الممارس بالعين المكراة بعد أن قدرت الخبرتين المذكورتين واستبعدت ما جاء بمحضر المعاينة ضمنيا وهي في ذلك لم تخرق حقوق الدفاع وبنت قرارها على أساس وكان ما بالوسيلة غير جدير بالاعتبار.» [71] و في قرار اخر اعتبرت محكمة النقض بأنه «لكن لما كان الاتفاق على تخصيص المحل لتجارة أو استعمال معين يخول للمكتري أن يضيف تجارة مكملة او فرعا من الصناعة القائمة مادامت لا تشكل عبئا أثقل. ولما كان الثابت لقضاة الموضوع من خلال أجوبة وردود الطرفين أنهما يؤكدان بان المحل موضوع النزاع أجر من أجل استعماله كمخزن للسلع والمواد. ومن خلال محضر المعاينة المدلى به من لدن الطالب نفسه أنه يفيد ان العون القضائي المكلف بالإجراء عاين وجود سلع بمحل النزاع وأدوات من الحديد والبلاستيك. وأن المحل يستعمل كمستودع ومكتب لتسليم السلع. وانه لم يعاين أية عملية للبي. فإن محكمة الاستيناف المؤيد قرارها للحكم الابتدائي التي استخلصت من ذلك أن استعمال المحل كمخزن ومكتب للبيع ليس فيه أي تغيير للنشاط المتفق عليه الذي هو استعمال المحل كمخزن للسلع والمواد كما يقر بذلك الطالب. مما تكون معه المحكمة قد ركزت قرارها على أساس لم يعتريه أي خرق للقانون كما يتمسك بذلك الطالب وعللت قرارها تعليلا كافيا وتبقى العلة المنتقدة القائلة << بان المكري لم يدل بأية وثيقة تتضمن شرط عدم تغيير النشاط المتفق عليه >> علة زائدة يستقيم القرار بدونها وتكون أسباب النقض غير جديرة بالاعتبار».[72]

وانطلاقا من مقتضيات المادة 22 من القانون 49.16، وحتى يتمكن المكتري من ممارسة النشاط المكمل أو المرتبط بالنشاط الاصلي بالمحل المكترى، فانه يجب عليه أن يوجه طلبه للمكري يتضمن الإشارة إلى الأنشطة التي يريد

71 – قرار محكمة النقض عدد: 925 المؤرخ في: 23/06/2011 ملف تجاري عدد: 1426/3/2/2010.

72 – قرار محكمة النقض عدد: 622 المؤرخ في: 30/5/2007 ملف تجاري عدد: 1119/3/2/2006.

ممارستها، كما أنه يجب على المكري إشعار المكتري بموقفه بخصوص هذا الطلب داخل أجل شهرين من تاريخ التوصل، وإلا اعتبر موافقا على الطلب، وفي حالة الرفض يمكن للمكتري اللجوء إلى رئيس المحكمة، بصفته قاضيا للأمور المستعجلة، للإذن له بممارسة النشاط أو الأنشطة الجديدة.

الفقرة الثانية : تغيير المكتري للنشاط الممارس بالمحل

اعتبرت الفقرة الاخيرة من المادة 22 من القانون رقم 49.16، بانه لا يجوز للمكتري ممارسة نشاط بالمحل المكترى، مختلف عما تم الاتفاق عليه في عقد كراء، إلا إذا وافق المكري كتابة على ذلك، وقد اعتبرت محكمة النقض بانه «وحيث ان موضوع النزاع يتمحور حول المصادقة على انذار بالافراغ بسبب تغيير المستأنف عليه للنشاط الذي تم الاتفاق عليه وهو استنساخ المفاتيح الى اصلاح مفاتيح السيارات وأبواب المحلات بالاضافة الى ميكانيك السيارات.

وحيث ان المحكمة باطلاعها على الترخيص الذي منحه المكترون (الجهة المستأنفة) بتاريخ 07/02/2007 يتبين منه أنهم يوافقون على حصول المستأنف عليه المكتري على ترخيص اداري من أجل ممارسة مهنة صناعة المفاتيح دون تحديد وأن هذا الترخيص يعد بمثابة اتفاق ضمني على نوع النشاط المرخص به من قبل المكترين وأن إصلاح المفاتيح المتعلقة بالسيارات الذي يقتضي أحيانا فتح غطاءاتها الأمامية لمراقبة الأسلاك الكهربائية المرتبطة بها تعد كلها نشاطا مكملا للنشاط الأصلي الذي هو صناعة المفاتيح التي جاءت بشكل مطلق ولا يعد تغييرا له، أما احتلال الملك العمومي أو إحداث الضوضاء هي مسائل منفصلة عن عقد الكراء ويمكن للمتضرر أن يسلك بشأنها مساطر أخرى خارج العقد كما أن وجود بعض المتلاشيات حسب محضر المعاينة المؤرخ في 14/12/2012 بمحل المستأنف لا يمكن معه الجزم

بتغيير النشاط المرخص به الى نشاط مغاير.» [73]

و فيما يتعلق بتغيير النشاط فقد قضت محكمة الاستئناف التجارية بانه «حيث من جهة فإنه للقول بوجود تغيير في النشاط التجاري يجب أن يكون هناك عقد كراء يلتزم فيه المكتري على تحديد نشاطه في نوع معين عندئذ يمكن القول بأن هناك إخلالا ببنود العقد إذا ما غير المكتري النشاط المضمن بعقد الكراء دون ترخيص من المكري الأمر المنعدم في نازلة الحال.

ومن جهة أخرى فإن المقصود بتغيير النشاط التجاري دون موافقة المالك هو الذي يرهق كاهل المكري بالتزامات تلحق به الضرر.

وحيث لأجله فإن تغيير النشاط التجاري من خياط إلى بائع الثمور حتى على فرض ثبوته فإنه لا ينهض سببا للإفراغ مادام لا يثبت أن النشاط الجديد يلحق أضرارا بالمحل وبالجوار»[74].

وبخصوص الاذن المكتوب الصادر عن المكري بخصوص تغيير المكتري للنشاط الممارس بالمحل، سبق لمحكمة النقض و أن قضت بانه «حيث إن العلاقة الكرائية في النازلة ثابتة بين الطرفين بعقد كتابي محدد لالتزاماتهما وقد نص << على موافقة المكري للمكترية باستغلال المحل المكترى للجزارة لا غير ما عدا ذلك يكون بموافقة رب الملك >> وبذلك فالأمر يتعلق بتصرف قانوني وقع إثابته بالكتابة بواسطة العقد المبرم بين طرفيه ومن تم فكل التزام انبثق من العقد المذكور من تعديل في بنوده أو كيفية تنفيذه وجب اثباته بالكتابة ويدخل في ذلك اثبات الموافقة على ادخال التغييرات المؤثرة على المحل مادام استثناء مما ضمن في العقد الذي هو عدم الجواز القيام بذلك إلا بموافقة مالك الرقبة ولا يسوغ إثبات ما يخالف الأصل الثابت بالكتابة

73 – قرار محكمة الاستئناف التجارية بالدار البيضاء.رقم : 4004/2013 الصادر بتاريخ: 24/07/2013 في الملف عدد 3162/2012/15.

