الجمهوريــة التونسيــة

وزارة العدل **الحمــد لله**

محكمــة التعقيــب

***عـ 28127.2015ـدد القضيــة**

تاريخــه : 2016/4/27

أصــدرت محكمة التعقيب القرار الاتي :

بعد الاطلاع على مطلب التعقيب المضمن تحت عدد 28127 والمقدم بتاريخ 2015/6/22 من طرف الاستاذ "م. ف" المحامي لدى التعقيب

في حــق: "ش. ق. خ. ق. ب"في شخص ممثلها القانوني

ضــد: "ب. ج" في شخص ممثله القانوني

ينوبه الاستاذ "ن. ح" المحامي لدى التعقيب

طعنا في الحكم الاستئنافي الصادر عن محكمة الاستئناف بقابس تحت عدد 5717 بتاريخ 2006/3/28 والقاضي نهائيا: بقبول الاستئنافين الاصلي والعرضي شكلا وفي الاصل باقرار الحكم الابتدائي وتخطئة المستانفة بالمال لمؤمن وتغريمها لفائدة المستانف ضده بمائتي دينارا لقاء اتعاب التقاضي واشراف المحاماة وحمل المصاريف القانونية عليها.

وبعد الاطلاع على مذكرة مستندات الطعن.

وبعد الاطلاع على جميع الوثائق التي اوجب الفصل 185 من م م م ت تقديمها.

وبعد الاطلاع على ملحوظات النيابة العمومية الكتابية والاستماع الى شرح ممثلها بالجلسة

وبعد الاطلاع على الحكم المنتقد وعلى كافة اوراق القضية.

وبعد المفاوضة طبق القانون :

مــن حيــث الشكــل :

حيث كان مطلب التعقيب مستوفيا لجميع اوضاعه وصيغه القانونية لذلك فهو حري بالقبول شكلا

من حيــث الاصــل:

حيث تفيد وقائع القضية كيفما اوردها الحكم المنتقد والاوراق التي انبنى عليها قيام المدعي

في الاصل المعقب الان لدى محكمة الدرجة الاولى عارضة انها فتحت حسابا جاريا لدى المدعى عليه حسابا جاريا تحت عدد 12404700319 وقد تولت هذه الاخيرة القيام بعمليات تحويل مبالغ مالية من الحساب المذكور الى حساب شركة اخرى دون اذن او امر من المدعية وشملت عمليات التحويل المذكور في:

1-مبلغ 6.278.560د تم تحويله للغير في 1994/8/15

2-مبلغ 97.093.869د تم تحويله للغير من 1994/9/13

3-مبلغ 33.000.000د تم تحويله للغير في 1994/10/19

وكانت تلك التحويلات مخالفة لصريح الفصل 678 من م ت وترتيب عن خطا المطلوب انقاص مبالغ هامة من حساب المدعية فالحق بها خسارة كبيرة وبلغت جملة المبالغ 136.372.429د لـذا وعملا بالفصل 83 من م ا ع فهي تطلب الزام المطلوب في شخص ممثله القانوني بان يؤدي لها:

1- 136.372.429د اصل الدين

2- الفوائض القانونية بداية من تاريخ التحويل الى تاريخ الخلاص النهائي

3- الف دينار اتعاب تقاضي واجرة محاماة وحمل المصاريف القانونية عليه واحتياطيا الاذن بانتداب خبير في الحسابيات لضبط المبالغ المالية المودعة لحسابها والواقع تحويلها للغير دون اذنها.

وبعد استيفاء الاجراءات القانونية اصدرت محكمة البداية حكمها عدد 380 بتاريخ 2005/5/23 يقضي ابتدائيا برفض الدعوى الاصلية لعدم الاختصاص الحكمي وابقاء مصاريفها محمولة على القائمة بها وقبول الدعوى المعارضة شكلا واصلا وتغريم المدعية في شخص ممثلها القانوني لفائدة المدعى عليها في شخص ممثلها القانوني بمائتي دينارا عن اتعاب التقاضي واشراف المحاماة .

