ش/ف

الجمهورية التونسية

وزارة العدل وحقوق الإنسان الحمد لله

محكمة التعقيب

*ـ10108.2006ـد القضية

تاريخه :02-10-2007

أصدرت محكمة التعقيب القرار الاتي :

بعد الاطلاع على مطلب التعقيب المقدّم في 05 ديسمبر 2006 من الأستاذ ***** عن شركة "**** ":

في حق : شركة ***** في شخص ممثلها القانوني مقرها ****.

ضد : شركة **** في شخص ممثلها القانوني مقرها بزاوية شارع ***** وبمدينة الألعاب ****بمكان استغلال الاصل التجاري الواقع كراؤه .

محاميها الاستاذ ب.ب.م .

طعنا في القرار الاستئنافي عدد 29768 الصادر في 05 جويلية 2006 عن محكمة الاستئناف بتونس والقاضي بقبول الاستئنافين الاصلي والعرضي شكلا وفي الاصل باقرار الحكم الابتدائي وتخطئة المستانفة بالمال المؤمن والزامها في شخص ممثلها القانوني بأن تؤدي للمستانف ضدها في شخص ممثلها القانوني ثلاثمائة دينار لقاء أتعاب تقاض وأجور محاماة وحمل المصاريف القانونية على المحكوم ضدها .

وبعد الاطلاع على مذكرة مستندات التعقيب المقدمة الى كتابة هذه المحكمة بتاريخ 3 جانفي 2007 والمبلغة نسخة منها الى المعقب ضدها بتاريخ 2 جانفي 2007 بواسطة عدل التنفيذ بتونس الاستاذ ع.ن حسب رقيمه عدد .

وبعد الاطلاع على نسخة القرار المطعون فيه وعلى الوثائق التي أوجب الفصل 185 م م م ت تقديمها وعلى تاريخ ايداعها بكتابة المحكمة .

وبعد الاطلاع على مذكرة الرد على مستندات التعقيب المقدمة من محامي المعقب ضدها الى كتابة المحكمة في 24 جانفي 2007 والرامية الى طلب رفض الطعن موضوعا متى استقام شكلا .

وبعد الاطلاع على ملحوظات النيابة العمومية المحررة بتاريخ 14 ماي 2007 والرامية الى طلب الحكم بقبول المطلب شكلا ورفضه أصلا والحجز .

وبعد المفاوضة القانونية

من حيث الشكل :

حيث استوفى مطلب التعقيب جميع أوضاعه وصيغه القانونية فهو مقبول شكلا .

ومن حيث الاصل :

حيث تفيد وقائع القضية حسبما أثبته القرار المنتقد والارواق التي انبنى عليها قيام المعقب ضدها الان لدى المحكمة الابتدائية بتونس عارضة ان المدعى عليها (المعقبة الان) سوغت لها كامل المحل التجاري الكائن على يسار الرواق التجاري بمدينة الالعاب **** لاستغلاله في نشاط مطعم وحلويات ومأكولات شرقية بمعين كراء قدره 2.400.000د بالنسبة للسنة الاولى بحساب 600 دينار في الثلاثية وذلك تبعا للعقد المعرف عليه بالامضاء والمسجل في 2004/2/17 وقد شرعت المدعية في تكوين أصل تجاري وحق ايجار في المكان بموجب استغلاله في التجارة منذ تاريخ تسوغه خاصة وأنها مختصة في استغلال المطاعم مثلما يخلص من مطالعة غرضها الاجتماعي وتولت المدعى عليها خلال السنة الكرائية الثانية عرض عقد للامضاء على المدعية يتضمن تسمية عقد وكالة حرّة يحمل تاريخ 2003/1/23 وممضى من وكيلها انذاك المدعو ر.و وتعلق هذا العقد بنفس موضوع عقد تسويغ العقار ونسب للمدعى عليها بوصفها مسوغة ملكية الاصل التجاري الذي كانت المدعية بصدد تكوينه بالمكرى ونظم هذا العقد العلاقة الكرائية بين الطرفين للسنة الكرائية

الثانية ولا يختلف عن العقد الاصلي المتعلق بالسنة الكرائية الاولى في ما يتعلق بمعين الكراء ولئن يختلف عنه في ما يتعلق بجميع التنصيصات الاخرى

