الجمهوريــة التونسيــة

وزارة العــدل

محكمـــة الـتعقيــب

القـــرار عـ36767ـدد

تــاريخـه :2019/03/14

المبدأ :

إن الالتزامات بدفع أقساط معينات كراء الأصل التجاري ومعاليم الماء والكهرباء فضلا على الغرامة التعاقدية بسبب إنهاء العقد من جانب واحد، جميعها التزامات تجارية، سواء نُظر إليها من زاوية تعلّقها بتنفيذ عقد كراء أصل تجاري، أو تبعيتها للنشاط التجاري للمعقبة تطبيقا لأحكام الفصول 2 و4 و229 من المجلة التجارية (...) وحيث طالما كانت الدائرة التجارية ليست محكمة مستقلة وإنما هي دائرة متخصصة ضمن الاختصاص الجامع للمحكمة الابتدائية، فإن النظر في نزاع قضية الحال رغم تجاريته من طرف الدائرة المدنية لم يخرق قاعدة من قواعد الاختصاص الحكمي وإنما التخصص فقط.

نص القرار :

الحمد لله وحده،

أصدرت محكمة التعقيب بدوائرها المجتمعة القرار الآتي :

بعد الإطلاع على مطلب التعقيب المقدم من الأستاذ ن ر. بتاريخ 11 أفريل 2016 تحت عدد 36767 في حق :

شركة ن س. في شخص ممثلها القانوني، شركة خفية الاسم سجلها التجاري بالمحكمة الإبتدائية بالمنستير تحت عدد ، مقرها الاجتماعي كائن... ، محل مخابرتها بمكتب الأستاذ ن ر. الكائن ب..

ضد :

شركة "أ."، شركة خفية الاسم في شخص ممثلها القانوني مرسمة بالسجل التجاري تحت عدد الكائن مقرها الاجتماعي ب..

طعنا في الحكم الصادر عن محكمة الاستئناف بنابل تحت عدد 41616 بتاريخ 2016/01/06 والقاضي نصه: " نهائيا بقبول الإستئناف شكلا وفي الأصل بإقرار الحكم الابتدائي وإجراء العمل به وتخطية المستأنفين بالمال المؤمن وحمل المصاريف القانونية عليهما وتغريمهما لفائدة المستأنف ضدهم بخمسمائة دينارا (500،000د) لقاء أتعاب التقاضي وأجرة المحاماة عن هذا الطور".

وعلى مذكرة مستندات الطعن المبلغة نسخة منها للمعقب ضده بتاريخ 2016/05/10 بواسطة عدل التنفيذ السيد ن ع. حسب محضر التبليغ عدد9287.

وعلى جميع الوثائق التي يوجب الفصل 185 من م م م ت تقديمها.

وعلى ملحوظات الادعاء العام المؤرخة في 2017/07/10 الرامية إلى طلب الحكم بقبول المطلب شكلا وأصلا ونقض القرار المطعون فيه وإحالة الملف على محكمة الإستئناف بالمنستير للنظر فيه من جديد بهيأة أخرى مع الإعفاء.

وعلى قرار الدائرة المدنية الثالثة المحرر بتاريخ 29 مارس 2017 بإحالة القضية على الرئيس الأول للنظر في إمكانية إحالتها على الدوائر المجتمعة للبت في المسألة موضوع الخلاف على معنى أحكام الفصل 191 من م م م ت.

وبعد الاطلاع على قرار الرئيس الأول لمحكمة التعقيب المتضمن دعوة الدوائر المجتمعة للنظر في المسألة القانونية محل الاختلاف وعرض القضية على السيد وكيل الدولة لدى هذه المحكمة لتقديم ما لديه من ملحوظات وتكليف المستشار المقرر السيد حاتم بن جماعة بتقرير القضية وإعداد الدراسات القانونية اللازمة لتهيئتها للحكم.

وعلى الحكم المنتقد وعلى كافة أوراق الملف.

وبعد المفاوضة القانونية صرح بما يلي:

من حيث الشكل :

حيث كان مطلب التعقيب مستوفيا لجميع أوضاعه وصيغه القانونية لذلك فهو مقبول شكلا.

من حيث الأصل :

حيث تفيد وقائع القضية كيفما أوردها الحكم المنتقد و الأوراق التي أنبني عليها قيام المدعية في الأصل (المعقب ضدها الآن) لدى المحكمة الابتدائية بالمنستير عارضة أنها سوغت للمطلوبة شركة ن س. بالساحل في إطار عقد وكالة حرة جميع الأصل التجاري المتمثل في نزل ن. بما اشتمل عليه من عناصر الكائن بالمنطقة السياحية صقانس المنستير عن المدة الفاصلة بين 01 فيفري 2004 و31 جانفي 2010 بمعين كراء سنوي قدره 250.000،000د بإضافة نسبة مئوية كل سنة إلى أن يبلغ سنة 2009 مبلغ 298.819،000د وذلك طبق الكتب المؤرخ في 1 جويلية 2007، ويدفع الكراء كل ثلاثة أشهر بداية من غرة فيفري مسبقا لكن المدعى عليها في

الأصل توقفت عن خلاص معينات الكراء من نوفمبر 2008 إلى جانفي 2009، فقامت بثلاث قضايا إستعجالية بالخروج إن لم تدفع انتهت جميعها لصالح الدعوى. كما لم تقم المطلوبة في الأصل (المعقبة الآن) بتسليم الطالبة ضمانا بنكيا بالنسبة للسنة الأخيرة من الكراء مثلما التزمت بذلك صلب الفصل الخامس من كتب التسويغ رغم التنبيه عليها.

