

**Le garant hypothécaire solidaire
ayant renoncé au bénéfice de
discussion ne peut exiger la
poursuite préalable du débiteur
principal (CA. com. Casablanca
2023)**

Identification			
Ref 63509	Juridiction Cour d'appel de commerce	Pays/Ville Maroc / Casablanca	N° de décision 4605
Date de décision 20230718	N° de dossier 2023/8232/936	Type de décision Arrêt	Chambre
Abstract			
Thème Cautionnement, Surétés		Mots clés Validité de la procédure, Solidarité entre débiteurs, Renonciation au bénéfice de discussion, Réformation du jugement, Notification par curateur, Injonction immobilière, Garantie hypothécaire, Cautionnement solidaire, Action directe contre le garant	
Base légale		Source Non publiée	

Résumé en français

La question soumise à la cour d'appel de commerce portait sur la validité d'un commandement immobilier signifié directement à la caution hypothécaire, sans mise en demeure préalable du débiteur principal. Le tribunal de commerce avait prononcé la nullité de ce commandement, retenant des irrégularités dans sa notification et l'obligation de poursuivre le débiteur principal en premier lieu. L'appelant, créancier bénéficiaire de la sûreté, soutenait la validité de la procédure de notification par curateur et le droit de poursuivre directement la caution. La cour retient que la caution s'était engagée en qualité de coobligé solidaire et avait expressément renoncé au bénéfice de discussion dans l'acte de cautionnement. Dès lors, en application des règles de la solidarité passive, le créancier était fondé à agir directement contre la caution sans être tenu de poursuivre au préalable le débiteur principal. La cour valide par ailleurs la procédure de notification par curateur, celle-ci ayant été engagée après l'échec avéré des tentatives de signification aux domiciles connus du garant. En conséquence, la cour d'appel de commerce infirme le jugement entrepris et, statuant à nouveau, rejette la demande en nullité du commandement immobilier.

Texte intégral

وبعد المداولة طبقا للقانون.

حيث تقدم ت.و. بنك بمقال بواسطة دفاعه مؤدى عنه بتاريخ 20/02/2023 يستأنف بمقتضاه الحكم عدد 12371 الصادر بتاريخ 29/12/2022 عن المحكمة التجارية بالدار البيضاء في الملف عدد 3315/8213/2022 القاضي في الشكل بقبول الطلب وفي الموضوع ببطلان الإنذار العقاري موضوع ملف التنفيذ عدد 1167/8516/2019 مع تحميل المدعى عليها الصائر ورفض باقي الطلبات.

في الشكل :

حيث لم يتم تبليغ الطرف الطاعن بالحكم المستأنف

وحيث قدم الاستئناف وفق باقي الشروط الشكلية القانونية من صفة وأداء مما يتعين معه التصريح بقبوله

و في الموضوع :