74 – قرار محكمة الاستئناف التجارية بالدار البيضاء رقم: 4106/2013 الصادر بتاريخ: 1/8/2013في الملف عدد 1140 /2013/15 .

بالاستناد الى الشهود ومن تم فمادامت بنود العقد المذكور صريحة في نوع الاستغلال وعدم السماح للمكتري بتغييره الا بموافقة رب الملك وهو شرط ملزم له وإثبات تحلله من تبعاته يلزم أن يتم بالكتابة لا بالشهود، فإن محكمة الاستيناف التي قبلت في إثبات الموافقة المذكورة بين الطرفين شهادة الشهود بالرغم من وجود عقد كراء بينهما مكتوب لم تركز قرارها على أساس، وعللته تعليلا سيئا موازيا لانعدامه جعلته عرضة للنقض»[75]، كما أن محكمة النقض اعتبرت في قرار أخر بأنه «ولما كان العقد لم ينص على كيفية استعمال المحل وأن هذا الأخير لا يتسم بأية سمات تجعله صالحا لاستعمال دون آخر، فإن بإمكان المكتري أن يمارس في المحل ما يراه مناسبا وإذا اختار تجارة معينة في بداية كراء المحل وهو على هذه الحالة كان في إمكانه أن يتحول لتجارة أخرى فإن محكمة الاستيناف التي سايرت وثائق الملف معتبرة مجمل ما ذكر مستخلصة وعن صواب من ذلك أن ما بني عليه الانذار من إحداث تغييرات بمعا لم المحل وإن كان قد تضمنها طلب المكرية فإن المحضر المدلى به لا يوجد به ما يثبتها وأن عقد الكراء ليس به ما يلزم المكتري المطلوب بممارسة نشاط تجاري محدد وأن ما بني عليه الانذار من تغيير النشاط التجاري الممارس بالمحل لا يشكل مبررا لفسخ عقد الكراء . فقضت بإلغاء الحكم المستأنف وبعد التصدي ببطلان الانذار موضوع النزاع . مما تكون معه المحكمة قد ركزت قرارها على أساس و لم تخرق أي مقتضى وتكون الوسيلة على غير أساس»[76].

المطلب الثاني : حقوق المكري

عمل القانون رقم 49.16 على التنصيص على حق المكري في تحديد سومة كرائية جديدة للمحل المكرى (الفقرة الأولى)، كما أنه نص على

75 – قرار محكمة النقض عدد: 242 المؤرخ في: 8/3/2012 ملف تجاري عدد: 1054/3/2/2011.

76 – قرار محكمة النقض عدد: 80 المؤرخ في: 23/1/2008 ملف تجاري عدد: 617/3/2/2007.

حق المكري في طلب الإفراغ دون إلزامه بدفع التعويض لفائدة المكتري في حالات محددة (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى : الحق بتحديد سومة كرائية جديدة

ترتيبا على مقتضيات الفقرة الأولى و الثانية من المادة 22 من القانون رقم 49.16 و التي قضت بالسماح للمكتري بممارسة نشاط أو أنشطة مكملة أو مرتبطة بالنشاط الأصلي، متى كانت هذه الأنشطة غير منافية لغرض وخصائص وموقع البناية، وليس من شأنها التأثير على سلامتها. وفي هذه الحالة يجب على المكتري أن يوجه طلبه للمكري يتضمن الإشارة إلى الأنشطة التي يريد ممارستها، وبعد إشعار المكري للمكتري بموقفه بخصوص هذا الطلب داخل أجل شهرين من تاريخ التوصل، وإلا اعتبر موافقا على الطلب، وفي حالة الرفض يمكن للمكتري اللجوء إلى رئيس المحكمة، بصفته قاضيا للأمور المستعجلة، للإذن له بممارسة النشاط أو الأنشطة الجديدة، جاءت المادة 23 من نفس القانون لتقرر حق المكري في المطالبة بتحديد الوجيبة الكرائية الجديدة، على أن تسري من تاريخ المطالبة بها قضائيا.

وبالرجوع إلى مقتضيات المادة 23 من القانون رقم 49.16، فإننا نجدها تتحدث عن «تحديد الوجيبة الكرائية الجديدة» و ليس عن «الزيادة في الوجيبة القضائية»، مما يفيد بأن تحديد الوجيبة الكرائية الجديدة تكون حيادا عن مقتضيات المادة 5 من القانون رقم 49.16 و بالتالي خارج إطار القانون رقم 07.03 المتعلق بمراجعة أثمان كراء المحلات المعدة للسكنى أو الاستعمال المهني أو التجاري أو الصناعي أو الحرفي.

الفقرة الثانية : حق المكري في طلب الإفراغ دون إلزامه بدفع التعويض

بعد أن قضت المادة 22 من القانون رقم 49.16 بأنه يمكن السماح للمكتري بممارسة نشاط أو أنشطة مكملة أو مرتبطة بالنشاط الأصلي، متى

كانت هذه الأنشطة غير منافية لغرض وخصائص وموقع البناية وليس من شأنها التأثير على سلامتها ، وأنه يجب على المكتري أن يوجه طلبه للمكري يتضمن الإشارة إلى الأنشطة التي يريد ممارستها، اعتبرت الفقرة الأخيرة من نفس المادة بأنه لا يجوز للمكتري ممارسة نشاط بالمحل المكترى، مختلف عما تم الاتفاق عليه في عقد كراء، إلا إذا وافق المكري كتابة على ذلك.

وترتيبا على الفقرة الأخيرة من المادة 22 من القانون رقم 49.16، فان إخلال المكتري بمقتضيات هذه الفقرة يعطي الحق للمكري في طلب الإفراغ دون إلزامه بدفع التعويض ضمن الشروط المحددة بمقتضى المادة 8 من القانون رقم 49.16.

فبالرجوع الى الفقرة الثالثة من المادة 8 من القانون رقم 49.16، فانه لا يلزم المكري بأداء أي تعويض للمكتري مقابل الإفراغ إذا قام المكتري بتغيير نشاط أصله التجاري دون موافقة المالك، ما عدا إذا عبر المكتري عن نيته في إرجاع الحالة إلى ما كانت عليه داخل الأجل الممنوح له، على أن يتم هذا الإرجاع، في جميع الأحوال، داخل أجل لا يتعدى ثلاثة أشهر.