وفي الأخير غادرت المحل كيفما هو مبين في محضر عدل التنفيذ المؤرخ في 2009/09/27، وقد حصل جرّاء إنهاء العمل من جانب واحد بعقد الوكالة الحرة قبل انتهاء أمده وتلددها في خلاص معينات الكراء خسارة تم الاتفاق على مقدارها بالفصل 23 من العقد وهو 20 في المائة من معين الكراء الذي سيحل عن السنة المتبقية أي من 2009/11/01 إلى 2009/01/31 وقدر ذلك 81.220،954 = 16.244،190 د.

فضلا على مبلغ قدره 243.662،862د لقاء أقساط معين الكراء غير الخالصة مع الفائض القانوني ومصاريف استهلاك الماء والكهرباء والغاز وقدرها 27.778،472د (7.356،500+20.421،972= 27.778،472). طالبة التعويض لها عنها طبق الفصول 275 و276 و277 من م ا ع.

وبعد استيفاء الإجراءات القانونية أصدرت المحكمة الإبتدائية بالمنستير حكمها عدد 28114 بتاريخ 2010/04/28 القاضي نصه: "ابتدائيا بإلزام المدعى عليها في شخص ممثلها القانون بأن تؤدي للمدعية في شخص ممثلها القانوني جملة المبالغ المالية التالية :

1-243.662،862د لقاء أقساط معين الكراء الحال عليها في 2009/02/01 و2009/05/01 و2009/08/01 مع الفائض القانوني بداية من تاريخ القيام بالدعوى إلى تمام الخلاص النهائي.

2-16.244،190د بعنوان غرامة اتفاقية جراء إنهاء عقد الكراء من جانب واحد قبل انتهاء أمده.

3-20.421،972د لقاء استهلاكات الكهرباء والغاز.

4-7.356،500د لقاء استهلاك الماء الصالح للشراب.

5-50،240د أجرة محضر التنبيه بالدفع عدد 70371 المجرى بواسطة عدل التنفيذ م ه بتاريخ 2009/09/30.

6-300،000د عن أتعاب التقاضي وأجرة المحاماة وحمل المصاريف القانونية على المحكوم عليها بالأداء.

وحيث استأنفت المطلوبة في الأصل الحكم المذكور، وبعد الترافع أصدرت محكمة الإستئناف بالمنستير حكمها عدد 34985 بتاريخ 2011/10/27 القاضي نصه: " نهائيا بقبول الإستئناف شكلا وفي الأصل بإقرار الحكم الابتدائي وإجراء العمل به وتخطية المستأنفة بالمال المؤمن وحمل المصاريف القانونية عليها وتغريمها لفائدة المستأنف ضدها بثلاثمائة دينار لقاء أتعاب التقاضي وأجرة المحاماة عن هذا الطور".

وحيث تعقبته المستأنفة ناعية على القرار المطعون فيه مخالفة الفصل 251 و40 م م م ت والفصول 1 إلى 4 و597 م ت و 7 م ش ت مع تحريف الوقائع وضعف التعليل طالبة الحكم بنقض القرار المنتقد مع الإحالة.

وحيث أصدرت محكمة التعقيب قرارها عدد 73924/73917 بتاريخ 2013/01/21 والقاضي نصه: " بنقض الحكم المطعون فيه وإرجاع القضية إلى محكمة الاستئناف بالمنستير لإعادة النظر فيها مجددا بهيئة أخرى وإعفاء الطاعنة من الخطية وإرجاع معلومها المؤمن إليها".

وحيث أعيد نشر القضية بمحكمة الإحالة التي أصدرت قرارها المبين نصه أعلاه استنادا إلى كون النزاع القائم بين الطرفين لا يكتسي صبغة تجارية ما يجعل الاختصاص موكول للدائرة المدنية.

وحيث تعقبته المستأنفة للمرة الثانية، وورد بمستندات طعنها نعيها على القرار المطعون فيه بما يلي:

1) المطعن الأول المستمد من فهم الوقائع على غير أساس لها بأوراق القضية والخطأ في تطبيق القانون (الفصل 40 من م م م ت والفصول 1و2 و3 و4 و597 من م ت و7 من م ش ت) :

