

**Recours en rétractation pour
contrariété de jugements : l'arrêt
cassé étant réputé n'avoir jamais
existé, la condition de deux
décisions contradictoires n'est
pas remplie (CA. com.
Casablanca 2021)**

Identification			
Ref 67781	Juridiction Cour d'appel de commerce	Pays/Ville Maroc / Casablanca	N° de décision 3274
Date de décision 20211104	N° de dossier 2021/8232/3108	Type de décision Arrêt	Chambre
Abstract			
Thème Rétractation, Procédure Civile		Mots clés Voies de recours extraordinaires, Rejet du recours, Recours en rétractation, Procédure civile, Effets de la cassation, Contrariété de jugements, Arrêt cassé, Anéantissement de la décision, Absence d'existence juridique	
Base légale		Source Non publiée	

Résumé en français

Saisi d'un recours en rétractation fondé sur l'existence de deux décisions contradictoires, le demandeur invoquait la contrariété entre deux arrêts successifs de la même cour qualifiant différemment le contrat litigieux, d'abord de bail commercial, puis de contrat de gérance libre. La cour d'appel de commerce écarte ce moyen en rappelant que le cas d'ouverture du recours en rétractation pour contrariété de jugements, prévu à l'article 402 du code de procédure civile, suppose l'existence de deux décisions rendues dans des instances distinctes.

Elle retient surtout que le premier arrêt invoqué par le demandeur a été cassé par la Cour de cassation. Or, la cour souligne que la cassation a pour effet de priver la décision de toute existence juridique et de la considérer comme non avenue.

Dès lors, l'une des deux décisions prétendument contradictoires étant anéantie, la condition tenant à l'existence de deux jugements définitifs et inconciliables n'est pas remplie. Le recours en rétractation est par conséquent rejeté.

Texte intégral

وبعد المداولة طبقا للقانون.

في الشكل :

حيث تقدم رفيع (م.) بواسطة دفاعه بمقال مؤدى عنه بتاريخ 16/06/2021 يطعن بمقتضاه بإعادة النظر في القرار الاستثنائي الصادر عن المحكمة الاستئنافية التجارية بالدار البيضاء بتاريخ 25/11/2019 عدد 5595 في الملف عدد 3179/8205/2019 و القاضي برد الاستثنائيين الأصلي والفرعي و تأييد الحكم المستأنف، وإبقاء صائر كل استئناف على رافعه.

و في الموضوع :

حيث يستفاد من مستندات الملف و القرار المطعون فيه بإعادة النظر إن جوان (ع.) تقدم بواسطة نائبه بتاريخ 14/04/2015 بمقال للمحكمة التجارية بالدار البيضاء عرض فيه أنه يملك الأصل التجاري الكائن بمركز حد السوالم بناية [العنوان] السوالم الطريفية، و هو عبارة عن مقهى ومحل للجزارة حسب الرخصة التي حصل عليها لاستغلال المقهى ومحل الجزارة من جماعة السوالم الطريفية، وأنه بمقتضى عقد مصحح الإمضاء بتاريخ 3/10/2002 أكرى للمدعى عليه الأصل التجاري بسومة كرائية قدرها 20 000 درهم شهريا، ارتفعت إلى مبلغ 29 260 درهما ابتداء من 3/10/2014 تنفيذا لمقتضيات العقد، وقد أقدم المدعى عليه على إحداث تغييرات وإضافات بالمحل وذلك باقتطاع جزء منه وجعله معدا للجزارة واقتطاع جزء آخر وجعله محلا لبيع الملابس الجاهزة والهواتف النقالة دون إذن منه أو موافقته على ذلك، خارقا بذلك التزاماته المضمنة بالعقد، وحمله بذلك تبعات جسيمة تثقل كاهله، فوجه له إنذارا بلغ إليه بواسطة المفوض القضائي بتاريخ 17/2/2015 بصفة شخصية من أجل إزالة ما قام به من تغييرات، غير أنه لم يستجب لذلك ولم يبادر إلى إرجاع الأمور إلى نصابها، ولم يتم بإفراغ المحل رغم فوات الأجل الممنوح له بمقتضى الإنذار ولم يرفع يده عن تسيير الأصل التجاري، ملتصقا بالحكم عليه برفع يده عن الأصل التجاري الكائن بمركز حد السوالم بناية [العنوان] السوالم الطريفية وإفراغه منه هو من يقوم مقامه أو بإذنه تحت طائلة غرامة تهديدية قدرها 1 000 درهم يوميا عن كل يوم تأخير ابتداء من تاريخ الامتناع عن تنفيذ الحكم مع النفاذ المعجل وتحميل المدعى عليه الصائر.