وبالاخص ان موضوع العقد الاصلي الاول يتعلق بالعقار في حين أن موضوع العقد الموالي هو الاصل التجاري الكائن به وان العقد الثاني في الذكر باطل في جميع مقتضياته عدا تلك المتعلقة بمعين الكراء باعتباره هو نفس معين الكراء المتفق عليه بعقد التسويغ الاصلي ويتجلى هذا البطلان في ما يلي :

اولا : ان هذا العقد لا يحمل تصديق الشركة المدعية باعتبار أن إمضاء ممثلها القانوني انذاك لم يشفع بختم الشركة وقد فرط هذا الامضاء منه آنذاك جهلا وغلطا منه بالانعكاسات القانونية لذلك الامضاء اذ تضمن تفريطا وتسليما لاحد الحقوق المكتسبة للشركة تجاه المدعى عليها الا وهو الحق في الايجار ، ولا يجوز لوكيل الشركة التفريط في أصولها دون ترخيص صريح من جلستها العامة عملا باحكام الفصل 113 م ش ت الذي يحصر نطاق تصرف الوكيل بمصلحة الشركة وقد قامت المدعية عندما تبين لها هذا الخرق بإقالة وكيل الشركة ضمن محضر الجلسة العامة بتاريخ أفريل 2004 فيتجه إبطال العقد لتعلقه بالتفريط في أصول الشركة .

ثانيا : لمخالفة أحكام الفصل 32 من قانون 1977 ، اذ ابرام المدعى عليها لعقد وكالة حرة دون امتلاكها لاصل تجاري سابق لكراء المدعية أو متزامن معها يجعل من المدعى عليها تتعاقد على شيء أو عمل غير ممكن من حيث طبيعته أو من حيث القانون على معنى الفصل 64 م ا ع ، فالمدعى عليها بهذه الحيل والخزعبلات القانونية تحاول بشتى الوسائل والطرق النيل من حق التجديد المحدث بقانون 1977 ضرورة أن عقد الوكالة الحرة انعقد بنفس المبلغ السابق لكراء المحل التجاري وبذلك يكون تحت طائلة البطلان على معنى الفصل 32 المذكور الذي اقتضى أن البنود والشروط والاتفاقات التي من شأنها

النيل من حق التجديد المحدث بهذا القانون (قانون 1977) أو من أحكام الفصلين 23 و 26 من هذا القانون لاغية ولا عمل بها مهما كان شكلها .

ثالثا : لان الاصل التجاري يتضمن من بين عناصره الحق في الايجار حسبما اقتضاه الفصل 189 م ت ونص عقد الوكالة الحرة على ان المدعى عليها تملك أصلا تجاريا بالمطعم الكائن بالمركب الترفيهي التابع لها تريد تسويغه للمدعية التي تقبل ذلك وقد أبرم هذا العقد بعد عام من ابرام عقد كراء العقار الكائن بنفس المكان لفائدة المدعية بما يقابل السنة الكرائية الثانية للمحل وبدخول المدعية في سنة كرائية ثانية تكون قد اكتسبت عملا باحكام الفصل 3 من قانون الملكية التجارية حقا تجاريا وعلى فرض أن المدعية لا تملك في السنة الكرائية الثانية حقا تجاريا فان اقدام المدعى عليها على ابرام عقد تضمن التنصيص على تملكها صراحة بأصل تجاري بالمحل هو عمل باطل لعدم ملكيتها لاصل تجاري وبالاخص لاستحالة ذلك ضرورة شروع المدعية في استغلال هذا النشاط التجاري منذ سنة 2002 أي قبل ابرام هذا العقد المشبوه بسنة كاملة فالعقد تعلق بشيء غير ممكن من حيث طبيعته لعدم وجوده وفقا للفصل 64 م وانعدم موضوع الكراء وفسد سببه عملا بالفصلين 67 و 70 م م .

رابعا : لبطلان عقد الكراء لتسلّطه على ملك الغير عملا بما اقتضاه الفصل 733 م ا ع والفصل 576 منها وقد ثبت من الاوراق أن المدعى عليها لا تملك الاصل التجاري ولم تكونه وعلى فرض أنها قامت بكراء الاصل التجاري بعدما كونته فإن كراءها الاول للمحل دون الاصل التجاري يوقف نشاطها ويضمحّل معه الاصل التجاري لان من بين مقوماته استمرار النشاط التجاري.