بناء على وثائق الملف و الحكم المطعون فيه فان الطرف المستأنف عليه تقدم بمقال بواسطة دفاعه أمام المحكمة التجارية بالدار البيضاء و المؤدى عنه بتاريخ 29/03/2022 والذي يعرض فيه أنه يمتلك فى الملك المسمى بارديس 24 ذي الرسم العقاري عدد 01/92982 المتكون من القسمة المفزة رقم 32+32 A] مساحتها 2 آر 85 سنتيار، وأنه بتاريخ 27 ماي تقدم المدعى عليه بطلب إلى السيد رئيس كتابة الضبط بالمحكمة التجارية بالدار البيضاء يرمي من خلاله إلى تبليغ انذار عقاري في إطار المادة 215 من القانون 08-35 يدعي من خلاله أنه صادق لفائدة شركة إ.م. على قرض الإستثمار المشاريع في 2017/03/17 بمبلغ 8.5000.000.00 درهما وأنه تقاعس عن الأداء وأن جميع المحاولات المبدولة قصد الحصول على الدين لم تسفر على نتيجة، وأنه لضمان أداء ديون شركة إ.م. فإن العارض السيد وعد علي (ع.) صادق لفائدة المدعى عليها على كفالة رهنية من الدرجة الثانية والثالثة على العقار الذي يملكه موضوع الرسم العقاري عدد 01/92982 في الملك المسمى بارديس 24 الكائن بالدار البيضاء [العنوان] ضمنا لأداء مبلغ 5.000.000.00 درهما ملتصقا من السيد رئيس كتابة الضبط في إطار المادة 215 من القانون 39.08 تعيين أحد السادة مأموري قسم التبليغات والتنفيذات القضائية التابعة للمحكمة بالقيام بما هو محدد في الإنذار، و انه يتعرض على الطلب موضوع الإنذار العقاري وكذا الإنذار الرامي إلى تبليغ الإنذار العقاري لكونه باطل كما سيتضح من خلال المناقشة القانونية، وأنه ولصحة الإنذار العقاري لابد من توفر مجموعة من الشروط الشكلية، وهو ما لا يتوفر في الإنذار موضوع الدعوى الحالية ذلك أنه بالرجوع إلى طلب المدعى عليه سيتضح للمحكمة الموقرة إن المدين الأصلي هو شركة إ.م. ، وأنه مجرد كفيل بإقرار المدعى عليها الوارد في طلبها موضوع الإنذار العقاري، و انه بالرجوع الى الطلب الرامي تبليغ الإنذار العقاري يتبين أن المدعى عليها طالبت تبليغ الإنذار العقاري إلى السيد وعد علي (ع.) وليس إلى شركة إ.م. باعتبارها مدينة أصلية مما يتناسب مع التصريح ببطلان الإنذار العقاري، كما ان الانذار العقاري كذلك لم يحترم الشروط المنصوص عليها في المادة 215 من ظهير التحفيظ العقاري و أن المدعى عليها لم ترفق طلبها الرامي الى توجيه الإنذار العقاري بما يفيد كون المدين في حالة مطل و ان الطلب الحالي أنه خال من أي وثيقة تفيد مطالبته أو المدين الأصلي بأداء الدين كما ان الثابت من خلال طلب المدعى عليه الرامي إلى تبليغ الإنذار العقاري أنه مجرد كفيل و ان المدعى عليها وجهت طلبها إلى السيد رئيس كتابة الضبط في إطار المادة 215 من قانون 39.08 في حين أن المشرع المغربي نظم الكفالة في قانون الإلتزامات والعقود من خلال الفصول 1117 إلى 1169، وان من شأن مباشرة إجراءات الإنذار العقاري في مواجهة الكفيل حرمانه من مجموعة من الضمانات القانونية المخولة له في إطار قانون الإلتزامات والعقود نذكر منها 3 على سبيل المثال الحق في الدفع بتجريد المدين الأصلي من أمواله المنقولة والعقارية طبقا لمقتضيات الفصل 1136 من ق.ل.ع، و ان محاولة تبليغه في عنوان تعلم المدعى عليها أنه لم يعد يتواجد به حسب الثابت من الوثيقة