و أجاب المدعى عليه بأن العقد المبرم بين الطرفين بتاريخ 3/10/2002 يتعلق بكراء محل تجاري طبقا لظهير 24/5/1955 ، وان الإنذار والدعوى لم تحترما الشكليات القانونية المنصوص وأن المدعى سبق له وأن تنازل صراحة عن الإنذار المبلغ إلى العارض بتاريخ 17/2/2015 كما هو ثابت من الإشهاد والإبراء الصادر عنه والمصحح بالإمضاء بتاريخ 2/3/2015 وأن العارض سبق وان تمسك بهذا التنازل في إطار دعوى الصلح عدد 394/2015 التي تقدم بها بعد توصله بالإنذار موضوع هذه الدعوى وأن حكما صدر بهذا الصدد قضى بالإشهاد على التنازل وأن السبب المذكور في الإنذار لا أساس له من الصحة . ملتصقا في الأخير أساسا التصريح بعدم قبول الإنذار والدعوى المبنية عليه واحتياطيا الحكم برد الدعوى لسبقية التنازل عن الإنذار بالإفراغ المبنية عليه واحتياطيا جدا الحكم برفض الدعوى مع تحميل المدعى الصائر، مرفقا مذكرته بالوثائق التالية: نسخة طبق الأصل من إشهاد وإبراء، أصل محضر معاينة، وأدلى فيما بعد بنسخة من الحكم الصادر في دعوى الصلح.

وحيث بعد تبادل باقي المذكرات والردود أصدرت المحكمة التجارية بالدار البيضاء بتاريخ 30/06/2015 في الملف عدد 3662/8206/2015 حكما قضى برفض الطلب، ألغته محكمة الاستئناف التجارية بموجب قرارها عدد 1041 بتاريخ 17/02/2016 قضى بالغاء الحكم المستأنف والحكم من جديد بإفراغ رفيع (م.) من المحل الكائن بمركز حد السوالم بناية الحاج (ح.) بإفراغ المستأنف عليه من المحل الكائن بمركز حد السوالم، بناية [العنوان]، السوالم الطريفية و تحميله الصائر ورفض باقي الطلبات، نقضته محكمة النقض

بموجب قرارها عدد 522/2 بتاريخ 10/11/2016 في الملف عدد 996/3/2/2016 بعلته انه

" حقا صح ما نعاه الطالب على القرار ذلك ان المحكمة لما اعتمدت فقط على الرخصة الإدارية لاستغلال المحل و عقد الاشتراك في خدمات التزويد بالماء و الكهرباء على أن إرادة الطرفين اتجهت عند إبرامهما للعقد إلى إبرام عقد التسيير الحر للأصل التجاري يخضع في إنشائه و تنفيذه و إنهائه للقواعد العامة المنصوص عليها في قانون الالتزامات و العقود و النصوص الخاصة المنظمة له في مدونة التجارة و استبعدت عقد الكراء الذي جاءت مقتضياته واضحة بالرغم من أنه هو الوسيلة الوحيدة التي توضح طبيعة العلاقة الرابطة بين الطرفين , فجاء قرارها على النحو المذكور ناقص التعليل الموازي لانعدامه مما يعرضه للنقض".

وبعد الإحالة وإدلاء الأطراف بمستنتاجاتهما بعد النقض صدر القرار الاستئنافي عدد 2768 بتاريخ 09/05/2017 في الملف عدد 414/8205/2017 .

وبعد الطعن فيه بالنقض من طرف المستأنف جوان (ع.) أصدرت محكمة النقض القرار عدد 113/2 بتاريخ 28-02-2019 في الملف عدد 1543/3/2/2017 قضى بنقض القرار المطعون فيه, وإحالة الملف إلى نفس المحكمة مصدرته لتثبت فيه من جديد طبقا للقانون.

