنفس الاسلوب واعطيت له على سبيل المجاملة فقط وانه لا يعقل ان يكون نفس الاشخاص حاضرين عند متم كل شهر لمعاينة واقعة الاداء حسب زعمه فضلا عن كون المبالغ المتنازع فيها والمرفعة الى 16.200 درهم لا يمكن الأخذ فيها بشهادة الشهود كما هو متفق عليه قانونا وقضاء مما يتعين معه عدم اعتبار الدفع لهذا السبب ايضا ، وان الدفع بكون وكيل المستأنف عليها قد اخذ منه مبلغ اخر قبل ابرام العقد وهو مبلغ 15.000 درهم دون وصل يبقى دفعا واهيا وبلا اساس وغير منطقي فكيف يعقل ان يضمن بالعقد مبلغ 10.000 درهم كمبلغ تسبيق ويترك مبلغ 15.000 المزعوم خارج العقد لو فرضنا انه فعلا اخذه منه فضلا عن كون المستأنف عليها غير معنية بهذا النوع من المعاملات الخارجة عن العقد مما يتعين معه عدم اعتبار هذا الدفع لهذا السبب ، ومن حيث المقال المقابل فانه كما سبق بسطه اعلاه فان السيد محمد (ك.) يعتبر متماطلا وغير مستحق لأي تسبيق فضلا عن كونه يبقى خاضعا للغرامة التهديدية التي قدرها 1.000 درهم المقرر بموجب العقد عن كل يوم تأخير من تاريخ التوصل بالإنذار الاول والذي هو 23/5/2017 .

ومن حيث الاستئناف الفرعي فان الحكم الابتدائي المطعون فيه والمشار اليه والى وقائعه بالمقال الاستئنافي للمستأنفة الاصلية مما يعقينا من اعاتها حسب ما استقر عليه قضاء محكمة النقض رفض الاستجابة لطلب المستأنف عليها بالحكم على المستأنف عليه فرعيا بالغرامة التهديدية التي قدرها 1.000 درهم والمقرر بموجب العقد عن كل يوم تأخير من تاريخ التوصل بالإنذار الاول والذي هو 23/5/2017 لتماطله وعدم استجابته للإنذار وكذا بالأمر بإجراء خبرة من اجل تحديد الارباح الواجب اقتسامها وان تعليل المحكمة بهذا الخصوص يعتبر ناقصا الموازي لانعدامه اذ ان المستأنف عليها تبقى مستحقة لتلك الغرامة بمقتضى العقد الرابط بينها وبين المستأنف عليه فرعيا بمجرد ثبوت التوصل وعدم الاستجابة والتأكيد على رفض تسليم المفاتيح كما جاء في الرسالة الجوابية لناؤها المتوصل بها بتاريخ 26/10/2017 كما تبقى محقة في المطالبة بإجراء خبرة من اجل تحديد الارباح الواجب اقتسامها باعتبار المبالغ المتوصل بها لا تشكل الا جزءا من الارباح .

ومن حيث المقال الاضافي فان المستأنف عليها طالبت في المرحلة الابتدائية بالمبالغ من الارباح المستحقة عن 9 اشهر من التسيير و الممتدة من فاتح يناير 2017 الى متم شتنبر 2017 والتي توجب فيها مبلغ 16.200 درهم بواقع 1.800 درهم شهريا وانه انضاف الى تلك المبالغ اخرى عن الفترة من فاتح اكتوبر 2017 الى 24 يوليوز 2018 تاريخ تسليم المفاتيح والتي توجب فيها مبلغ  $10 \times 1.800 = 18.000$  درهم .

لذلك تلتزم تأييد الحكم المستأنف مع تعديله وفق الاستئناف الفرعي ومن حيث المقال المقابل الحكم برفض الطلب واحتياطيا اجراء مقاصة مع المبالغ الاجمالية المتخلدة بذمته ومن حيث الاستئناف الفرعي الحكم بتأييد الحكم المستأنف مع تعديله وذلك بالقول بأحقية المستأنف عليها في الغرامة التهديدية والحكم لها بها مع الامر بإجراء خبرة حسابية من اجل تحديد الارباح الواجب اقتسامها بين الطرفين وتحميل المستأنف عليه فرعيا الصائر ومن حيث المقال الاضافي الحكم للمستأنف عليها بإضافة مبلغ 16.200 درهم المحكوم به ابتدائيا مما يصبح معه المبلغ الاجمالي الواجب الاداء هو  $18.000 + 16.200 = 34.200$  درهم مع البت في الصائر طبقا للقانون.

وادلت بنسخة من نموذج رقم 7.