المبحث الرابع : حق كراء المحل المؤجر من الباطن

حدد القانون رقم 49.16 شروط ممارسة المكتري لحق كرائه المحل المؤجر من الباطن (المطلب الأول)، كما أنه رتب التزامات عن ذلك لفائدة المكري (المطلب الثاني).

المطلب الأول : شروط ممارسة حق كراء المحل المؤجر من الباطن

«تعتبر التولية الكراء بمثابة العقد الذي بموجبه يعمد المكتري الأصلي على اكراء ما اكتراه من المكتري إلى طرف ثالث يسمى المكتري الفرعي مقابل كراء معين، و تمكن التولية من إبرام عقد كراء فرعي أو من الباطن يربط المكتري الفرعي و المكتري الأصلي من جهة، و عقد الكراء الأصلي الرابط

بين هذا الأخير و المكري» [77].

وخلافا لمقتضيات الفصل 22 من ظهير 24 ماي 1955، والذي كان يمنع تولية الكراء إلا إذا تضمن عقد الكراء شرطا مخالفا أو وافق رب الملك على التولية، جائت المادة 24 من القانون 49.16 لتقرير العكس و اعتبار بأنه يجوز للمكتري أن يؤجر للغير المحل المكترى كلا أو بعضا، ما لم ينص العقد على خلاف ذلك.

فمحكمة الاستئناف التجارية بالدار البيضاء، كانت قد اعتبرت بأن «الفصل 22 من ظهير 24 ماي 1955 يمنع تولية الكراء إلا إذا تضمن عقد الكراء شرطا مخالفا أو وافق رب الملك على التولية.

لكن حيث يتبين بالرجوع لوثائق الملف وخاصة الوصل المستدل به أن العلاقة الكرائية تربط بين المستأنفة والمستأنف عليه.

وحيث إن تسجيل شركة حمد يحمد الممثلة من طرف المكتري المذكور بالسجل التجاري واتخاذها المحل المكرى مقرا لها لا يضفي عليها صفة مكترية في غياب إثبات وجود عقد كراء من الباطن بينها وبين المكري الأصلي.

وحيث إنه أمام انعدام أي عقد لإثبات التولية يبقى السبب المبني عليه الإنذار مؤسسا ويتعين لذلك رد الاستئناف لعدم ارتكازه على أساس وتأييد الحكم المستأنف». [78]

وطبقا لمقتضيات المادة 24 من القانون 49.16، فالعلاقة بين المكري و المكتري الأصلي تبقى قائمة، كما أنه لا يكون لهذا الكراء أي أثر تجاه المكري إلا من تاريخ إخباره به، فقد اعتبرت محكمة النقض بأنه «لكن حيث إنه لئن

77 – عمر ازوكار، الانذار بالافراغ في ضوء ظهير الكراء التجاري و اخر المواقف القضائية، الطبعة الاولى 2015 مطبعة النجاح الجديدة ص294.

78 – قرار محكمة الاستئناف التجارية بالدار البيضاء.رقم : 5592/2013 صدر بتاريخ : 12/12/2013 رقمه بمحكمة الاستئناف التجارية3329/2013/15غير منشور.

كان عقد الكراء الأصلي يسمح للمكتري بأن يؤجر تحت يده فإن ذلك لا يكفي وحده لإعطاء المكتري الفرعي الحق في التمسك بالكراء الذي أبرمه مع المكتري الأصلي في مواجهة المكري ما لم يتبع ما يفرضه الفصل 22 من ظهير 24/5/55، وأن ما جاء في تعليل المحكمة من أن إثارة المتعرضة كونها مكترية من المكترية الأصلية المحكوم بإفراغها وليس من المالك تجعلها تقوم مقامها وتحل محلها فيبقى تمسكها بالعقد المحتج به عديم الأساس، يعتبر ردا كافيا عن دفوع الطاعنة المتعلقة بصفتها مكترية فرعية فجاء قرارها على النحو المذكور معللا بما يكفي لتبريره ومرتكزا على أساس قانوني وبالتالي كان استبعادها لعقد الكراء الفرعي المحتج به مؤسسا طالما انه لم يثبت لديها دعوة المكري للمشاركة في العقد المذكور على النحو المتطلب قانونا الأمر الذي يترتب عنه اعتبار الطاعنة التي تستمد حقها من المكترية الأصلية بمقتضى عقد لم ينفد في حق المكري تقوم مقام المكترية ويشملها بذلك حكم الإفراغ، فكان ما استدلت به الطاعنة عديم الأساس »[79]

وطبقا لمقتضيات المادة 24 من القانون 49.16 دائما، فعلى المكري الذي أخبر بالكراء من الباطن أن يشعر المكتري الفرعي بكل إجراء يعتزم القيام به تجاه المكتري الأصلي، تحت طائلة عدم مواجهته به، كما أنه لا يمكن للمكتري الفرعي التمسك بأي حق تجاه المكتري الأصلي.

المطلب الثاني : الالتزامات المترتبة لفائدة المكري

تتمثل الالتزامات المترتبة لفائدة المكري في تضامن المكتري الأصلي و الفرعي لفائدة المكري(الفقرة الأولى)، والنص على حق المكري في المطالبة بالإفراغ دون إلزامه بدفع التعويض في حالات محددة (الفقرة الثانية) و كذلك النص على حق المكري في مراجعة السومة الكرائية للمحل (الفقرة الثالثة).

79 – قرار محكمة النقض عدد : 1435 المؤرخ في : 12/11/2008 ملف تجاري عدد : 191/3/2/2008 غير منشور.

الفقرة الأولى : تضامن المكتري الأصلي و الفرعي لفائدة المكري

طبقا لمقتضيات المادة 24 من القانون 49.16 فانه لا يكون لهذا الكراء أي أثر تجاه المكري إلا من تاريخ إخباره به، كما يبقى المكتريان الأصلي والفرعي متضامنين تجاه المكري في جميع الالتزامات المنصوص عليها في عقد الكراء الأصلي.