وبعد الإحالة، وإدلاء دفاع المستأنف بمستنتاجاته بعد النقض وإدلاء المستأنف عليه بمذكرة بعد النقض مع استئناف فرعي رام من خلاله إلغاء الحكم المستأنف جزئيا فيما يخص تكييف العقد واعتباره عقد كراء وليس عقد تسيير حر، وبعد التصدي التصريح بعدم قبول الطلب، أصدرت محكمة الاستئناف التجارية بالدار البيضاء القرار عدد 5595 بتاريخ 25/11/2019 في الملف عدد 3179/8205/2019 قضى برد الاستئناف وتأييد الحكم المستأنف مع إبقاء صائر كل استئناف على رافعه، وهو موضوع الطعن بإعادة النظر.

أسباب الطعن بإعادة النظر:

حيث أسس الطالب طعنه بإعادة النظر على مقتضيات الفقرة السادسة من الفصل 402 من ق م م الناصة على أنه "إذا قضت نفس المحكمة بين نفس الأطراف واستنادا لنفس الوسائل بحكمين انتهائيين و متناقضين وذلك بعلته عدم الاطلاع على حكم سابق أو لخطأ واقعي"

وأنه سبق لمحكمة الاستئناف التجارية بالدار البيضاء أن أصدرت قرارا عدد 2768 بتاريخ 09/05/2017 في الملف عدد 414/8205/2017 بين العارض والمطلوب قضت فيه بأن العلاقة الكرائية بين الطرفين أساسها عقد كراء وليس عقد تسيير حر إذ جاء في تعليلها بأن " أساس العلاقة بين الطرفين هي عقد الكراء المدلى بنسخة منه بالملف والمصادق على توقيعه لدى المصالح الإدارية المختصة بتاريخ 3 أكتوبر 2002 والذي جاءت مقتضياته واضحة وصريحة، وعليه فلا مجال للدفع بكون العلاقة بين الطرفين هي كراء أصل تجاري حيث نص 461 من قانون الالتزامات والعقود على أنه إذا كانت ألفاظ العقد صريحة امتنع البحث عن قصد صاحبها، فضلا عما ذكر فإن الطاعن لم يبادر إلى التقييد بمصلحة السجل التجاري سوى بتاريخ 28 مارس 2017، أي بعد صدور قرار محكمة النقض في 10/11/2016، وهو ما يؤكد بأن العلاقة الكرائية تتعلق بالسفلي والطابق الأول بالعقار المدعى بخصوصه حسب ما هو ثابت من عقد الكراء المذكور وليس بتسيير حر أو كراء لأصل تجاري كما يدعيه الطاعن".

وبالمقابل اعتبر القرار الحالي المطعون فيه بإعادة النظر أن العلاقة التعاقدية بين الطرفين هي عقد تسيير حر وليست عقد كراء محل لممارسة التجارة، ذلك أن القرار المطعون فيه جاء في تعليله بأنه "لما كان المستأنف قد قام بتجهيز محله كمقهى ومحل للجزارة، وشرع في استغلاله بحصوله على رخصة منذ 24/01/2001 وأنشأ به أصله التجاري، قبل أن يقوم تأجيرها لفائدة المستأنف عليه، الذي شرع في استغلاله و تسييره لاحقا بموجب العقد المذكور منذ 03/10/2002، بل وبمقتضى التزام شخصي تحمل مصاريف العمال والمسؤولية عن جودة الأكل والشرب المقدم للزبناء وهي التزامات لا يتصور وجودها في عقد كراء العقار وإنما في عقد التسيير الحر الذي يتولى المكتري تسييره تحت مسؤوليته الشخصية كما تنص على ذلك صراحة المادة 152 من مدونة التجارة والتي عرفت عقد التسيير الحر بكونه كل عقد يوافق بمقتضاه مالك الأصل التجاري أو مستغله على إكراهه كلاً أو بعضاً لمسير يستغله تحت مسؤوليته.