المشار له اعلاه يتم عن سوء نية ومحاولة لتفويت الفرصة عليه لممارسة حقوقه و انه ومدام أن المدعى عليه طلب توجيه الإنذار العقاري إلى العنوانين المشار إليهما أعلاه، وبعد أن رجعت شهادة التسليم المتعلقة بالعنوان الاول الذي هو [العنوان] الدار البيضاء بملاحظة أن المعني بالأمر غادر العنوان، فإنه كان لزاما عليه تبليغه العارض في عنوانه الثاني الذي هو [العنوان] الدار البيضاء، و انه ومدام أن المدعى عليه اختار توجيه الإنذار العقاري له في عنوانين مختلفين وبعد ملاحظة رجوع شهادة التسليم المتعلقة بالعنوان الأول بملاحظة أن المعني بالأمر غادر العنوان فإن المنطق كان يقتضي تبليغ العارض في عنوانه الثاني عن طريق أحد أعوان التبليغ طبقا مقتضيات الفصل 37 من قانون المسطرة المدنية و انه بالرجوع إلى شهادة التسليم المتعلقة بالإنذار العقاري موضوع الدعوى الحالية وكذلك مرجوع البريد سيتضح للمحكمة الموقرة أن الإنذار فتح له ملف تنفيذ تحت عدد 2019 8516/1167 وليس تبليغ كما يقتضي القانون وأن كون شهادة التسليم تشير إلى أن الأمر يتعلق بملف تنفيذي قد تجعل المدين لا يولي اهتماما للأجل على عكس مسطرة التبليغ وبالتالي ضياع حقه في ممارسة الطعون المتاحة وبعد ملاحظة أن كون المدعى عليها باشرت مسطرة التنفيذ بدل مسطرة التبليغ فإنه يتناسب معه التصريح ببطلان الإنذار العقاري أو اعتباره كان لم يبلغ بعد و انه ينازع بداية وبشدة في قيمة الدين وأن المدعى عليه أشار من خلال الطلب الرامي إلى توجيه الإنذار العقاري إلى أن المدين الأصلي شركة إ.م. إلى أنه دائن لها بمبلغ 10501734,78 درهما وان هذه الأخيرة سلمته كمبيالات أرجعت بدون أداء، و انه ه بالرجوع إلى الطلب موضوع الطعن الحالي يتبين أن المدعى عليها لم ترفق طلبها بالكمبيالات أو صور منها تثبت أنها رجعت بدون أداء و انه والحالة هذه وجب التأكد من كون الكمبيالات رجعت بدون أداء حتى لا يتم الوفاء بالدين حماية لمصالح العارض وكذلك المدين الأصلي كما أن المدعى عليه لم يضبط مديونيته وبالتالي كشوفاته الحسابية مما يجعلها مخالفة للضوابط القانونية، لذلك يلتمس أساسا التصريح ببطلان الإنذار العقاري موضوع ملف عدد 2018/8516/1167 و الأمر بإيقاف جميع الإجراءات المترتبة على الإنذار العقاري موضوع ملف التنفيذ عدد 2018/8516/1167 والتي يمكن أن تكون للمدعى عليها باشرتها في مواجهة العقار ذي الرسم العقاري عدد 01/92982 المسمى بارديس 24 المملوك للمدعي الأول وعد علي (ع.) و شمول الحكم الصادر بالنفاذ المعجل و تحميل المدعى عليه الصائر و احتياطيا الأمر تمهيدا بإجراء خبرة حسابية على نفقة المدعى عليه، تعهد الى خبير مختص قصد التأكد من القيمة الحقيقية للدين، وتحديد شروط وطرق إستحقاقه بمقتضى عقد القرض، مع خصم الأداءات التي تمت وفق الضوابط القانونية الجاري بها العمل وأمر السيد المحافظ على الأملاك العقارية بالمحافظة على الأملاك العقارية بالدار البيضاء انفا بتنفيذ منطوق الحكم الذي يمكن أن يصدر لفائدة العارض بالرسم العقاري عدد 01/929882، وعزز المقال بصور لشهادة ملكية، طلب المدعى عليها مع إنذار، طلب القيم الموجه للسيد وكيل الملك و شهادة تسليم .

و بناء على ادلاء نائب المدعى عليه الأول بمذكرة جوابية بجلسة 27/10/2022 جاء فيها ان الطعن جاء خارج الأجل القانوني ذلك أن المدعي بلغ بالإنذار العقاري بواسطة القيم المنصب في حقه بناء على أمر قضائي و انه بالرجوع لملف الإنذار العقاري عدد 2019/8516/1167 يتبين أن المدعي نصب في حقه قيم بناء على الأمر الصادر عن السيد رئيس المحكمة في الملف عدد 2019/8103/24982 وأن القيم بلغ بالإنذار العقاري بتاريخ 08 أكتوبر 2019، وفيما يخص الدفع بعدم توجيه الإنذار العقاري للمدينة الأصلية فإنه خلافا لمزاعم المدعي فإن البنك العارض سبق له أن أنذر المدينة الأصلية شركة إ.م. في عدة مرات من أجل أداء الدين الذي بذمتها ولم تفعل بل الأكثر من ذلك فإنه اضطر إلى مقاضاتها من أجل الأداء واستصدر ضدها حكما بالأداء تحت عدد 2019/11327 بتاريخ 2019/11/27 في الملف عدد 2019/8222/4913، و انه إن كانت الغاية من تبليغ المدين الأصلي بالإنذار هو محاولة إنذاره بأداء الدين قبل اللجوء إلى مسطرة البيع للعقار المرهون فإن المدينة الأصلية لم تؤد الدين رغم استصدار حكم ضدها بالأداء، اما فيما يخص المنازعة في تبليغ الإنذار العقاري فإن المدعي عند تعاقدته معه أدلى له بعنوانه الكائن بـ [العنوان] وهو العنوان الذي بلغ فيه بالإنذار العقاري إلا أنه اتضح أنه انتقل منه و انه حاول تبليغ المدعي بعنوان آخر كان لديه وهو العنوان الكائن بـ [العنوان] وهو نفس العنوان الوارد بالمقال الإفتتاحي لهذه الدعوى إلا أنه مرة أخرى رجع الإستدعاء بملاحظة، و انه سلك بعد ذلك مسطرة القيم واستصدر الأمر المشار إليه أعلاه والقاضي بتعيين قيم في حق المدعي لتبليغه بالإنذار العقاري، و فيما يخص المنازعة المديونية فانه وكما أوضح ذلك سابقا استصدر حكما بالأداء ضد المدينة الأصلية وكفلائها ومنهم المدعي السيد وعد علي (ع.) وهو الحكم الصادر في الملف عدد 2019/8222/4913 و انه بالرجوع لهذا الحكم أن المدعي وعد علي (ع.) استدعى بنفس العنوان الذي يتمسك به الآن والكائن بـ [العنوان] وأن استدعاءه رجع بملاحظة انتقل من العنوان ونصب في حقه قيم هذا مع العلم أن المدعي يحمل الجنسية العراقية وأنه لا