وانتهت المدعية الى طلب الحكم ببطلان عقد كراء الاصل التجاري المبرم بين الطرفين والحامل لتاريخ 2003/01/13 واعتبار المقتضيات المتعلقة بمعين الكراء الواردة به ملحقة بعقد التسويغ الاول المبرم في 21 جانفي

2002 وحمل المصاريف القانونية على المدعى عليها ومعها 1000 دينار لاتعاب التقاضي وأجرة المحاماة وذلك عملا باحكام الفصول 32 و 34 من القانون عدد 37 لسنة 1977 و 325 مدني و 64 و 67 و 70 و 733 و 576 م .

وبعد استيفاء الاجراءات قضت الدائرة التجارية بالمحكمة الابتدائية بتونس ببطلان عقد الوكالة الحرّة المبرم بين طرفي التداعي بتاريخ 23 جانفي 2003 وبتغريم المدعى عليها لفائدة المدعية بمائتي دينار (200.000د) لقاء أتعاب تقاض وأجرة محاماة وبحمل المصاريف القانونية عليها .

فاستأنفت المحكوم عليها الحكم المذكور وأصدرت محكمة الدرجة الثانية قرارها السالف تضمين نصّه بالطالع ، فتعقبته ناعية عليه :

1- تحريف الوقائع :

بمقولة ان محور الدعوى هو عقد الوكالة الحرّة وحتى في حال اعتماد العقد الممضى سنة 2002 فإنه كان على المحكمة الاجابة على طلب المدعى عليها والبحث في حقيقة العلاقة العقدية ضرورة اختلاف الاطراف في شأنها وهو ما يجعل ما قالته المحكمة من أن ارادة الاطراف كانت واضحة ولا حاجة لتأويل العقد فيه تحريف لوقائع النزاع ، فخلافا لما ذهبت اليه المحكمة من انه لم يرد ببنوده أي اشارة الى أنه كان شاملا لاصل تجاري سابق به فانه يتحصحص من العقد أن نية المعقبة اتجهت الى تسويغ الاصل التجاري لا الجدران فحسب ومن ذلك ما ورد بالفصل الثامن " وتلتزم شركة **** بتجديد مساحة البهو بعلامات خاصة بها وبإقامة التحسينات اللازمة بعد الحصول على الموافقه الكتابية المسبقة للمجمع المتوسطي للتنمية السياحة والترفيه **** لحسن استغلال المحل التجاري ووقاية الزبائن والحرفاء من تأثير الحرّ والرياح والبرودة والامطار" وما ورد أيضا بالفصل الثاني عشر " تلتزم شركة **** بحسن استغلال المحل التجاري وبضمان المحافظة عليه وبأخذ كل الاحتياطات اللازمة لضمان

حسن سلوك أعوانها ومستاجريها وللمحافظة على سمعة المحل التجاري وبصفة عامة على سمعة مدينة الالعاب " ولما كان الحرفاء يتمثلون العنصر المحوري لكل أصل تجاري فلا يعقل أن تهتم المعقبة في العقد الا بحماية حرفائها مما ينزع عن المعقب ضدها أي اختصاص بحرفاء الطاعنة ويضفي على العلاقة الكرائية طابع الوكالة الحرة ، كما لا يمكن أن تهتم المعقبة بسمعة المحل الا اذا كان الاصل التجاري المستغل فيه على ملكها ، واستشهدت المعقبة في هذا بما جاء بالقرار التعقيبي عدد 13517 الصادر في 24 أكتوبر 1985 " يتكون الاصل التجاري من عناصر معنوية تتمثل أساسا في الحرفاء والسمعة " فالجزم بوضوح ارادة اطراف العقد والقول ان العقد انصب على المحل دون الاصل التجاري فيه تحريف للوقائع ضرورة ان المعقبة تمسكت بأن العقد الرابط بينها والمعقب ضدها كان موضوعه كراء أصل تجاري وهو ما كان على المحكمة استنتاجه من الارادة الحقيقية للطرفين لا الوقوف على عنوان العقد .