قولا أن محكمة القرار المطعون فيه اعتبرت أنه "ولئن كان الطرفان تاجران فإن النزاع تعلق بمعينات كراء وغرامة تعاقدية ومعاليم استغلال تنفيذا لعقد الكراء المؤرخ في 2003/07/01 وهي جميعها التزامات مدنية محمولة على المستأنفة بصفتها متسوغا وليس بوصفها تاجرا، وبالتالي لا تدخل في المعاملات التجارية بين الطرفين حتى وإن نصت عليها بنود عقد الكراء المبرم بينهما، خاصة أن تلك الالتزامات وما يترتب من مسؤولية عن الإخلال بها يجد أساسه في قواعد القانون المدني (مجلة الالتزامات والعقود) وهي سند الدعوى في قضية الحال وليس في المجلة التجارية ولا العرف التجاري". وخلافا لذلك فإن إبرام عقد وكالة حرة بين شركتين كلاهما خفية الاسم يشكل عملا تجاريا بامتياز ليكون النزاع المتولد عن تنفيذه نزاعا تجاريا على معنى الفصل 40 من م م م ت، فمن جهة أولى الشركتان هما شركتان خفيتان ولهما صفة التاجر طبق الفصل 7 من م ش ت، وموضوع نشاطهما هو بعث وتهيئة واستغلال المؤسسات ذات الصبغة السياحية، وبصورة عامة القيام بجميع العمليات التجارية والمالية المنقولة منها والعقارية ذات الصلة المباشرة أو غير المباشرة بالنشاط السياحي. ومن جهة ثانية فإن عقد الوكالة الحرة المبرم بين تاجرين هو من الأعمال التجارية الخاضعة لأحكام القانون التجاري بصريح الفصل الأول من القانون التجاري الذي اقتضى نصه أنه: "تنطبق أحكام هذا القانون على التجار والأعمال التجارية". وعني المشرع بتخصيص جميع الكتاب الثاني من القانون التجاري للأصل التجاري والمعاملات التي تخصه من بينها عقد الوكالة الحرة. ومن جهة ثالثة فإن تأجير المعقب ضدها لملكها التجاري هو عين التأجير المحترف على معنى الفصل 2 م ت الذي يدخل في صميم احترافها لنشاط استغلال النزل واستغلال الملك التجاري يكون بصورة مباشرة أو بواسطة وكيل حر على معنى الفصل 3 من قانون الملك التجاري. فالوكالة الحرة هي إحدى طرق تعاطي التجارة أي هي شكل من أشكال الاحتراف في ممارسة التجارة مما يجعل النزاع في قضية الحال تجاري. فعبارة الاحتراف لا تعني التكرار والتعود فالمشرع لم يشترط التكرار والتعود في نشاط المعقب ضدها. ومن جهة رابعة فإن جميع الأعمال القانونية التابعة لممارسة التجارة تكون خاضعة لأحكام القانون التجاري بصريح الفصل 4 من م ت الذي تضمنت فقرته الثانية قرينة مؤداها اعتبار جميع الأفعال والأعمال التي يقوم بها التاجر تابعة لممارسة التجارة ما لم تقم الحجة على خلافه. ومن جهة خامسة فإن عقد الوكالة الحرة هو عقد تجاري بامتياز طبق ما ضمن بالباب الخامس من المجلة التجارية وجميع العقود التجارية خاضعة للمجلة التجارية على معنى الفصل 597 م ت. وتبعا لما تقدم فالنزاع تجاري لتعلقه بمدى جواز اقتضاء مالكة الأصل التجاري لمعينات كرائية

وللغرامة المشروطة بالعقد وذلك بعد حط الإدارة من تصنيف النزل من ثلاث نجوم إلى نجمتين. فالحكم المنتقد لما اعتبر النزاع خاضعا لأحكام مجلة الالتزامات والعقود انبنى على خرق للقانون التجاري وتعين نقضه.

2) المطعن الثاني المتمثل في هضم حقوق الدفاع :

بمقولة أنها تمسكت بدفع موضوعي كان على محكمة القرار المطعون فيه فحصه والرد عليه إلا أنها توقفت عند مسألة الاختصاص وأصدرت حكمها دون النظر في الدفع الموضوعي المتمثل في عدم ضمان المعقب ضدها للانتفاع بالمكرى وتقصيرها الذي أدى إلى الحط من التصنيف مما يجعلها غير محقة في طلب معينات الكراء، وقد ثبت ذلك بأحكام قضائية. والمحكمة بعدم تناولها للمطعن هضمت حق الدفاع طالبة النقض مع الإحالة.