الفقرة الثانية : حق المكري في المطالبة بالإفراغ دون إلزامه بدفع التعويض

إذا كانت المادة 24 من القانون 49.16، نصت على أنه يجوز للمكتري أن يؤجر للغير المحل المكترى كلا أو بعضا، فانه و اذا كان العقد ينص على خلاف ذلك، فان المكري يكون محقا في طلب إفراغ المكتري مع إعفائه من دفع التعويض لهذا الأخير و ذلك تطبيقا لمقتضيات المادة 8 من القانون رقم 49.16 و التي نصت في فقرتها السادسة على أنه لا يلزم المكري بأداء أي تعويض للمكتري مقابل الإفراغ إذا عمد المكتري إلى كراء المحل من الباطن خلافا لعقد الكراء، وهذا ما كانت قد قررته محكمة النقض، حين اعتبرت بأنه «لكن حيث إن محكمة الاستيناف التي ثبت لها من خلال وثائق الملف أن الطالب يكتري من المطلوبين خمس محلات بمشاهرة قدرها 850 درهم. وان الانذار المبعوث له من طرفهم بني على سبب تولية بعض المحلات المكراة له للغير. ومن خلال محضر الاستجواب ملف عقود مختلفة عدد 2334/01 المؤرخ ب 20/9/01 والذي أفاد فيه السيد عبد القادر فيلالي أنه يقيم بالمحل موضوع النزاع قرب السطح قبالة الدرج على وجه الكراء منذ شهرين من المكري عبد الصمد الادريسي (الطالب) بسومة كرائية قدرها 400 درهم تؤدى بانتظام وانه يزاول بالمحل صنع المصابيح النحاسية ومن خلال جلسة البحث المأمور بها التي أفادت عدم موافقة رب الملك على التولية وباعتبار أن لمحضر المعاينة حجية يعمل بها ما لم يطعن فيه بالزور ومقتضيات الفصل 22

من ظهير 24/5/55 التي تمنع تولية كل أو بعض من الأماكن المكراة ما عدا إذا اشتمل العقد على شرط يخالف ما ذكر او وافق رب الملك على التولية. فإن المحكمة استخلصت من ذلك أن عقد الكراء يتعلق بعدة محلات وأن المكتري قام فعلا بتولية بعض المحلات المكراة للغير بدون موافقة المكرين. وبالتالي فإن التولية ثابتة في النازلة بغض النظر عن المحلات التي يقيم بها السيد مبتهج ادريس كشريك للطالب في إطار عقد شركة المبرم بينهما. فقضت بتأييد الحكم المستأنف فيما قضى به من افراغ الطالب من المحلات المكراة لثبوت التولية . مما تكون معه قد ركزت قرارها على اساس قانوني. وبما جاء في تعليلها وتعليل الحكم المؤيد في هذا الخصوص يعتبر كافيا مما تكون معه أسباب النقض على غير أساس.[80]

الفقرة الثالثة : حق المكري في مراجعة السومة الكرائية

أعطى القانون رقم 49.16 للمكري الحق في مراجعة السومة الكرائية إما اتفاقا أو قضاء إذا كانت قيمة الكراء من الباطن تفوق قيمة الكراء الأصلي.

وخلافا لمقتضيات المادة 5 من القانون رقم 49.16 و التي نصت فقرتها الاخيرة على انه تطبق على مراجعة الوجيبة الكرائية مقتضيات القانون رقم 07.03 المتعلق بمراجعة أثمان كراء المحلات المعدة للسكنى أو الاستعمال المهني أو التجاري أو الصناعي أو الحرفي، فانه و في حالة الكراء من الباطن فالمحكمة تراعي الفرق بين السومتين دون أن تتقيد بمقتضيات القانون رقم 07.03 المتعلق بمراجعة أثمان كراء المحلات المعدة للسكنى أو الاستعمال المهني أو التجاري أو الصناعي أو الحرفي.

المبحث الخامس : حق المكتري في تفويت الحق في الكراء

نصت المادة 25 من القانون رقم 49.16 على حق المكتري في تفويت

80 – قرار محكمة النقض عدد : 238 المؤرخ في : 1/3/2006 ملف تجاري عدد : 939/3/2/2005.

الحق في الكراء وحقه في تفويت الأصل التجاري برمته (المطلب الأول)،و شروط ممارسة حق تفويت الحق في الكراء (المطلب الثاني)، و كذلك حقوق المكري المترتبة عن ممارسة المكتري تفويت الحق في الكراء (المطلب الثالث).

المطلب الأول : تفويت الحق في الكراء و تفويت الأصل التجاري

نصت المادة 25 من القانون رقم 49.16 على أنه يحق للمكتري تفويت حق الكراء مع بقية عناصر الأصل التجاري أو مستقلا عنها دون ضرورة الحصول على موافقة المكري، وبالرغم من كل شرط مخالف.

و مفاد هذه المادة أنه تم الاعتراف قانونا بحق الكراء [81] كعنصر مستقل وقابل للتفويت دون باقي العناصر المكونة للأصل التجاري.

الفقرة الأولى : الحق في الكراء القابل للتفويت

بالرجوع الى المادة 4 من القانون رقم 49.16، فان الحق في الكراء القابل للتفويت هو الحق في الكراء المنصوص عليه في هذه المادة و الذي يترتب عن استفادة المكتري من تجديد العقد متى أثبت انتفاعه بالمحل بصفة مستمرة لمدة سنتين على الأقل وكذلك حالة اعفاء المكتري من شرط المدة إذا كان قد قدم مبلغا ماليا مقابل الحق في الكراء، كما أنه لا يحق تفويت الحق في الكراء و تفويت الأصل التجاري إلا من طرف مالكه دون الذي عهد إليه بإدارته و تسييره و لو كان مقيدا في السجل التجاري[82]، فقد قضت محكمة النقض بأنه «لكن حيث ان الثابت لدى المحكمة كما يتبين من تعليلات قرارها أن الأصل التجاري مملوك للمطلوب في النقض حوات أحمد.بمقتضى عقد

81 – للمزيد حول الحق في الكراء الرجوع الى :

- محمد الكشبور، الحق في الكراء عنصر في الاصل التجاري ، سلسلة الدراسات القانونية المعاصرة، العدد 2 ، مطبعة النجاح الجديدة ، الطبعة الاولى 1998.

82 – عمر ازوكار، الانذار بالافراغ في ضوء ظهير الكراء التجاري و اخر المواقف القضائية، الطبعة الاولى 2015 مطبعة النجاح الجديدة ص 470.