وبجلسة 28/2/2019 ادلى نائباالمستأنف بمذكرة تعقيب يؤكد من خلالها سابق دفعه اما بخصوص الجواب على الاستئناف الفرعي والمقال الاضافي فانه بالرجوع الى الوثائق ومجريات الملف يتبين على ان عقد التسيير الواقع بين المستأنف وبين وكيل المستأنف عليها صريح في تحديد واجب 1800 درهم كواجب شهري وان المطالبة بأرباح زائدة غير واردة بالعقد ولا في الواقع اكثر من ذلك فان شروط عقد التسيير غير متوفرة في العقد على اعتبار ان المحل قد اكري خاليا من اية تجهيزات وكان محلا فارغا وبالتالي فلا مجال للحدوث عن كراء تسيير اصل تجاري على اعتبار ان النشاط الممارس فيه من قبل المستأنف هو نشاط خاص به ولا يتوفر المحل على سجل تجاري بنفس النشاط اذ انه على المستأنف عليها ان تثبت قيام نشاط بنفس المحل او ان تدلي بنموذج ج للمحل التجاري لإثبات النشاط لأن المحل قد اكري للمستأنف فارغا وبالتالي فانه من الناحية القانونية والواقعية نجد انفسنا امام كراء تجاري من الباطن وهو ما يعلمه الاطراف وبالتالي عدم تسليم وصولات الكراء الى المستأنف وان المطالبة بواجبات ارباح بناء على المقال الاضافي لا اساس لها على اعتبار ان العقد قد تم فسخه بعد التوصل برسالة الفسخ وانه لامجال للحدوث عن واجبات الارباح بعد التوصل برسالة الفسخ مما يبقى معه المقال غير مؤسس على اساس قانوني.

لذلك تلتمس اساسا الغاء الحكم المستأنف وبعد التصدي الحكم برفض الطلب واحتياطيا اجراء بحث في موضوع النازلة وبخصوص المقال المقابل الحكم بإرجاع مبلغ الضمانة الواردة بالعقد واعتبار ان فسخ العقد تم منذ تاريخ 27/4/2017 مع ترتيب الاثار القانونية على ذلك وتحميل الصائر على من يجب قانونا .

وادلى بمحضر تبليغ الاشعار والانذار وصور ايصال البعثية.

وبجلسة 21/3/2019 ادلى نائب المستأنف عليها بمذكرة تعقيب تؤكد من خلالها سابق دفعها.

وبناء على ادراج الملف اخيرا بجلسة 21/3/2019 حضرها نائب الطرفين وادلى نائب المستأنف عليها بمذكرة تعقيب تسلم نائب المستأنف نسخة منها وتقرر حجز الملف للمداولة لجلسة 28/3/2019.

محكمة الاستئناف

في الاستئناف الأصلي:

حيث استند المستأنف في استئنافه على الاسباب المشار اليها اعلاه.

وحيث دفع المستأنف بكونه قام بتوجيه انذار بالفسخ للمستأنف عليها يطلب فيها فسخ العقد وأن الأخيرة لم تمكنه من مبلغ الضمانة المنصوص عليه في العقد.

وحيث إن قيام المستأنف بتوجيه انذار بالفسخ للمستأنف عليها لا يترتب عنه فسخ العقد بقوة القانون على اعتبار أن العقد يخلو من أي مقتضى اتفاقي يتضمن التنصيص على فسخ العقد بقوة القانون ، والقاعدة حسب الفصل 259 من ق.ل.ع أنه لا يقع فسخ العقد بقوة القانون وإنما يجب أن تحكم به المحكمة إلا إذا اتفق المتعاقدان على أن العقد يفسخ عند عدم وفاء أحدهما بالتزاماته فحينها يقع الفسخ بقوة العقد وبمجرد عدم الوفاء بالالتزام، وما دام أن العقد لم يتم فسخه بمقتضى حكم قضائي او باتفاق الطرفين فإن الانذار الذي وجهه المستأنف للمستأنف عليها لا تأثير له على قيام عقد التسيير، وبالتالي وجب رد الدفع.

وحيث تمسك المستأنف بانه أدى للمستأنف عليها مبلغ نصيبها في الارباح البالغ 15000,00 درهم إضافة الى مبلغ آخر قبل ابرام العقد قدره 15000,00 درهم وأن لديه شهودا على حصول الاداء .

وحيث ينص الفصل 443 من ق.ل.ع على أن الاتفاقات وغيرها من الافعال القانونية التي يكون من شأنها أن تنشئ أو تنقل أو تعدل أو تنهي الالتزامات أو الحقوق التي يتجاوز مبلغها أو قيمتها عشرة آلاف درهم لا يجوز اثباتها بشهادة الشهود ولزم ان تحرر بها حجة رسمية أو عرفية ، وبالتالي فإن تمسك المستأنف بشهادة الشهود قصد اثبات أداء واجب الأرباح المحكوم به عليه والذي يفوق عشرة آلاف درهم يبقى غير ذي أساس ويتعين رد الدفع.