وحيث وجوابا عن مستندات التعقيب قدم الأستاذ ك م محامي المعقب ضدها تقريرا لاحظ فيه، من حيث الشكل، أن الطاعنة خالفت الفصل 185 م مم ت عندما لم تدل بنسخة الحكم الابتدائي إذ اقتصرت محكمة الإستئناف على تبني أسبابه وتعين القضاء بسقوط الطعن. مبينا أن الدعوى لا تهدف إلى حسم نزاع بين تاجرين بخصوص نشاطهما التجاري. فمنوبته مالكة للأصل التجاري الذي تستغله المعقبة باعتبارها مسيرة للنزل ولا وجود لأية معاملات تجارية ولا نشاط تجاري وطلبات الدعوى لا علاقة لها بأية أعمال تجارية المنصوص عليها بالفصل 2 من م ت فلا تعد من قبيل أعمال الإنتاج أو التداول أو المضاربة أو التوسط ولا شيء يدل على ممارستها من طرف المسوغة على وجه الاحتراف. كما أنه لم تعد تربط الطرفين علاقة كراء بعد انقضاء عقد الكراء بحكم قضائي وكانت بذلك محكمة الدرجة الثانية عن صواب عندما اعتبرت طبيعة الدعوى مدنية صرفة فضلا على كون التصرف بالتسويغ في عقار يشمل أصل تجاري لا يعد نشاطا تجاريا لأنه حصل مرة واحدة عن طريق الصدفة ولم يكن على سبيل الحرفة وهو من قبيل استغلال مالكة لملكها وفق الفصل 17 من م ح ع، فلم يثبت أن منوبته تحترف شراء المكاسب مهما كان نوعها وبيعها وتأجيرها حسب الفصل 2 من م ت واستغلال المعقب للنزل هو استغلال فندقي "ل" وليس للطرفين أي نزاع حول هذا النشاط التجاري فعملية تسويغ الفندق حصلت مرة واحدة والكتب المؤرخ في 2003/07/01 موضوعه كراء عقار وأصل تجاري مستغل به فهذا الأخير يعتبر من قبيل الشيء الذي رصد لاستغلال العقار ويعد عقارا حكميا وفق الفصل 9 م ح ع وعقد تسويغه لا يعد تجاريا بل مدنيا ولا شيء في القانون يجعل عقد كراء محل تجاري كُوّن به أصل تجاري عقدا تجاريا من حيث الشكل وقد جاء بمقال الطيب اللومي بمجلة القضاء والتشريع عدد 7 لسنة 1996 صفحة 7 وما بعدها "أن اختصاص الدوائر التجارية الوارد بالفصل 40 م مم ت استثنائي ومحدود وتبعا لذلك فإن الاستثناء يؤول تأويلا ضيقا عملا بالفصل 540 م ا ع وعندما نقول تعلق النزاع بعمل تجاري بين تاجرين يعني به كل نزاع يتصل بالنشاط التجاري بين تاجرين أو أحدهما أو كذلك الناشئ عن نشاطهما التجاري ". واعتبر كذلك أن النص المذكور استبعد الدعوى المتعلقة بالأكرية التجارية من اختصاص الدوائر التجارية مضيفا أن الفصل 597 من م ت لم يعتبر عقد تسويغ محل تجاري مكون به أصل تجاري عقدا تجاريا مادام يعد وسيلة لمالكه للتفويت فيه باعتباره منقولا يمكن أن يملكه التاجر أو غير التاجر مبينا أن الفصل السابع من المجلة التجارية نص على أن الشركة تكون تجارية من حيث الشكل فإن توفر الشرط المذكور لا يكفي ليجعل النزاع بين تاجرين من اختصاص الدائرة التجارية مادام لا يخص النشاط التجاري بينهما لعدم تعلقها بالمعاملات التجارية فالنزاع يتعلق بالأضرار المترتبة بالمكرى وتكون

المسؤولية بطبيعتها مدنية فالتصرف بالتسويغ في عقار يشتمل على أصل تجاري لا يعد نشاطا تجاريا مؤكدا بالنسبة للمطعن المتعلق بهضم حقوق الدفاع فإن هذا المطعن جاء مبهما وفضلا على ذلك فإن المحكمة ليست مطالبة بالرد عن كل الدفوعات المثارة فالمحكمة مطالبة طبق الفصل 123 م مم ت ببيان المستندات القانونية لتعليل حكمها وهو ما قامت به محكمة القرار المنتقد عندما تبنت مستندات الحكم الابتدائي وتبنت مستندات القرار الاستئنافي الصادر في القضية عدد 34985 الصادر بتاريخ 2013/10/27 الواقع نقضه بالقرار التعقيبي عدد 73917 الصادر في 2013/01/21 طالبا بصفة أساسية القضاء بسقوط الطعن واحتياطيا رفض مطلب التعقيب أصلا.

المـحـكـمـــــة

أولا : في صحة تعهد الدوائر المجتمعة :

حيث نص الفصل 192 من م م م ت " إذا كان النقض مع الإحالة على محكمة أخرى وحكمت هذه بما يخالف ذلك ووقع الطعن في هذا الحكم بنفس السبب الذي وقع النقض من أجله أولا فإن محكمة التعقيب متألفة من دوائرها المجتمعة تتولى النظر في خصوص المسألة القانونية الواقع مخالفتها من دائرة الإحالة وإذا رأت النقض فإنها تبت في الموضوع إن كان مهيأ للفصل."

وحيث يتبين من الفصل المتقدم أن نظر الدوائر المجتمعة مشروط بتحقق شرطين متلازمين، أولهما وقوع الطعن في الحكم لنفس السبب الذي وقع النقض من أجله أولا، وثانيهما مخالفة محكمة الإحالة لقرار النقض في خصوص المسألة القانونية التي استند إليها النقض.