يقيم أصلا بالمغرب و بذلك تبقى دفع المدعي غير مبررة وهي مجرد محاولة لعرقلة عملية البيع، لذلك يلتمس الحكم بعدم قبول الطلب شكلا و رفضه موضوعا و إبقاء الصائر على رافعه، و ارفق المذكرة بشهادة تسليم قيم، حكم بالاداء، مرجوع استدعاء متعلق بتبليغ انذار عقاري، مرجوع بريد مضمون، عقد رهن عقاري و امر قضائي بتعيين قيم.

أسباب الاستئناف

حيث جاء في أسباب الاستئناف بعد عرض موجز لوقائع الدعوى أن الحكم المستأنف قضى عن غير صواب بإعلان الإنذار العقاري موضوع ملف التنفيذ عدد 1167/8516/2019 مستندا على تعليل مخالف للحقيقة والواقع وللوثائق الموجودة في ملف التنفيذ وان المحكمة لو ضمت الملف واطلعت عليه لتبين لها ان المستأنف عليه السيد وعد علي (ع.) استدعي بعنوانين الأول هو عنوان المخابرة الذي اختاره وضمنه بعقد الكفالة الرهنية وهو الكائن بـ [العنوان] الدار البيضاء والعنوان الثاني هو الكائن بـ [العنوان] وخلافا لتعليل الحكم المستأنف فإن إجراءات القيم قد تمت بالعنوانين معا حسب الثابت من وثائق ملف التنفيذ أعلاه وأن العارض واصل إجراءات التبليغ بواسطة القيم في العنوانين معا وذلك خلافا لتعليل الحكم المستأنف لذلك يلتمس العارض إلغاء الحكم المستأنف في جميع ما قضى به وبعد التصدي الحكم برفض الطلب وتحميل المستأنف عليهما الصائر. أرفق المقال ب: نسخة حكم .

و بناء على إدلاء المستأنف عليها الثانية بمذكرة تعقيبية بواسطة نائبها بجلسة 13/06/2023 التي جاء فيها أن المستأنف لم يوجه ما أسماه الإنذار العقاري إلى العارضة أولا بل حاول توجيه إنذاره مباشرة إلى الكفيل السيد وعد علي (ع.) مما يشكل خرقا سافرا من طرف المستأنف للمقتضيات القانونية المنصوص عليه في المادة 215 من مدونة الحقوق العينية ومن جهة ثانية فإنه بالرجوع إلى شهادة التسليم المتعلقة بالإنذار العقاري موضوع الدعوى الحالية وكذلك مرجوع البريد المدلى بهما من طرف المستأنف سيتضح أن الإنذار فتح له ملف تنفيذ تحت عدد 1167/8516/2019 في حين أنه كان يجب أن يفتح له ملف تبليغ طبقا للقانون ومن جهة ثالثة فإن الثابت من طلب توجيه الإنذار العقاري الموجه إلى العارضة أن المستأنف لم يرفق طلبه بالكمبيالات أو صور منها تثبت أنها رجعت دون أداء لذلك تلتمس العارضة رد الاستئناف وتأييد الحكم المستأنف.