فاستانفته المدعية واصدرت محكمة الدرجة الثانية حكمها عدد 5717 بتاريخ 2016/3/28 المبين نصه بالطالع

فتعقبته الطاعنة ناعية عليه ما يلي:

-اولا: مخالفة احكام الفصل 40 من م م م ت:

بمقولة ان المعقبة لها صفة التاجر من خلال شكلها القانوني عملا باحكام الفصل 7 من م ش

ت حتى في غياب الترسيم بالسجل التجاري الذي يجعل منها شركة مفارضة فعلية عملا بالفصل 103 من نفس المجلة ويتمتع الشركاء بصفة التاجر عملا بالفصل 55 من المجلة المذكورة وبالتالي فان صفة التاجر قائمة في جانب المعقبة وان اختصاص الدائرة التجارية في فصل النزاع لا يستمد من الترسيم بالسجل التجاري بل من احكام الفصل 40 من م م م ت ولا يتاثر بانعدام الترسيم الذي لا تفقد المعقبة صفة التاجر باعتبار شركائه تجار وان الجزاء الذي رتبه الفصل 71 من القانون عدد 44 لسنة 1985 المؤرخ في 1995/5/2 ان الغاء الترسيم بالسجل التجاري لمن لم يطلب اعادة ترسيمه لا يؤدي الى فقدان حقه التاجر اذ انها حالة من حالات انعدام التسجيل التي تظل معها صفة التاجر قائمة على معنى الفقرة الثانية من الفصل 61 من نفس القانون الا انه لا يمكن ان يعارض بذلك للتفصي من المسؤولية والالتزامات المحمولة عليه وان الجزء الذي رتبه الفصل 61 ميدان تطبيقه محدود لان الامر يتعلق بجزاء وهو يقتصر على التصرفات القانونية والالتزامات من جهة وكل ما يتعلق بمجال تدخل الادارة في ممارسة النشاط التجاري من تراخيص وامتيازات وغيرها من جهة اخرى دون ان يمتد ذلك الى ممارسة حق التقاضي واللجوء الى الدائرة التجارية وان الحكم المطعون فيه لما قضى بخلاف ذلك يكون قد خالف القانون مما يتجه نقضه وطلب نائب المعقبة تبعا لذلك نقض القرار المطعون فيه مع الاحالة.

وحيث اجاب نائب المعقب ضده على ما جاء بمستندات التعقيب ملاحظا بانه يؤخذ من الفصلين 60 و61 من القانون عدد 44 لسنة 1885 ان التسجيل بالسجل التجاري وان كانت قرينة بسطه في اثبات صفة التاجر في صورة التسجيل فهي لا تعدو ان تكون قرينة قاطعة في عدم اضفاء صفة التاجر في صورة عدم التسجيل لانه في هاته الحالة رتب القانون جزائين مزدوجين لعدم التسجيل اولهما انه لا يمكن التمسك بصفة التاجر ازاء الغير او الادارة وثانيهما انه لا يمكن للخاضع للتسجيل الذي له صفة التاجر ان يعارض بعدم التسجيل للتفصي من المسؤولية والالتزامات المحمولة عليه ويبرز فيه المشرع في قراءة هذا النص عند مناقشة القانون بمجلس النواب وذلك ردا على سؤال احد النواب في خصوص الفصل 61 (مداولات مجلس النواب عدد 36 جلسة 25 افريل 1995 ص 37 و38) (يتضح منها تسجيل عن وزير العدل في هذا الخصوص ان كل شخص عادي او معنوي خاضع للتسجيل ولم يقم لذلك في بحر المدة القانونية التي منحها القانون يفقد حق التمسك بصفة التاجر ازاء الغير او الادارة وان المعقب ضده يعتبر غيرا بالنسبة الى المعقبة القائمة بالدعوى الاصلية وبالتالي لا يمكنها التمسك بصفة التاجر ازاءه