وبالتالي فإن إرادة الطرفين اتجهت صراحة إلى تولي المستأنف عليه تسيير الأصل التجاري الذي أسسه المستأنف بالعنوان أعلاه وخصصه لاستغلاله كمقهى ومحل للجزارة ومقيد بالضريبة المهنية بصفته ، تلك مما يبقى مانعا المستأنف الفرعي في طعنه غير مرتكز على اساس ويتعين رده"

وبالتالي فإن التعليل المعتمد في القرار المطعون فيه يتناقض مع التعليل المضمن بالقرار الاستئنافي الأول الصادر عن نفس المحكمة وذلك بسبب الخطأ في تقدير الوقائع التي كيفها القرار المطعون فيه بأنها تصب في اتجاه اعتبار العلاقة التعاقدية بين الطرفين أساسها عقد تسيير حر وليس عقد كراء تجاري، وهو ما يجعل القرار الإستئنافي المطعون فيه بإعادة النظر يقع تحت طائلة الفقرة السادسة من الفصل المذكور لكونه قرار انتهائي صدر بينهما بطل متناقضة مع القرار الأول الصادر في نفس الموضوع بسبب الخطأ في تقدير الوقائع، مما يتعين معه التراجع عن القرار المطعون فيه، سيما وأن عقد الكراء المبرم مع المطلوب انصب على عقار، إذ نص العقد صراحة على أنه يتعلق بكراء عقار وليس كراء مال منقول معنوي أي عقد تسيير حر بمفهوم مدونة التجارة، كما تمت عنونته بعبارة "عقد كراء" وليس "بعقد تسيير حر" أو "عقد كراء اصل تجاري"، وتضمن بندا لمصلحة الطالب بصفته مكتريا وهو تفويته لمفتاح المحل مع التزامه بإعطاء 50% من المبلغ الذي باع به مفتاح المحل لرب الملك الأصلي وللمكتري، وأن البند المذكور لا يمكن تصوره في عقود التسيير الحر التي يكون فيها الأصل التجاري في ملك المكتري بما فيه الحق في الكراء أو ما سماه العقد مفتاح المحل بقدر ما يكون مستساغا في عقود الكراء التجارية لأن المكتري يكون له الحق في تفويت الحق في الكراء مع الأصل التجاري.

وان الملف خال من أية وثيقة تثبت أن المطلوب أنشأ أصلا تجاريا ومارس فيه نشاط المقهى والجزارة كما تقتضي ذلك العناصر القانونية والواقعية المتطلبية لإنشاء أصل تجاري، الذي يلزم أن يشمل جميع الأموال المنقولة ووجوبا على زبناء على سمعة تجارية كما تقتضي بذلك المادتين 79 و80 من مدونة التجارة، الشيء الغير الثابت من جانب المطلوب، وأن مجرد الحصول على رخصة إدارية لا يعني إنشاء أصل تجاري ما لم تكن هناك ممارسة فعلية للنشاط التجاري المتطلب لإنشاء أصل تجاري وبما أن المطلوب لم يسبق له أن مارس نشاطا تجاريا اعتياديا في المحل موضوع النزاع فإنه لا يملك أي أصل تجاري بالعقار المكتري للطالب والذي بالمقابل كون أصلا تجاريا بممارسته لنشاطه التجاري لمدة تقارب 19 سنة منذ إبرام العقد إلى اليوم ومسجل بالسجل التجاري وله تعريف ضريبي مهني لهذه الغاية، علما أنه سبق وأن نازع المطلوب في الإنذار الموجه إليه من أجل الإفراغ أمام قاضي الصلح وفق المسطرة التي كانت سارية في إطار ظهير 24/5/1955، وقضى قاضي الصلح بالإشهاد على تنازل المطلوب على إنذاره كما هو ثابت من الأمر عدد 723 بتاريخ: 07/05/2015 ملف عدد 394/8108/2015، إذ لو كان الأمر يتعلق بعقد تسيير حر لما صدر أمر في إطار مسطرة الصلح بين الطرفين، لأن هذه الحماية التشريعية كانت متاحة فقط للمكتري بموجب عقد كراء تجاري وليس للمسير ، وأن الأمر القضائي المذكور له حجية قانونية على الوقائع المضمنة به .