الشراء المؤرخ في 6/1/89 والذي يفيد شراءه لمجموع الأصل التجاري للمخبزة (الأميرة الصغيرة) وأن تنصيصات عقد الكراء المؤرخ في 25/4/94 صريحة في أن السغروشني مصطفى والشتواني عمر اكتريا المحل المخصص كمخبزة مجهزا بجميع التجهيزات الضرورية حسب الجرد المرفق بالعقد كما أشير في نفس العقد الى أن الأصل التجاري التابع للمحل يبقى ملكا خالصا للسيد حوات أحمد وأن بروتوكول الاتفاق المحرر في 20/10/95 الذي بمقتضاه انسحب الشتواني عمر من عقد الكراء وأصبح السغروشني وحده المكتري تدخل فيه حوات أحمد وقبل استمرار تنفيذ عقد الكراء بحيث يبقى السغروشني هو المشغل الوحيد للمحل مع جميع تكاليف وشروط عقد الكراء.بما فيها تلك التي تنص على أن الأدوات الأولية المستعملة في استغلال المخبزة موضوع الجرد الملحق بعقد الكراء تبقى في ملك حوات مالك المحل وحده، ولذلك فقد كانت المحكمة على صواب لما اعتبرت التقييد في السجل التجاري والذي يعتبر قرينة بسيطة تقبل إثبات العكس على أن المقيد به ليس هو المالك الفعلي والحقيقي للأصل التجاري خاصة أنه يعتمد في الغالب على مجرد تصريح يدلي به صاحب الشأن معارض بالعقد الكرائي الذي يجمع السغروشني بالمكري والذي يفيد أنه مجرد مكتر للأصل التجاري من مالكه حوات أحمد وبالتالي لا أثر له في مواجهة هذا الأخير والذي يبقى محقا في استرداده كما أن عقد الرهن الذي أنشأه المكتري المذكور على هذا الأصل لفائدة البنك لا محل له بسبب انعدام ملكيته له ولا ينفد في حق المالك الحقيقي الذي يبقى أجنبيا عن العقد ويجوز له التمسك بإبطاله ، مما يتبين منه أن المحكمة بما جاء في علل الحكم الابتدائي المؤيد من طرفها وما جاء في تعليلاتها والتي مضمنها أن إقامة السجل التجاري لفائدة المكتري دون مراعاة البند الوارد بعقد كراء الأصل التجاري المؤرخ في 25/4/94 يجعل هذا الإجراء باطلا، وأن الحجوز المقامة على سجل تجاري لا يملك صاحبه

الأصل التجاري وليس له حق التصرف فيه تكون عديمة الأثر وبالتالي فإن إجراءات الحجز المنصبة على الأصل التجاري المملوك للمطلوب في النقض حوات أحمد غير قائمة على أي أساس لكون السغروشني مصطفى لم يكن مالكا للأصل ولن يكون كذلك مادام أنه مكتر له فقط، تكون قد عللت قرارها بما يعتبر جوابا كافيا عن الدفوع المستدل بها أمامها ورفضا ضمنيا للدفع بصورية، عقد الكراء، مادام أن هذا الأخير الذي نص بوضوح على أن الأصل التجاري ملك خالص للمكري حوات أحمد أبرم قبل إنجاز عقد القرض والرهن لفائدة البنك، ومادام أن بروتوكول الاتفاق حسبما جاء في تعليل القرار عن صواب لا يشكل سوى استمرارية لكراء الأصل التجاري من طرف السغروشني مع جميع تكاليف وشروط عقد الكراء المحرر في 25/4/94 وكان ما استدل به الطاعن عديم الأساس.»[83]

و الاقرار بحق المكتري في تفويته لحقه في الكراء هو تقنين لما استقر عليه العمل القضائي بخصوص مقتضيات ظهير 1955، فقد اعتبرت محكمة النقض بأنه «لكن حيث ان المجلس الأعلى لما نقض القرار الاستئنافي علل ذلك بأنه << لما كان المشرع لم يحدد طريقة للإعلام بتفويت الأصل التجاري وأن المكتري واجه المالك بأن الأمر يتعلق بحقه في التصرف في الأصل التجاري، فإنه كان على المحكمة مناقشة النازلة في الإطار القانوني المناسب على ضوء تصريحات المكتري وما تم الإدلاء به من وثائق، وأنها لما رتبت عدم الإعلام بحوالة الحق اعتبار الأمر يتعلق بالتولية جعلت قرارها ناقص التعليل >> ومحكمة الإحالة بعد إبرازها لما تضمنه قرار المجلس الأعلى ناقشت القضية في إطارها القانوني الصحيح اعتمادا على تصريحات المكتري والوثائق المعروضة عليها وبذلك فإنها تقيدت بمقتضيات الفصل 369 من ق م م وأسست قرارها على أن تفويت الأصل التجاري حق خوله ظهير

83 – قرار محكمة النقض عدد: 527 المؤرخ في : 16/4/2008 ملف تجاري عدد : 617/3/2/2004،

24/5/55 للمكتري وأن حقوق المكري مضمونة سواء في مواجهة المكتري الأصلي أو المكتري الجديد الذي آل اليه الأصل التجاري بالبيع وبذلك فإنها استبعدت التولية وناقشت القضية في إطار تفويت الأصل التجاري فجاء قرارها معللا بما فيه الكفاية وما بالوسيلة على غير أساس.»[84]

وفي قرار اخر اعتبرت محكمة النقض بأن «المحكمة و التي تمسك الطالب أمامها بشراء الأصل التجاري من طرف ورثة المكتري المرحوم محمد غزاوي و حلوله محلهم في العلاقة الكرائية مع المطلوب في النقض و هو ما نفاه هذا الأخير عللت قرارها بما مضمنه أن الطالب لم يثبت وجوده بصفة مشروعة بالمحل المملوك للمطلوب في النقض عن طريق الاستدلال بعقد شراء الأصل التجاري من الورثة كما يدعي، و أن إدلاءه بلفيف و إشهادين لا يعتد بها في إثبات انتقال الحق في الكراء إليه باعتبارهما مجرد تصريحات لا ترقى إلى الحجة المعتبرة من ضمن وسائل الإثبات المقبولة في نازلة الحال» و هي بذلك تكون قد قدرت الوثائق المدلى بها من طرف الطاعن بما لها من سلطة في التقدير و اعتبرتها غير كافية في إثبات شراء الأصل التجاري و كذلك في إثبات العلاقة الكرائية و انعقادها بين الطرفين مادام أن الإشهادات لا تتضمن تلقي الشهود من الطرفين الطاعن و المطلوب في النقض اتفاقهما على إبرام عقد الكراء و جميع شروطه و هي بنهجها ذلك تكون قد جعلت قرارها معللا بما يعتبر جوابا كافيا عن الدفوع المستدل بها و رفضا ضمنيا لملتمس إجراء بحث و كان ما استدل به الطاعن على غير أساس.» [85]، كما أن محكمة الاستئناف التجارية بالدار البيضاء اعتبرت بأنه «وحيث ان مقتضيات الفصل 37 من ظهير 24/05/1955 تعطي الحق للمكتري الخاضع لأحكامه الحق في التخلي عن الحق في الكراء للغير أو بيع الأصل التجاري برمته ويعتبر

84 – قرار محكمة النقض عدد: 831 المؤرخ في : 18/7/2007 ملف تجاري عدد : 428/3/2/2007.