وحيث دفع المستأنف بكونه بعث انذارا للمستأنف عليها توصل به وكيلها بتاريخ 29/05/2007 يعبر فيه عن رغبته في فسخ العقد بسبب عدم مردودية المحل، وأن المستأنف عليها رفضت إرجاع مبلغ التسبيق مما يعطيه الحق في البقاء بالمحل دون أداء واجب الأرباح.

وحيث دفعت المستأنف عليها بعدم قانونية تبليغ الانذار لعدم تضمنه لتأشيرة المفوض القضائي.

وحيث تنص المادة 44 من قانون تنظيم مهنة المفوضين القضائيين رقم 81.08 على أنه يجب على المفوض القضائي أن يوقع اصول التبليغات المعهود الى الكتاب المحلفين بانجازها وأن يؤشر على البيانات التي يسجلها الكتاب المحلفون في الاصول المذكورة، وبالتالي فإن الواجب قانونا أن يقوم المفوض القضائي بتوقيع اصول التبليغات التي ينجزها المفوض القضائي وكذا التأشير على البيانات التي يسجلها الكتاب المحلفون في الاصول المذكورة، وبالرجوع الى اصل الاشعار المبلغ للمستأنف عليها بتاريخ 29/5/2017 والحامل لتوقيع نائب المستأنف عليها بالتوصل بتبين بأنه خال من توقيع المفوض القضائي وكذا تأشيرته ، وأنه يحمل فقط توقيع كاتب المفوض القضائي، وأن قيام الاخير بالتوقيع على محضر التبليغ والذي هو غير اصل التبليغ المنصوص عليه في المادة 44 من قانون 03/81 لا يغني عن توقيعه وتأشيرته على اصل التبليغ الذي هو الانذار ، وبالتالي فإن تبليغ الانذار يكون باطلا وغير منتج لأي اثر قانوني ، مما يستوجب رد الدفع.

وحيث يتعين لأجله رد الاستئناف الاصيلي وتأييد الحكم المطعون فيه وابقاء صائره على رافعه.

في الاستئناف الفرعي:

حيث عابت المستأنفة الفرعية على الحكم المستأنف عدم استجابته لطلب الغرامة التهديدية وكذا لطلب اجراء خبرة حسابية لتحديد نصيبها من الأرباح.

وحيث إن الحكم الابتدائي علل رفضه لطلب المستأنفة الفرعية بهذا الخصوص تعليلا سليما وكافيا ، والمحكمة إذا تعيد ما جاء في تعليل الحكم الابتدائي، ذلك أن العقد الرابط بين الطرفين حدد واجب التسيير (الأرباح) المستحق للمستأنفة الفرعية في مبلغ نقدي محدد ومعلوم تتسلمه عند كل شهر وقدره (1800,00 درهم) وبالتالي فالأمر لا يحتاج الى اجراء خبرة حسابية لتحديد نصيبها من واجب التسيير. أما بخصوص الغرامة التهديدية فالأخيرة يحكم بها إذا كان الأمر يتعلق بالقيام بعمل أو الامتناع عن القيام بعمل يتطلب تدخلا شخصيا من جانب المحكوم عليه ، أما في النازلة فالأمر يتعلق بأداء مبلغ مالي وبالتالي فلا محل للحكم بالغرامة التهديدية ، وهو ما يجعل الاستئناف الفرعي غير ذي أساس ويتعين رده مع إبقاء صائره على رافعه.

في المقال الإضافي:

حيث ينصب الطلب على أداء واجب التسيير عن المدة المترتبة بعد صدور الحكم الابتدائي والممتدة من 1/1/2017 الى تاريخ تسليم المفاتيح 24/7/2018 .

وحيث إن الثابت فعلا من خلال وثائق الملف أن المستأنف سلم للمستأنف عليها مفاتيح المحل بتاريخ 24/7/2018 وبالتالي فإن الأخيرة تكون مستحقة لواجبات التسيير المطلوبة بمقتضى المقال الاضافي أي 10 اشهر وجب عنها مبلغ 18000,00 درهم مع تحميل المستأنف صائر المقال .

لهذه الأسباب

تصرح وهي تبت انتهائيا، علنيا وحضوريا.

في الشكل:

في الموضوع: برد الاستئنافين الأصلي و الفرعي و إبقاء صائر كل استئناف على رافعه.

وفي الطلب الإضافي: بأداء المستأنف محمد (ك.) لفائدة المستأنف عليها حنان (ا.) مبلغ 18000,00 درهم واجب التسيير عن المدة من 01/10/2017 الى 24/07/2018 وتحمله الصائر.