الشرط الأول : وقوع التعقيب الثاني لنفس السبب

حيث طعنت المعقبة الآن في القرار الاستئنافي عدد 34985 الصادر بتاريخ 2011/10/27 بثلاث مطاعن وهي:

1-خرق الفصل 251 من م مم ت.

2-خرق الفصل 40 من م مم ت والفصول من 1 إلى 4 و597 من المجلة التجارية و7 من مجلة الشركات التجارية.

3-تحريف الوقائع وضعف التعليل.

وقد تم نقض القرار الاستئنافي المذكور استنادا للمطعنين الأول والثاني.

وحيث باستثناء المطعن الأول الذي تفادته محكمة الإحالة بعرض الملف على النيابة، فقد تسلط الطعن الحالي على نفس المطعن الثاني المتعلق بالاختصاص (مع تحوير طفيف في المطعن الثالث الذي لم تنظر فيه محكمة

التعقيب). وتبعا لذلك فإن الطعن في الحكم قد تم لنفس السبب الذي تم النقض من أجله، فتحقق معه الشرط الأول لتعهد الدوائر المجتمعة على معنى الفصل 192 من م م م ت.

الشرط الثاني : المسألة القانونية التي تسلط عليها النقض

حيث تبين بالإطلاع على القرار التعقيبي عدد 73917/73924 الصادر بتاريخ 2013/01/21 أن نقض القرار الاستئنافي عدد 34985 الصادر بتاريخ 2011/10/27 تعلق بخرق أحكام الفصول 40 من م مم ت و3 و4 و229 ضرورة أن عقد كراء الأصل التجاري موضوع قضية الحال هو عقد تجاري بحت لكونه مبرم للتحصيل منه على ربح وتنظمه أحكام المجلة التجارية مما يجعل منه عملا تجاريا.

وحيث بتعهد محكمة الإحالة بالقضية من جديد اعتبرت أن النزاع يتعلق بأقساط معينات كراء غير خالصة وبالغرامة التعاقدية بسبب إنهاء عقد الكراء وبمعاليم استهلاك الماء والكهرباء والغاز، وهي جميعها التزامات مدنية محمولة على المستأنفة بوصفها متسوغة وليس بوصفها تاجرة، ولا تدخل بالتالي ضمن المعاملات التجارية حتى وإن نصت عليها بنود عقد الكراء، خاصة وأن تلك الالتزامات وما يترتب عنها من مسؤولية عن الإخلال بها يجد أساسه في قواعد القانون العام مما تكون معه محكمة البداية قد أحسنت تطبيق الفصل 40 م مم ت.

وحيث يتضح مما سبق أن محكمة الإحالة قد خالفت محكمة التعقيب في المسألة القانونية التي أوردتها بقرارها عدد 73917/73924 الصادر بتاريخ 21 جانفي 2013 والتي قضت بالنقض على أساسها، ونفت عن الالتزامات المترتبة عن عقد كراء الأصل التجاري صفة العمل التجاري واعتبرتها لا تدخل ضمن المعاملات التجارية، وأكدت بأن النزاع مدني وليس تجاري، وأيدت حكم محكمة البداية التي قطعت باختصاصها بالنظر دون الدائرة التجارية.

وحيث وفي ظل وقوع التعقيب لنفس السبب الذي تم النقض من أجله أولا، واستنادا لثبوت مخالفة محكمة الإحالة للمسألة القانونية التي استند إليها النقض فقد توفرت الشروط القانونية الموجبة لتعهد الدوائر المجتمعة على معنى الفقرة الأخيرة من الفصل 191 م م م ت.

ثانيا : في القانون :

أولا : في خصوص الدفع المتعلق بطبيعة النزاع واختصاص النظر فيه :

حيث تأسس طلب نقض القرار المطعون فيه على خضوع النزاع بين الطرفين إلى القانون التجاري ومن ثمة إلى اختصاص الدائرة التجارية لتعلقه بطلب اقتضاء مالكة الأصل التجاري لمعينات الكراء وللغرامة المشروطة بعقد الوكالة الحرة فضلا على معاليم استهلاك الماء والكهرباء المترتبين عن ممارسة النشاط بالمحل.

وحيث تطرح قضية الحال بالتالي سؤالا أولا يتمثل في معرفة هل أن الالتزام بدفع الغرامة التعاقدية ومعينات التسويغ ومعاليم استهلاك الماء والكهرباء تنفيذا لعقد كراء أصل تجاري يُعد عملا تجاريا؟ أم عملا مدنيا صرفا لا يدخل ضمن النشاط التجاري؟

ويترتب عن الإجابة عن هذا السؤال، إشكال ثان يتعلق بتحديد الجهة المختصة بالنظر في النزاع؟

I- تحديد طبيعة الالتزام بدفع الغرامة الاتفاقية ومعينات التسويغ ومعاليم استهلاك الماء والكهرباء تنفيذا لعقد كراء أصل تجاري.