وبناء على المذكرة التعقيبية للمستأنف عليه الأول والتي يعرض من خلالها ان ما أدلى به المستأنف من وثائق يعتبر حجة عليه وليس لمصلحته ويؤكد العيوب التي شابته مسطرة القيم على النحو الذي أكده الحكم الابتدائي ملتصقا بعد ملاحظة كافة الاخلالات التي شابته مسطرة الإنذار العقاري وملاحظة أن الحكم الابتدائي قد جاء مصادفا للصواب رد الاستئناف وتأييد الحكم المستأنف وأرفق التعقيب بنسخة من ملحق عقد الكفالة الرهنية .

و بناء على المذكرة التعقيبية المدلى بها من طرف المستأنف بواسطة نائبه بجلسة 27/06/2023 والتي يلتمس من خلالها عدم اعتبار ما جاء في جواب المستأنف عليهما والحكم وفق مقاله الاستئنافي.

وبناء على إدراج الملف بعدة جلسات آخرها جلسة 27/6/2023 حضرها دفاع المستأنف ودفاع الطرف المستأنف عليه فتقرر اعتبار الملف جاهزا و حجزه للمداولة للنطق بالقرار لجلسة 18/07/2023.

محكمة الاستئناف

حيث إنه بخصوص ما تمسكت به الجهة الطاعنة في استئنافها حول صحة مسطرة التبليغ فإنه بالرجوع الى وثائق الملف يتبين انه قد تم سلوك مسطرة تبليغ الإنذار العقاري إلى الطرف المستأنف عليه بعنوانه المحدد كمحل للمخابرة والمنصوص عليه في عقد الكفالة الرهنية المؤرخ في 25/4/2006 والذي هو [العنوان] الدار البيضاء، انطلاقا من توجيهه بواسطة المفوض القضائي حسب صورة شهادة التسليم المرفقة بالملف والتي رجعت بملاحظة - انه حسب تصريح احد حراس الإقامة فان المعني بالأمر غادر العنوان منذ سنوات، واتباعا عن طريق البريد المضمون في نفس العنوان ورجع بملاحظة غير مطالب به وختاما بتعيين قيم في حقه بتاريخ 3/9/2019 في نفس العنوان الذي وجه كتابا مؤرخا في 11/10/2019 الى السيد وكيل الملك لدى المحكمة التجارية بالبيضاء يطلب من خلاله المساعدة في البحث

عن المتغيب السيد وعد علي (ع.) في نفس العنوان المذكور أي ان إجراءات التبليغ تمت في محل المخابرة المحدد في عقد الكفالة ، علاوة على ذلك فقد تم استنفاد مسطرة التبليغ أيضا في عنوانه الثاني والكائن بـ [العنوان] البيضاء ، وبلغ الإنذار المذكور بتاريخ 8/10/2019 إلى السيد سعيد (ر.) المنصب وكيل - قيم - عن السيد وعد علي (ع.) حسب الإعلان القضائي للسيد رئيس كتابة الضبط بالمحكمة التجارية بالبيضاء في ملف إنذار عقاري عدد 1167/2019 وبذلك تكون مسطرة تبليغ المستأنف عليها تمت طبقا للفصول 37 و38 و39 من قانون المسطرة المدنية.

وحيث إن الثابت من وثائق الملف أن الجهة المستأنفة شركة ت.و. بنك أنذرت الطرف المستأنف عليه بأداء مبلغ 5000000 درهم وجهته إليه بمحل المخابرة الوارد بالعقد المذكور والكائن بـ [العنوان] الدار البيضاء، مانحة إياه أجل 15 يوما من تاريخ التوصل بالإنذار وذلك من أجل تسوية وضعيته طبقا لبنود عقد الكفالة الرهنية .