85 – قرار محكمة النقض عدد 709 المؤرخ في 2012–08–09 ملف تجاري عدد 110/3/2/2012.

كل شرط أو بند من شأنه منع المكتري المتوفرة فيه شروط الفصل الخامس من الظهير أعلاه من التخلي عن عقد الكراء لمن اقتنى منه أصله التجاري أو مؤسسته باطلا وكل ما يلزم به المكتري هو تبليغ حوالة الحق للمكري حتى تصير نافذة في حقه أو قبوله لها في محرر ثابت التاريخ عملا بالفصل 195 من ق.ل.ع. وفي النازلة الحالية فإن المستأنف عليه لئن بادر إلى التخلي عن الحق في الكراء لشركة كوكوم حسب الثابت من نسخة عقد الكراء المؤرخ في 08 أبريل 2010 وهو ما يسمح به عقد 16/04/1990 الذي تضمن منح المستأنف عليه الصلاحية التامة من أجل تفويت الحق التجاري دون أدنى تعرض، فإن العقد المبرم مع الشركة المذكورة تم فسخه بمقتضى عقد 6 أكتوبر 2010 واعتباره لاغيا وكأنه لم يكن مما لامجال للتمسك بعدم إخبار الملاك بانتقال الحق في الكراء إلى شركة كوكوم التي لم يبق لها وجود بعد فسخ العقد الذي كان يربطها بالمستأنف عليه الذي لازال مركزه القانوني تبعا لذلك كمكتري قائما، مما يتعين معه رد الاستئناف لعدم ارتكازه على أساس وتأييد الحكم المستأنف فيما قضى به لمصادفته الصواب.» [86]

الفقرة الثانية : تفويت الأصل التجاري

نصت المادة 25 من القانون رقم 49.16 على أنه يحق للمكتري تفويت حق الكراء مع بقية عناصر الأصل التجاري أو مستقلا.

و بالرجوع الى المادة 79 من مدونة التجارة، نجدها قد عرفت الأصل التجاري، بانه مال منقول معنوي يشمل جميع الأموال المنقولة المخصصة لممارسة نشاط تجاري أو عدة أنشطة تجارية، كما أن المادة 80 من مدونة التجارة دائما، نصت بأن الأصل التجاري يشتمل وجوبا على زبناء وسمعة تجارية، كما يشمل أيضا كل الأموال الأخرى الضرورية لاستغلال الأصل كالاسم

86 – قرار محكمة الاستئناف التجارية بالدار البيضاء.رقم : 2513/2013 صدر بتاريخ: 02/05/2013 رقمه بمحكمة الاستئناف التجارية3995/2012/15.

التجاري والشعار والحق في الكراء والأثاث التجاري والبضائع والمعدات والأدوات وبراءات الاختراع والرخص وعلامات الصنع والتجارة والخدمة والرسوم والنماذج الصناعية وبصفة عامة كل حقوق الملكية الصناعية أو الأدبية أو الفنية الملحقة بالأصل.

وقد اعتبرت محكمة النقض بأن "الحق في الكراء كعنصر من عناصر الأصل التجاري يمكن فصله عن الأصل التجاري إما بالتصرف فيه باستقلال أو مع عناصر معينة وهو ما يستفاد من مقتضيات الفصل 37 من ظهير 24/5/55 وكذا الفصل 668 ق ل ع والمادة 91 من مدونة التجارة، وهو على خلاف تولية الكراء حق مطلق للمكتري يمارسه في غيبة المكري بحيث لا يكون ملزما بموافقة هذا الأخير."[87]

المطلب الثاني : شروط ممارسة حق تفويت الحق في الكراء

نص القانون رقم 49.16 على الشروط المتعلقة بعقد التفويت (الفقرة الأولى)، كما أنه نص على وجوب إعلام المكري بهذا التفويت (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى : الشروط المتعلقة بعقد التفويت

طبقا لمقتضيات القانون رقم 49.16، فانه يتم **تفويت الحق في الكراء و تفويت الأصل التجاري** بعقد رسمي أو عرفي ثابت التاريخ يتضمن البيانات الواردة في المادة 81 من القانون رقم 95.15 المتعلق بمدونة التجارة، ويودع ثمن البيع لدى جهة مؤهلة قانونا للاحتفاظ بالودائع، ويجب أن يخضع العقد للإجراءات المنصوص عليها في المواد من 83 الى 89 من نفس القانون.

وبالرجوع الى المادة 81 من مدونة التجارة والتي نظمت بيع الأصل التجاري فقط دون بيع الحق في الكراء، فاننا نجدها تنص على أنه يتم بيع

87 – قرار محكمة النقض عدد: 579 المؤرخ في: 30/4/2008 ملف تجاري عدد: 1372/3/2/2006.

الأصل التجاري أو تفويته وكذا تقديمه حصة في شركة أو تخصيصه بالقسمة أو بالمزاد، بعقد رسمي أو عرفي. ويودع ثمن البيع لدى جهة مؤهلة قانونا للاحتفاظ بالودائع.

كم أنه يجب أن ينص العقد على :

1- اسم البائع وتاريخ عقد التفويت ونوعيته وثمنه مع تمييز ثمن العناصر المعنوية والبضائع والمعدات ؛

2- حالة تقييد الامتيازات والرهون المقامة على الأصل ؛

3- وعند الاقتضاء، الكراء وتاريخه ومدته ومبلغ الكراء الحالي واسم وعنوان المكري ؛

4- مصدر ملكية الأصل التجاري.

و بالرجوع الى المواد من من 83 الى 89 من مدونة التجارة والتي أحالت عليها المادة 25 من القانون 49.16، فاننا نجد بأن هذه المواد تنص على أنه بعد التسجيل، يجب إيداع نسخة من العقد الرسمي أو نظير من العقد العرفي لدى كتابة ضبط المحكمة التي يستغل في دائرتها الأصل التجاري أو المؤسسة الرئيسية للأصل، داخل أجل خمسة عشر يوما من تاريخه، إذا كان البيع يشمل فروعا ويقيد مستخرج من هذا العقد في السجل التجاري.