حيث عنى المشرع بتخصيص كامل فصول الكتاب الثاني من المجلة التجارية للأصل التجاري والمعاملات التي تحصل عليه، ومن بينها الفصل 229 المنظم لعملية تسليمه للغير على وجه الكراء الذي جاء ناصا على ما يلي: "بالرغم عن كل شرط مخالف فإن كل عقد أو اتفاق يقتضي تسليم المالك أصلا تجاريا في الكل أو البعض على وجه الكراء يكون خاضعا للأحكام الآتية...". وهي أحكام تنطبق بصريح الفصل الأول من نفس المجلة على "التجار والأعمال التجارية".

وحيث يُؤخذ مما تقدم أن المشرع حسم في طبيعة عقد كراء الأصل التجاري أو ما يُطلق عليه عقد الوكالة الحرة وأخضعه لنظام القانون التجاري، فلا يجوز تبعا لذلك للأطراف مخالفة هذا الوصف أو تطبيق نظام قانوني آخر عليه، الأمر الذي يجعل من العمل موضوع النزاع المتمثل في المطالبة بتنفيذ التزامات مضمنة بعقد كراء أصل تجاري هو عمل تجاري صرف بنص القانون.

وحيث وعلى فرض التسليم جدلا بما ذهبت إليه محكمة القرار المنتقد من أن الالتزام بدفع أقساط معينات كراء غير خالصة وبغرامة تعاقدية وبمعاليم استهلاك الماء والكهرباء، هي التزامات مدنية محمولة على المستأنفة بوصفها متسوغة لا تاجرة، فإن النتيجة التي كان من المفروض أن تستخلصها من هذا التعريف هو أن جميع هذه الأعمال هي أعمالا تجارية بالتبعية وتخضع إلى مقتضيات الفصل 4 من م ت الذي ينص:" تكون خاضعة لأحكام هذا القانون الأفعال والأعمال القانونية التابعة لممارسة التجارة".

وحيث إن الأعمال التجارية بالتبعية هي في الأصل أعمالا مدنية، ولكنها تكتسب الصفة التجارية إذا صدرت عن التاجر وكانت تتعلق بالنشاط التجاري للتاجر، أو مترتبة عن التزامات بين التجار،فهذه الأعمال تنقلب من أعمال مدنية إلى أعمال تجارية إذا باشرها التاجر وكانت لازمة لتجارته أو مكملة لها أو مسهلة لها.فإذا قام بها غير التاجر فإنها تظل أعمالا مدنية وتخضع لأحكام القانون المدني، أما إذا قام بها التاجر لحاجة تجارته، فإنها تفقد صفتها المدنية وتكتسب الصفة التجارية تبعا لحرفه القائم بها وتخضع بالتالي لأحكام القانون التجاري. فتعتبر العقود التي يبرمها التاجر أعمالا تجارية إذا اتصلت بمباشرة المهنة التجارية وتعلقت بشؤون التجارة ولو كانت هذه العقود تعتبر أعمالا مدنية إذا أبرمها غير التاجر لشؤونه الخاصة، ذلك أن التجاريّة في هذه الحالة لا تتعلق بطبيعة العمل ولكن بصفة القائم به وبالغرض المقصود منه.

وحيث طالما كانت المعقبة تاجرة، وهي صفة اتصل القضاء بها، وأن الالتزام بدفع معاليم الكراء وفواتير الماء والكهرباء هو ليس سوى بندا من بنود عقد كراء الأصل التجاري ومرتبط شديد الارتباط بحاجات الاستغلال وممارسة النشاط التجاري بالمحل، فقد استوفى العمل شروط تجاريته بالتبعية، وعدّ بهذا العنوان عملا تجاريا.

وحيث يتضح مما تقدم، وخلافا لما ذهبت إليه محكمة الإحالة، فأن الالتزامات بدفع أقساط معينات كراء الأصل التجاري ومعاليم الماء والكهرباء فضلا على الغرامة التعاقدية بسبب إنهاء العقد من جانب واحد، جميعها التزامات تجارية، سواء نُظر إليها من زاوية تعلّقها بتنفيذ عقد كراء أصل تجاري، أو تبعيتها للنشاط التجاري للمعقبة تطبيقا لأحكام الفصول 2 و4 و229 من المجلة التجارية.

II- تحديد الجهة القضائية المختصة بالنظر في النزاع

حيث ضبط المشرع مفهوم الدعاوى التجارية الراجعة بالنظر للدائرة التجارية بالفصل 40 من م مم ت صراحة بقوله: "وتعتبر دعاوى تجارية، على معنى أحكام هذا الفصل الدعاوى المتعلقة بالنزاعات بين التجار، فيما يخص نشاطهما التجاري".

وحيث يتبين من هذا التعريف أن تعهد الدائرة التجارية يتوقف على توفر شرطين في ذات الوقت أولهما أن يكون الطرفان المتنازعان تاجرين، وثانيهما أن يتعلق النزاع بنشاطهما التجاري.

وحيث في خصوص الشرط الأول فقد اتصل به القضاء تبعا لثبوت صفة التاجر في طرفي قضية الحال تطبيقا لأحكام الفصل 7 من مجلة الشركات التجارية الذي اعتبر الشركات خفية الإسم تجارية من حيث الشكل، بقطع النظر عن موضوعها. كما استوفى موضوع الدعوى للشرط الثاني القاضي بأن يكون النزاع متعلقا بالنشاط التجاري.