وان فقدان صفة التاجر لمن لم يمتثل لاحكام قانون السجل التجاري هو جزاء وعقاب ويختلف عن حالة غياب التسجيل مطلقا عند التاسيس المنصوص عليها بالفصل 103 من م ش الذي يعتبر انه لا يتم تاسيس الشركة الا اذا وقع ترسيمها بالسجل التجاري ومادام لم يقع ترسيمها فهي بمثابة شركة ذات مسؤولية محدودة في طور التاسيس وتعتبر شركة مفاوضة فعلية وان المعقب ضدها ليست في طور التسجيل ليقع اعتبارها شركة مفاوضة وانما هي مستوفاة التاسيس الا انها تهاونت عن موجبات اعادة التسجيل خارقة بصفة واضحة للقانون مما ادى الى فقدانها التمسك بصفة التاجر جزاء لتهاونها وان الحكم المطعون فيه جاء سليم المبنى ومطابقا للقانون مما يتجه رد المطعن وطلب تبعا لذلك رفض التعقيب اصلا.

الـمحكمة

- عن المطعن الوحيد:

حيث لا خلاف وان صفة الشركة المعقبة كتاجرة تؤخذ طبقا لاحكام الفصل 7 من م ش ت من شكلها وموضوع نشاطها وتثبت تلك الصفة بجميع وسائل الاثبات.

وحيث خلافا لما انتهت اليه محكمة القرار المطعون فيه فان الترسيم بالسجل التجاري هو مجرد قرينة على اكتساب صاحبه صفة التاجر اما امتلاك صفة التاجر فهي تكون وفقا لما ورد بالمجلة التجارية والقواعد المعهودة في هذا المجال وبالتالي فان عدم الترسيم او عدم تحقيقه لا يمكن ان ينجر عنه فقدان تلك الصفة .

وحيث ينص الفصل 40 من م م م ت انه تعتبر دعاوى تجارية على معنى احكام هذا الفصل الدعاوى المتعلقة بالنزاعات بين التجار فيما يخص بنشاطهم التجاري.

وحيث طالما ثبت ان المعقبة هي شركة ذات مسؤولية محدودة ويتمثل بنشاطها في البناء والاشغال العامة والطرقات وصنع مواد البناء والاتجار في الاسمنت المقوى فانها تتمتع بصفة التاجر من حيث شكلها وطبيعة نشاطها كما ثبت ان الدعوى تتعلق بحساب جاري مفتوح لتسيير نشاطها التجاري المذكور فانها تعتبر من الدعاوى التجارية التي تختص بالنظر فيها الدائرة التجارية وعليه فان محكمة القرار المطعون فيه لما انتهت الى عدم اختصاصها بموضوع الدعوى على اساس عدم تحيين التسجيل والحال انه مجرد قرينة بسيطة على صفة التاجر دون الاخذ بعين الاعتبار نوع الشركة والنشاط الذي تقوم به تكون قد خرقت القانون الامر الذي يجعل حكمها عرضة للنقض .

لـذا ولـهذه الأسبـــاب

قررت المحكمة قبول مطلب التعقيب شكلا واصلا ونقض القرار المطعون فيه واحالة القضية على محكمة الاستئناف بقابس لاعادة النظر فيها مجددا بهيئة اخرى واعفاء الطاعنة من الخطية وارجاع المال المؤمن اليها.

وصدر هذا القرار بـحجرة الشورى يوم 2016/4/27 عن الدائرة المدنية الثالثة المتالفة من رئيستها السيدة الهام البناني وعضوية المستشارتين السيدتين مفيدة الطلحاوي وليلى الجميل وبحضور المدعى العام السيد منذر بن الفقي وبـمساعدة كاتب الجلسة السيد احمد عبيد.

وحرر في تاريخه -