2) الخطأ في تطبيق القانون :

بمقولة ان الاصل التجاري لا يتكون الا في حالة وجود حرفاء شخصيين وخاصّين بالنشاط التجاري وهو ما ينتفي في اطار أصل تجاري سابق ، فالمعقبة هي صاحبة الاصل التجاري المتكون من مدينة الالعاب وتوابعها ضرورة وجود المحلات التجارية داخل المبنى وعدم استقلالها في تصرفها لخضوعها للاجراءات الترتيبية من فتح واغلاق وراحة أسبوعية واجراءات تصرف عامة مما يجعل المنتفعين بخدماتها هم بالضرورة حرفاء المعقبة القادمون لغاية الترفيه وقد سبق لمحكمة التعقيب أن اكدت على هذا المعنى في قرارها عدد 11960 المؤرخ في 15 ماي 1985 ، ويستروح من فقه القضاء التونسي والفرنسي وجود قرينة على ان النشاط التجاري الممارس داخل فضاء تجاري مغلق يكون حرفاؤه تابعين لصاحب الفضاء المغلق وما ذهبت اليه محكمة الاستئناف من "تكوين الحرفاء الخاصين بالمحل موضوع النزاع " جاء مجردا من أي اثبات لوجود

الحرفاء المختصين بنشاط المعقبة ، وعلى فرض وجود الحرفاء الخاصين بالمعقب ضدها فالحكم بوجود أصل تجاري لها دون بيان أن الحرفاء المعتد بوجودهم يمثلون عددا لا يستهان به ينفي فكرة ارتباط استغلال المعقب ضدها بحرفاء المعقبة يكون معه قضاء محكمة الاستئناف قد أخطأ في تطبيق القانون .

3) ضعف التعليل :

بمقولة ان المحكمة بنت استنتاجها بتكوين المعقب ضدها لاصل تجاري على تسلمها المحل خاليا من كل نشاط وهو "ما يبرر تسلط الكراء منذ البداية على المحل دون الاصل التجاري " وهذا تعليل ضعيف قد أغفل معطيات واقعية وقانونية ضرورة ان المعقب ضدها ما كانت لتتسوّغ المحل لولا وجوده في مدينة الالعاب ولغاية الاستفادة من رواد هذه المدينة الذين هم في الواقع حرفاء المعقبة ولا يكفي القول بتسوغ المحل شاغرا للقول بتكوين المعقب ضدها لاصل تجاري لان هذا يغفل توفر اهم عناصر الاصل التجاري وهم حرفاء المعقبة الذين على اساس وجودهم اقدمت المعقب ضدها على عملية الكراء وقد سبق لمحكمة التعقيب ان قضت في هذا الاتجاه في قرارها عدد 14332 المؤرخ في 22 افريل 1987 فالحرفاء كانوا سابقين لعملية الكراء مما يجعل القول بتكوين المعقب ضدها لاصل تجاري ضعيف التعليل ، ويكون التعليل المعتمد من المحكمة لعدم امكانية العقد لانعدام موضوعه تعليلا يشوبه الضعف ضرورة ان موضوع العقد موجود ويتمثل في حرفاء المعقبة القادمين لغاية الترفيه فكل كراء داخل فضاء تجاري مغلق سبق تكوين اصل تجاري فيه لا يمكن ان يكون موضوعه الا اصلا تجاريا ضرورة سبق امتلاك المسوغ لحرفاء وعدم وجود حرفاء خاصين بالمتسوغ مما يجعل القول بانعدام موضوع العقد عملا بالفصل 64 م ا ع قولا مخالفا للواقع والقانون وضعيف التعيل وعلى فرض تكوين المعقب ضدها لبعض الزبائن الخاصين بها فان عدم اثبات ذلك يجعل قرينة تملك المعقبة بالحرفاء قائمة فضلا عن ان فكرة حرفاء الاصل التجاري المملوك من المعقبة تجعل الحرفاء الخاصين

بالمعقب ضدها في صورة وجودهم مشمولين بملكية المعقبة اعمالا للمبدإ الاصولي " الفرع يتبع الاصل" المكرس في قرار 1985 واختلاف نشاط المسوغة عن نشاط المتسوغة لا يقوم دليلا على عدم ملكيتها الاصل التجاري اذ من جملة الخدمات التي ترغب المتسوغة في توفيرها لحرفائها فتح جملة من المحلات الموفرة لخدمات المطاعم والمقاهي ومستغلّو هذه الفضاءات يتعاطون مع حرفاء المعقبة بما يجعل منها مالكا للاصول التجارية الموجودة داخل مدينة الالعاب .