وحيث إن هذين الشرطين لا يخضع ضبط نظامهما القانوني فقط لرقابة محكمة التعقيب، بل وكذلك الفصل في تحديد النتائج المترتبة عليهما من جهة الاختصاص. ذلك أن الإقرار بتجاريّة النشاط، فضلا على ثبوت صفة التاجر في الطرفين المتنازعين، يُسند الاختصاص إلى الدائرة التجارية تطبيقا لأحكام الفصل 40 من م مم ت.

وحيث لا تُكوّن الدائرة التجارية بالمحكمة الإبتدائية محكمة مستقلة، فهي ليست سوى تشكيلة قضائية لدى هذه المحكمة تختص بالنظر في صنف من النزاعات ويخضع إحداثها إلى تقدير السلطة التنفيذية التي ترى أيّ من المحاكم الإبتدائية من الأنسب بعث دوائر تجارية بها.

وحيث فضلا على صيغة الإحداث بجعلها من اختصاص السلطة التنفيذية وغير معممة كنظام قانوني موحّد على كل المحاكم، حال أن إحداث المحاكم يكون وفقا لأحكام الدستور بقانون وليس من شأن القانون أن لا يُساوي بين المتقاضين، فإن الفصل 40 من م ت لم يستعمل مصطلح "محكمة تجارية " أو "محاكم تجارية " بل استعمل مصطلح " دوائر تجارية".

وحيث إن تنقيح الفصل 40 من م م م ت بموجب قانون 1995/05/02 لم ينشئ محاكم تجارية متخصصة مستقلة ومنسلخة عن المحكمة الإبتدائية، بل اكتفى بوضع إمكانية إحداث تركيبة خاصة لدائرة متخصصة لدى المحكمة الابتدائية أسند لها اختصاصا مبدئيا بنظر الدعاوى التجارية، والدليل على ذلك أنها لا تتمتع باختصاص إقصائي ومطلق (Compétence exclusive) في شأن كل الدعاوى التجارية حتى تلك التي تدخل في نصاب نظر قاضي الناحية، بل أبقى اختصاصها في حدود سقف اختصاص المحكمة الابتدائية التي تضمّها ولا تخرج عنه. والقول بخلاف ذلك، أي اعتبار الدائرة التجارية محكمة مستقلة، يترتب عليه منطقا الإقرار باختصاصها بالنظر في جميع الدعاوى التجارية مهما كانت قيمتها، حتى تلك التي لا تتجاوز السبعة آلاف دينار، وهو قول غير مقبول ولا يتفق ومقاصد المشرع ويؤول إلى انتصاب الدائرة بتركيبتها الخماسية كمحكمة استئناف للأحكام الصادرة عن ذات الدائرة بتركيبتها الثلاثية. فالاستئناف على هذا الشكل هو أقرب ما يكون إلى الإستئناف الدائري

(Appel circulaire) الذي تتعاطاه محكمة من ذات الدرجة والصنف، ولو شاء المشرع ذلك لقاله صراحة لأن فيه تجديدا يخرج عن المألوف ولذلك فإن سكوته يُؤوّل على أنه رجوع إلى القواعد العامة.

وحيث إن الدوائر المجتمعة لمحكمة التعقيب أبدت الرأي منذ القرار عدد 71296/99 الصادر في 27 مارس 2003، وسايرتها في ذلك دوائرها فيما يتعلّق بالطعن بالاستئناف في أحكام الدوائر التجارية الإبتدائية. فقد نقضت القرار الاستئنافي الذي قضى برفض الإستئناف شكلا لعدم نشره أمام الدائرة التجارية الاستئنافية. وعللت موقفها بما يلي: " حيث أنه ولئن أحدث القانون عدد 43 المؤرخ في 1995/5/2 المنقح للفصل 40من م مم ت دوائر تجارية تختصّ بالنظر في الدعاوى التجارية فإن اختصاصها لم يكن مطلقا ولا عامّا وإنما هو مقتصر على محاكم الدرجة الأولى ومنحصر في المحاكم الإبتدائية التي صدر أمر بإحداث دوائر تجارية بها دون محاكم الدرجة الثانية سواء كانت محاكم استئناف بالأساس أو محاكم استئناف بالوظيف".

وحيث يؤخذ مما تقدم أن الدوائر المجتمعة لمحكمة التعقيب قد تبنّت منذ 2003 بصفة ضمنية أنه لا يجوز القول بالاختصاص المباشر للدوائر التجارية. فليس لها على حد تعبير الدوائر المجتمعة اختصاصا مطلقا ولا عامّا، ثم وبالقرار عدد 26773 الصادر بتاريخ 2018/04/26 أكدت صراحة هذا التوجه: " وحيث لا يستقيم هذا الدفع باعتبار أن إحداث الدوائر التجارية داخل المحاكم الإبتدائية يتعلق بتشكيلات قضائية داخل هذه المحاكم تتخصص بالنظر في صنف معين من النزاعات دون أن يضفي عليها ذلك صفة المحكمة داخل المحكمة وذلك بالنظر إلى طريقة إحداثها وعدم توسعها على كامل تراب الجمهورية بما يجعلها تركيبة قضائية داخل صنف من المحاكم الابتدائية التي تتوفر على نشاط اقتصادي هام يقتضي إحداثها بقرار من وزير العدل.