أن المطلوب سبق وأن وجه للطالب إنذارا من أجل أداء ضريبة النظافة رغم أنها مشمولة بالواجبات الكرائية، وأن هذا الإنذار يعبر عن قناعة المطلوب أنه أبرم عقد كراء تجاري معه وليس عقد تسيير حر، لأن المسير لا يمكنه قانونا أن يتحمل ضريبة النظافة، ملتصا بالتصريح بإلغاء الحكم الابتدائي والحكم من جديد بعدم قبول الدعوى مع تحميل المطلوب كافة المصاريف.

وارفق المقال بنسختين مطابقتين للأصل الاستئنافي تحت عدد 5595 و2768

وبجلسة 15/07/2021 ادلى الطالب بواسطة دفاعه بمذكرة مرفقة بوثائق تضمنت عقد الكراء ونسخة من السجل التجاري وصورة من امر صادر عن قاضي الصلح وانذار وطلب تبليغ انذار ، ملتصا ضمهما إلى الملف والحكم وفق مقاله.

وبجلسة 30/09/2021 ادلى المطلوب بواسطة دفاعه بمذكرة جوابية يعرض فيها أن التقاضي يجب أن يكون وفقا لقواعد حسن النية وليس العكس ذلك أن القرارين الذي يدعي الطالب تناقضهما صدرا بحضوره أي أنه كان على علم بهما.

وانه يتضح من استقراء الفصل 402 من ق.م.م في فقرته السادسة التي تجيز الطعن بإعادة النظر أنها تشترط وجود حكمين انتهائيين قابلين للتنفيذ، ذلك أن المشرع أحدث هذه الطريقة من طرق الطعن دفعا للصعوبة في تنفيذ حكمين انتهائيين متناقضين وهو شيء لا

ينطبق على النزاع، لأن الأمر يتعلق بوجود حكم واجد ووحيد صادر في هذا النزاع

وإن القرار عدد 2768 الصادر بتاريخ 09/05/2017 في الملف رقم 414/8205/2017 الذي يتمسك فيه الطالب ويدعي أن القرار اللاحق له المطلوب التراجع عنه لوجود تناقض بينهما هو قرار تم الطعن فيه من قبل المطلوب بالنقض بتاريخ 30/06/2017 ، فأصدرت محكمة النقض بتاريخ 28/02/2019 قرارا عدد 113/2 في الملف 1543/3/2/2017 قضى بنقض القرار الاستثنائي المذكور وإحالة الملف على نفس المحكمة لتبث فيه بهينة أخرى بمعنى أن القرار الاستثنائي الذي يتمسك به طالب إعادة النظر أصبح في حكم العدم ولم يعد له وجود، وبالتالي ينتفي الشرط الأساسي لطلب إعادة النظر الذي هو وجود حكمين انتهائيين متناقضين ، علما أن محكمة الاستئناف التجارية بعد النقض والإحالة أصدرت قرارا نهائيا ثانيا حل محل الأول المنقوض عدد 5595 الذي اعتبر في تعليقه أن العلاقة التي تربط بين الطرفين مبنية على عقد كراء أصل تجاري في ملك المطلوب يخضع للقواعد العامة وليس عقد كراء محل تجاري كما يدعي الطالب، وإن القرار المذكور أضحى هو القرار الوحيد الفاصل في النزاع الذي يبين العلاقة التعاقدية بين طرفي إعادة النظر والقابل للتنفيذ، وليس هناك أي قرار آخر مناقض له يستوجب الطعن بإعادة النظر، بل الأكثر من ذلك ، فإن طالب إعادة النظر طعن بالنقض في القرار الاستثنائي الأخير بتاريخ 27/01/2020 فاصدرت محكمة النقض قرارا 2/295 بتاريخ 03/06/2021 في الملف 435/3/2/2020 قضى برفض طلب طعنه بالنقض، وبالتالي فإن القرار الاستثنائي عدد 5595 أصبح قرارا نهائيا باتا أي أقوى مرتبة في الأحكام القضائية ولا تقبل أي مجادلة والحكم الوحيد الفاصل في النزاع الذي يبين من خلال تعليقه طبيعة العلاقة التعاقدية بين الطرفين على أنها مبنية على عقد تسيير حر، أي كراء أصل تجاري يخضع للقواعد العامة، ملتصقا برفض الطلب وتحميل رافعه الصائر .