4) هضم حقوق الدفاع :

بمقولة ان الطاعنة كانت أثارت دفعا جوهريا يخص المعارضة بامضاء الوكيل في حق الشركة حتى وان تجاوز حدود وكالته عملا بالفصل 114 م ش ت وطالما أنه امضى في حق الشركة فان العقد يكون صحيحا وملزما للمعقب ضدها متى لم يقع اثبات علم المعقبة بان التصرف خارج عن حدود وكالة الوكيل وان الامضاء وان كان مجردا فهو يلزم الشركة كلما كان في إطار ممارسته لسلطة تمثيل وادارة الشركة مع علم معاقده التام بهذه الصفة ولا جدوى من الدفع بغياب طابع المعقب ضدها اذ الكتائب الخطية تقوم صحيحة بالامضاء وحده عملا بالفصل 453 م ا ع ولم تطعن المعقب ضدها في صحة هذا العقد الممضى من وكيلها الا بعد انتهاء مدته واجراء العمل بعقد الوكالة الحرة يعد اقرارا لتصرف الوكيل يصير الكتب الخطي كتبا رسميا عملا بالفصل 449 م ا ع واهمال المحكمة الجواب على الدفع الجوهري المتمثل في عدم معارضة المعقبة بتجاوز وكيل المعقب ضدها لصلاحياته والحال انه دفع من شأنه تغيير وجه الراي في الدعوى كان يصيرها مجردة ضرورة ان العقد المزمع ابطاله عقد صحيح ملزم للطرفين انما يعد هضما لحقوق الدفاع .

المحكمـــة

عن جملة المطاعن لتداخلها ووحدة القول فيها :

حيث ان اكتساب الاصل التجاري لا يكون الا اذا ما كان للنشاط التجاري حرفاء خاصون به .

وحيث ان استغلال المعقب ضدها لنشاط تجاري يتمثل في تقديم الأكلات الشرقية بمحل كائن هو داخل الفضاء الترفيهي التابع للمعقبة، إنما لا يستقيم معه القول إن هذا النشاط قد اكتسب حرفاء خاصين به ، طالما أن هؤلاء هم حرفاء للمعقبة في أصلها التجاري الشامل المتمثل في الفضاء الترفيهي ، والذين يؤمّونه أساسا ، ومن بين الخدمات التي تقدم لهم فيه خدمة تقديم المأكولات .

وحيث من ثمّ فإنه لا يصحّ القول إن العلاقة التسويغية الرّابطة بين الطرفين متعلقها محل تجاي وحرفاؤه خاصون بالنشاط الممارس به وبالتبع لذلك فإن المعقب ضدها تكون هي صاحبة أصل تجاري مستقل اكتسبته ، وإنما متعلق هذه العلاقة التسويغية جزء من أصل تجاري شامل وسابق تابع للمسوغة المعقبة ، أحرى وأن عقد التسويغ المعنون " عقد وكالة حرّة" قد أمضي من وكيل المعقب ضدها بصفته تلك ، فيكون ملزما لها .

وحيث إن قضاة الموضوع لما نحوا غير هذا المنحى فاعتبروا العقد المومأ إليه غير ذي موضوع لفقدان الأصل التجاري المدعى ملكيته من المعقبة وقضوا بالتبع لذلك ببطلانه ، إنما يكون قضاؤهم مجانبا للصّواب ، خارقا للقانون وضعيف التعليل ومن ثمّ كان مستوجبا للنقض .

ولهـذه الاسباب

قررت المحكمة قبول مطلب التعقيب شكلا وأصلا ونقض القرار المطعون فيه وإحالة القضية على محكمة الاستئناف بتونس للنظر فيها مجددا بهيئة أخرى وإعفاء الطاعنة من الخطية وإرجاع معلومها المؤمّن إليها .

وصدر هذا القرار بحجرة الشورى في 02 أكتوبر 2007 عن الدّائرة الرابعة المتألفة من رئيسها السيد محمد العفاس والمستشارين السيدين التيجاني دمق وعماد الدرويش بمحضر المدعي العام السيد محمد بوبكر وبمساعدة كاتبة الجلسة السيدة سنية عبداوي .

وحـرر في تاريخـه