كما أنه وطبقا دائما لمقتضيات المادة 80 من مدونة التجارة، فانه يتضمن المستخرج تاريخ العقد والأسماء الشخصية والعائلية للمالك الجديد والمالك القديم وموطنهما وكذا نوع الأصل التجاري ومقره والثمن المحدد وبيان الفروع التي قد يشملها البيع ومقر كل منها وبيان أجل التعرضات المحددة في المادة 84 وكذا اختيار موطن في دائرة المحكمة، ويقوم كاتب الضبط بنشر المستخرج المقيد بالسجل التجاري بكامله وبدون أجل في الجريدة الرسمية وفي إحدى الجرائد المخول لها نشر الإعلانات القانونية على نفقة الأطراف، كما يجدد هذا النشر بسعي من المشتري بين اليوم الثامن والخامس عشر بعد النشر الأول.

وطبقا لمقتضيات المادة 84 من مدونة التجارة ، فانه يجوز لدائني البائع سواء كان الدين واجب الأداء أم لا، أن يتعرضوا داخل أجل أقصاه خمسة عشر يوما بعد النشر الثاني، على أداء ثمن البيع برسالة مضمونة مع الإشعار بالتوصل توجه إلى كتابة ضبط المحكمة التي تم إيداع العقد بها أو بإيداع التعرض بتلك الكتابة مقابل وصل، كما يجب أن يبين التعرض، تحت طائلة البطلان، مبلغ الدين وأسبابه والموطن المختار داخل دائرة المحكمة ولا يجوز للمكري، بالرغم من كل شرط مخالف، أن يتعرض من أجل استيفاء أكرية جارية أو مستحقة مستقبلا، كما أنه لا يمكن الاحتجاج بأي انتقال سواء كان رضائيا أو قضائيا لثمن البيع أو لجزء منه تجاه الدائنين الذين تعرضوا داخل الأجل المحدد بالفقرة الأولى من هذه المادة.

و يجوز للبائع عند وجود تعرض على أداء الثمن وفي كل الأحوال، وبعد انصرام أجل عشرة أيام على الأجل المحدد للتعرض، أن يطلب من قاضي المستعجلات الإذن بقبض الثمن رغم التعرض، شرط أن يودع لدى كتابة الضبط مبلغا كافيا يحدده قاضي المستعجلات لتغطية ما يحتمل من ديون عن هذا التعرض قد يعترف بها البائع أو يصدر حكم بثبوتها في ذمته، كما أنه تخصص المبالغ المودعة أساسا لضمان الديون التي وقع التعرض من أجل تأمينها. ويعطى لهذه الديون دون غيرها امتياز خاص على الإيداع من دون أن ينتج مع ذلك انتقال قضائي لصالح المتعرض أو المتعرضين المعنيين تجاه دائني البائع الآخرين الذين تعرضوا، إن وجدوا، وتبرأ ذمة المشتري ابتداء من تنفيذ الأمر الاستعجالي وتنتقل آثار التعرض إلى كتابة الضبط.

و طبقا للمواد المادة 87 و 88 و 89 من مدونة التجارة، فانه لا يمنح قاضي المستعجلات الإذن المطلوب إلا بعد تقديم المشتري المدخل في الدعوى تصريحا يسجل تحت مسؤوليته الشخصية بعدم وجود دائنين آخرين قدموا تعرضا غير الذين بوشرت المسطرة ضدهم ، ولا يبرئ تنفيذ الأمر الاستعجالي

ذمة المشتري تجاه الدائنين الذين تعرضوا قبل هذا الأمر، إن وجدوا.

و إذا كان التعرض بدون سند أو بدون سبب أو باطلا من حيث الشكل و لم تقم دعوى في الموضوع، جاز للبائع أن يطلب من قاضي المستعجلات الإذن بقبض ثمن البيع بالرغم من وجود التعرض.

و لا تبرأ ذمة المشتري تجاه الأغيار إذا دفع الثمن للبائع من دون أن يباشر النشر وفق الشكل المحدد أو قبل انصرام أجل خمسة عشر يوما أو من دون أن يراعي التقييدات والتعرضات.

الفقرة الثانية: وجوب إعلام المكري

نصت المادة 25 من القانون رقم 49.16 على أنه يتعين على كل من المفوت والمفوت له إشعار المكري بهذا التفويت، تحت طائلة عدم سريان آثاره عليه، كما أن هذه المادة رتبت أثارا لعدم إشعار المكري، هذه الآثار التي تتمثل في:

أولا : عدم مواجهة المكري بهذا التفويت إلا اعتبارا من تاريخ تبليغه إليه.

اشترطت المادة 25 من القانون رقم 49.16، إعلام المكري بحوالة الحق وذلك تحت طائلة عدم مواجهته بهذا التفويت.

فقد اعتبرت محكمة النقض بأنه «لكن حيث إنه لئن كانت مقتضيات الفصل 37 من ظهير 24/5/55 تمنح لمالك الأصل التجاري المنشأ على محل معد للتجارة حق التنازل عن حق الكراء للغير رغم أي شرط عقدي مخالف، ودون أن يملك مكري المحل حق المعارضة في نقل الحق الى المشتري، فإن هذا الانتقال لكي يسري في حق المالك يجب أن يتم سلوك المسطرة المنصوص عليها بمقتضى ظهير 7/5/32 المعدل للفصل الأول من ظهير 31/12/14، وأن محكمة الاستئناف لما ثبت لديها من مستندات الملف أن الطاعنين لم يسلكا المسطرة المنصوص عليها في ظهير 7/5/32 والذي لم تلغ مقتضياته

بموجب الفصل 733 من م ت والتي تقتضي وجوب تسجيل هذا التنازل وايداع هذا التسجيل داخل أجل 15 يوما لدى كتابة المحكمة الابتدائية التي يوجد بدائرتها الأصل التجاري موضوع التخلي على أن يقوم كاتب الضبط بنشر هذا التقييد بالجريدة الرسمية على نفقة المتعاقدين ورتبت على ذلك قضاءها بعدم الاحتجاج ضد المطلوبين في النقض بالتنازل الذي أبرمه المكتري السابق مادام لم يثبت وصول العلم اليهم بذلك بأية وسيلة من وسائل التبليغ الرسمية، وبالتالي اعتبار الإنذار بالإفراغ مبلغا تبليغا قانونيا وسليما الى المكتري القانوني المحكوم عليه بالإفراغ نتيجة تصحيح الإنذار المذكور تكون قد عللت قرارها بما يطابق الواقع والقانون و لم تخرق المقتضيات المحتج بها فكان ما بالوسيلتين عديم الأساس.[88]»