وأرفق مذكرته بصورتين لقرارين صادرين عن محكمة النقض.

و حيث أدرج الملف بجلسة 21/10/2021، أدلى خلالها دفاع الطالب بمذكرة تعقيبية التمس بموجبها رد دفع المطلوب والحكم وفق مقاله، تسلم نسخة منها دفاع المطلوب، مما تقرر حجز القضية للمداولة لجلسة 04/11/2021.

محكمة الاستئناف

حيث استند الطالب في طعنه بإعادة النظر إلى مقتضيات الفقرة السادسة من الفصل 402 من م م م بدعوى صدور حكمين انتهائيين ومتناقضين عن نفس المحكم بين نفس الأطراف واستنادا لنفس الوسائل ذلك أن محكمة الاستئناف سبق لها وأن أصدرت القرار عدد 2768 بتاريخ 09/05/2017 في الملف عدد 414/8205/2017 اعتبرت في تعليقه بأن العلاقة الكرائية بين الطرفين أساسها عقد كراء محل تجاري، وليس عقد تسيير حر، في حين أن القرار الاستثنائي عدد 5595 بتاريخ 25/01/2019 موضوع الملف عدد 3179/8205/2019 المطعون فيه بإعادة النظر قضى في تعليقه بأن العلاقة بين الطرفين مبنية على عقد تسيير حر.

وحيث ان الحالة المنصوص عليها في الفقرة السادسة من الفصل المذكور، يقصد بها صدور حكمين انتهائيين في مسطرتين مختلفتين، وهو الامر الغير متوفر في الدعوى الماثلة، مادام القرارين المتمسك بهما صادرين في نفس المسطرة خلال مراحل متتالية من الخصومة، ذلك أن الثابت من وثائق الملف أن المحكمة التجارية بالدار البيضاء أصدرت بتاريخ 30/06/2015 في الملف عدد 3662/88206/2015 حكما قضى برفض الطلب، استأنفه المطلوب جوان (ع.)، فأصدرت محكمة الاستئناف القرار عدد 1041 بتاريخ 17/12/2016 قضى بإلغاء الحكم المستأنف والحكم من جديد بإفراغ الطالب ربيع (م.) من المحل موضوع الدعوى، نقضته محكمة النقض بموجب قرارها عدد 522/2 بتاريخ 10/11/2016 في الملف عدد 996/3/2/2016، وبعد الإحالة صدر القرار الاستثنائي عدد 2768 بتاريخ 09/05/2017 في الملف عدد 414/8205/2019 قضى بتأييد الحكم المستأنف، وعلى إثر الطعن فيه بالنقض من طرف المطلوب ، أصدرت محكمة النقض القرار عدد 113/2 بتاريخ 28/02/2019 قضى بنقض القرار الاستثنائي السالف الذكر، وبعد الإحالة، صدر القرار عدد 5595 بتاريخ 25/11/2019 موضوع الطعن بإعادة النظر.

وحيث يستفاد مما سبق ان القرار الاستثنائي 2768 بتاريخ 09/05/2017 المتمسك به من طرف الطالب للقول بوجود تناقض بينه وبين القرار عدد 5595 بتاريخ 25/11/2019 فإنه فضلا عن أنه صدر في نفس المسطرة خلال مراحل متتالية من الخصومة، فإن محكمة

النقض نقضته بموجب قرارها عدد 113/2 بتاريخ 28/02/2019، وأنه يترتب على النقض اعتبار القرار المنقوض كأن لم يكن ورجوع الخصومة والأطراف إلى ما كانت وكانوا عليه قبل صدوره، وبالتالي فإن القرار المتمسك به من طرف الطالب أصبح في حكم العدم ولم يعد له وجود، مما ينتفي معه الشرط الذي أسس عليه طلب إعادة النظر، ويتعين ترتيبا على ما ذكر، التصريح برفضه ما ابقاء الصائر على رافعه وتغريمه مبلغ الوديعة.

لهذه الأسباب

تصرح وهي ثبت انتهائيا علنيا و حضوريا

في الشكل: قبول الطلب.

في الموضوع : برفضه مع ابقاء الصائر على رافعه، وتغريم الطالب مبلغ الوديعة.