وحيث إضافة إلى ما سبق فإن صيغة الإحداث نفسها يجعلها من اختصاص السلطة التنفيذية حال أن إحداث المحاكم هو من اختصاص المشرع فإنه لا يمكن أن تسند للدائرة التجارية صفة المحكمة ولا يمكن تبعا لذلك الدفع بعدم اختصاصها حكميا لتعلق الأمر بتخصص داخل المحكمة الجامعة وهي المحكمة الابتدائية بما يقتضي أنه عند إثارة مسألة صحة التعهد بنزاع معين من عدمه فإنه لا يتم القضاء برفض الدعوى لعدم الاختصاص الحكمي".

وحيث طالما كانت الدائرة التجارية ليست محكمة مستقلة وإنما هي دائرة متخصصة ضمن الاختصاص الجامع للمحكمة الابتدائية، فإن النظر في نزاع قضية الحال رغم تجاريته من طرف الدائرة المدنية لم يخرق قاعدة من قواعد الاختصاص الحكمي وإنما التخصص فقط.

وحيث طالما أن المسألة كانت في التكييف أي في الاجتهاد الذي لم تُصِب فيه محاكم الأصل وكانت النتيجة التي توصلت إليها متفقة مع النتيجة السليمة والقانونية للنزاع وأن تقويم السند كاف لاستكمال قرارها التعليل الصحيح فإنه لا موجب لنقض ما انتهت إليه وذلك لانعدام المصلحة من النقض، إذ يكفي وضع الأسانيد الصحيحة المتعلقة بالدفع المستمد من الاختصاص لانعدام الجدوى من نقض القرار المطعون فيه.

ثانيا : في خصوص الدفع المتعلق بهضم حقوق الدفاع

حيث تمسكت المعقبة بأن محكمة القرار المطعون فيه توقفت عند مسألة الاختصاص وأصدرت حكمها دون النظر في الدفع الموضوعي المتمثل في ثبوت تقصير المعقب ضدها في الوفاء بواجب ضمان الانتفاع بالمكرى لما

أعد له وقيام مسؤوليتها عن الحط من تصنيف المكرى من ثلاث نجوم إلى نجمتين وذلك بموجب القرار الاستئنافي عدد 33144 بتاريخ 2 جوان 2014 القاضي بإلزام المعقب ضدها الآن بأن تؤدي لها غرم المضرة الحاصلة لها جراء ما ذكر، بما يجعل القيام بقضية الحال في غير طريقه.

وحيث ولئن استند الحكم الاستئنافي المذكور إلى نفس العقد الذي تأسست عليه قضية الحال، إلا أنهما يختلفان من حيث الموضوع. فالأولى كانت ترمي إلى جبر الخسارة الناجمة عن النقص في الانتفاع، في حين أن الثانية فهي تهدف إلى اقتضاء معينات الكراء والغرامة المشروطة في العقد، وأضحى بالتالي هذا الدفع فاقد للأساس القانوني وتعين رده.

ولهـــذه الأسبـــاب

قررت المحكمة بدوائرها المجتمعة قبول مطلب التعقيب شكلا ورفضه أصلا وحجز معلوم الخطية المؤمن.

وصدر هذا القرار عن الدوائر المجتمعة بتاريخ 14 مارس 2019 برئاسة السيد الطيب راشد الرئيس الأول لمحكمة التعقيب.

وعضوية رؤساء الدوائر السادة :

نازك كادة، البشير المطوي، كمال مصطفى العلاني، المنصف الكشو، كوثر السعدي، سارة العياري، ماجدة بن غربية، ماهر كريشان، محمد عماد بن عبد الجليل، جلال الدين بوكتيف، وسيلة التليلي، روضة أوبيش، حياة البصلي، عبلة بن شعبان، رضا العرعوري، رياض الامام، رياض الموحلي، جمال المستيري، لمياء الحمامي، محمد كمال دويك، عبد الرزاق الباهوري ومنير وردليتو.

والمستشارين السادة :

رشيد الشيحاوي، محمد الورهاني، ابراهيم الغرياني، ماجدة الرياحي، أمال العرفاوي، بسمة بودن، توفيق سويدي، هالة البجار، بسمة العبساوي، عبد الباسط الخالدي، نائلة العباسي، أنور المليح، فاخر بركات، زينب لغلوغ، رجاء بوسمة، حاتم بن جماعة، بديع بن عباس، عفاف عالشيخ، راضية المنتصر، مفيدة المداغي، إيمان الشرفي، سنية الدبابي، زهرة الحجري، وريدة الغربي وسميرة الحويوي.

وبمحضر السيد شكري التريكي مساعد وكيل الدولة العام لدى محكمة التعقيب.

ومساعدة كاتبة الجلسة السيدة عفاف الحاجي.

وحـــرّر في تاريخـــــه