و حيث إن الجهة المستأنفة أثبتت مديونية الشركة المقترضة والمكفولة "شركة إ.م."، بمقتضى الحكم رقم 11327/2019 في الملف رقم 4913/8222/2019 الصادر عن المحكمة الابتدائية التجارية بالبيضاء بتاريخ 27/11/2019، والذي بموجبه تم الحكم عليها بالتضامن مع كفيها السيد وعد علي (ع.) بأدائهما مبلغ 7.539.520,45 درهم وفي حدود الكفالة بالنسبة للثاني

وحيث إن الثابت من وقائع الدعوى المعروضة ان المدعي (المستأنف عليه) أسس دعواه على إخلال المدعى عليها(المستأنفة) بالتزامها بضرورة توجيه الإنذار العقاري الى المدينة الاصلية -المقترضة - طبقا لما هو منصوص عليه في المادة 215 من مدونة الحقوق العينية وانه يبقى هو مجرد كفيل لكن بالرجوع الى عقد الكفالة الرهنية المذكور المؤرخ في 25/4/2006 وملحق عقد القرض المؤرخ على التوالي في 3/3/2008 و18/4/2008- المدلى بصور منها- يتبين أن السيد وعد علي (ع.) تعهد باسمه وبصفته مسيرا للشركة المذكورة بكفالة تضامنية من اجل التسديد الفعلي و الكامل للمبالغ التي تكون المقترضة شركة إ.م. (المستأنف عليها الثانية) مدينة بها للبنك او ستيدين بها له بسبب القرض الممنوح لها من طرفه ويضمن ايضا اداء جميع الالتزامات الناتجة لدينها والى غاية أدائها لدينها ومنح في إطار التزاماته التضامنية كفالة رهنية عقارية من الدرجة الأولى على العقار ذي الرسم العقاري رقم 92982/1 ضمانا لأداء مبلغ 5000000 درهم.

وحيث نص عقد الكفالة المذكور بأنه نظرا للطبيعة التضامنية لعقد الكفالة فان الجهة الكفيلة تتنازل عن ميزة المناقشة والتجريد مما يبقى المستأنف عليه بصفته كفيل متضامن خاضعا للقواعد المتعلقة بالتضامن بين المدينين ويبقى ملزما مع المدعى عليها بالدين بتمامه (166 و 1133 من ق ل ع).

وحيث انه بناء على ما سبق ذكره فان صفة المستأنف عليه وعد علي (ع.) كمسير للشركة و ككفيل متضامن تمنح الحق للدائن المرتهن في مقاضاته وتوجيه الإنذار في مواجهته طبقا للمادة 215 من مدونة الحقوق العينية وكذا عملا بما جاء في قرار صادر عن محكمة الاستئناف بمراكش بتاريخ 12/2/90 تحت عدد 411 في الملف عدد 1448/89 منشور بمجلة المحامي عدد 19 و20 ص 248 وما يليها والذي جاء فيه "ان الدائن الحاصل على رهن عقاري من الكفيل في ملك معين لضمان أداء الدين يكون محقا بعد حلول الاجل ان يتابع تنفيذ الرهن العقاري دونما حاجة الى متابعة التنفيذ ضد المدين الأصلي مسبقا . " ، علاوة على ذلك فإن الإنذار العقاري مؤسس على شهادة التقييد الخاصة بالرسم العقاري عدد 92982/01 للملك المسمى بارديس 24 وهو يعتبر بمثابة حجز عقاري وينتج نفس اثاره طبقا للمادة 216 من مدونة الحقوق العينية.

وحيث انه بمطالعة شهادة التسليم المتعلقة بالسيد وعد علي (ع.) (المستدل بصورتها المشار إليها) أعلاه يتبين انه ولئن كانت تتضمن مراجع ملف التنفيذ فهي تتعلق بتبليغ الانذار العقاري موضوع الدعوى مما يستفاد منه أن المستأنفة(الدائنة المرتهنة) قد باشرت مسطرة التبليغ خلافا لما تمسك به المستأنف عليه.

وحيث انه بناء على ما ذكر تكون أسباب الطعن في الإنذار العقاري غير مبنية على أساس ويكون الحكم الابتدائي غير مصادف للصواب فيما قضى به ويتعين الغاؤه والحكم من جديد برفض الطلب مع تحميل المستأنف عليها الصائر.

لهذه الأسباب

فان محكمة الاستئناف التجارية بالدار البيضاء تقضي وهي تبت انتهائيا علنيا وحضوريا

في الشكل: قبول الاستئناف .

في الموضوع: باعتباره وإلغاء الحكم المستأنف والحكم من جديد برفض الطلب مع تحميل المستأنف عليها الصائر