و على غرار ظهير 1955، فان المادة 25 من القانون رقم 49.16 لم تحدد شكلا معينا لاعلام المكري بتفويت الحق في الكراء و تفويت الاصل التجاري فقد اعتبرت محكمة النقض بأنه «وبخصوص ما نعته من خرق لمقتضيات الفصلين 195 و 196 ق ل ع فإنه لئن كانت حوالة الحق لا تنفذ تجاه المدين والغير إلا بتبليغ الحوالة تبليغا رسميا او قبوله لها في محرر ثابت التاريخ فإن الفصل 195 المذكور لم يحدد طريقة معينة للتبليغ الرسمي والذي لا تأثير له مادام تحويل الحق في الكراء قائما بإقرار الشركة المطلوبة في النقض والمحكمة التي تبين لها من وثائق الملف أن الطاعنة تقر بتوصلها بالاشعار بحوالة الحق في الكراء بتاريخ 21/7/03 وكذلك بمناسبة الاستئناف الذي تقدمت به شركة داف اندستري المطلوبة إذ أقرت الطاعنة بأن المستأنفة حولت حقها في الكراء لشركة أخرى وأن العلاقة الكرائية أصبحت مع هذه الأخيرة واستخلصت من مجمل ذلك أن الطاعنة أشعرت بحوالة الحق في

88 – قرار محكمة النقض محكمة النقض عدد: 782 الصادر بتاريخ 11/7/2007 في الملف تجاري عدد: 1199/3/2/2004.

الكراء تكون قد طبقت مقتضيات الفصل 195 تطبيقا سليما وجاء قرارها مرتكزا على أساس سليم والوسائل على غير أساس.»[89]

ثانيا : بقاء المكتري الأصلي مسؤولا تجاه المكري بخصوص الالتزامات السابقة.

اعتبرت المادة 25 من القانون رقم 49.16، بأنه من اثأر عدم تبليغ حوالة الحق للمكري بقاء المكتري الأصلي مسؤولا تجاه المكري بخصوص الالتزامات السابقة.

و هذا الاثر يعتبر نتيجة طبيعية لعدم إعلام المكري و هذا ما كانت استقرت عليه محكمة النقض إبان التطبيقات القضائية لمقتضيات ظهير 1955، فقد اعتبرت محكمة النقض بأنه و «حيث ثبت صحة ما نعته الوسيلتان على المحكمة، ذلك أن الغاية من تطبيق مقتضيات الفصل 195 من ق ل ع هي علم المكري بالحوالة، أي بمن انتقل اليه حق الكراء وحتى لا يبقى هذا الغير مجهولا عند المكري لضمان نفاذ الحوالة في حق هذا الأخير والذي ليس له حق الاعتراض على نقل الحق الى المشتري، وأنه بالرجوع الى الرسالة الموجهة الى المطلوبة في النقض بواسطة البريد المضمون مع الاشعار بالتوصل بتاريخ 29/4/03 يتبين ان المكتري أشعرها بأنه عازم عن بيع الأصل التجاري للسيد محجار احمد (الطاعن) ومنحها أجل شهر واحد لتخبره بما إذا أرادت أن تشتريه، وبمرور الأجل سيكون حرا في بيع أصله التجاري >> وانه يتضح من خلال الإشعار المذكور أن المكتري قام بتبليغ رغبته للمالكة بتحويل الأصل التجاري للمسمى محجار أحمد، وأنها بلغت بهذا الإشعار بتاريخ 29/4/03 – وهو تاريخ سابق لتوجيه الإنذار بالإفراغ ولتوجيه الدعوى الحالية – وأنه بانصرام الأجل الممنوح لها تصرف المكتري برفاعي محمد في حقه طبقا لما يقتضيه القانون وتم تحرير عقد البيع بتاريخ 23/6/03 وبذلك

89 – قرار محكمة النقض عدد: 579 الصادر بتاريخ 30/4/2008 في الملف تجاري عدد: 1372/3/2/2006.

تحقق علم المكرية بانتقال الحق في الكراء للطاعن محجار أحمد، الأمر الذي تم تأكيده بمقتضى المذكرة المدلى بها بتاريخ 21/12/04 بمناسبة هذه الدعوى، وأن المحكمة لما لم تأخذ بعين الاعتبار الاشعار المذكور بعلة أن المطلوبة في النقض لا علم لها بانتقال الحق من المكتري برفاعي محمد الى المشتري منه الطاعن محجار أحمد ورتبت على ذلك قضاءها باعتبار بقائه بالمحل المكترى استنادا لعقد تفويت لم تطبق بشأنه مقتضيات الفصلين 195 و 196 من ق ل ع غير مستند الى أي أساس قانوني تكون قد أساءت تطبيق الفصل 195 المشار إليه وعرضت بذلك قرار محكمة النقض ها للنقض[90].

المطلب الثالث : حقوق المكري المترتبة عن ممارسة المكتري تفويت الحق في الكراء

رتب القانون رقم 49.16 عن ممارسة المكتري لتفويت الحق في الكراء حقوقا لفائدة المكري، هذه الحقوق و التي تتمثل في مكنة ممارسة المكري لحق الأفضلية (الفقرة الأولى)، وكذلك إمكانية طلب المكري الإفراغ دون دفعه للتعويض في حالات محددة (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى : ممارسة المكري لحق الأفضلية

يمكن للمكري أن يمارس حق الأفضلية، وذلك باسترجاع المحل المكترى مقابل عرضه لمجموع المبالغ المدفوعة من طرف المشتري أو إيداعه لها، عند الاقتضاء، وذلك داخل أجل ثلاثين يوما من تاريخ تبليغه، وإلا سقط حقه.

الفقرة الثانية : إمكانية طلب المكري للإفراغ دون دفعه للتعويض

لا يحول هذا التفويت دون ممارسة المكري لحقه في المطالبة بالإفراغ في حالة تحقق شروط مقتضيات المادة الثامنة من هذا القانون، كما لا يحول دون مواصلة الدعاوى المثارة، طبقا لهذا القانون، والتي كانت جارية قبل تاريخ التفويت.

90 – قرار محكمة النقض عدد : 203 الصادر بتاريخ 21/2/07 في الملف تجاري عدد : 585/3/2/2006.

و بالرجوع الى مقتضيات المادة 8 من القانون رقم 49.16، فإننا نجدها تنص على أنه لا يلزم المكري بأداء أي تعويض للمكتري مقابل الإفراغ في الحالات الآتية :

إذا لم يؤد المكتري الوجيبة الكرائية داخل أجل خمسة عشر يوما من تاريخ توصله بالإنذار، وكان مجموع ما بذمته على الأقل ثلاثة أشهر من الكراء؛ وقد اعتبرت محكمة النقض بأنه « لكن حيث ان محكمة الاستئناف عللت قرار محكمة النقض هابما مضمنه << أن الرسالة المؤرخة في 12/6/2001 تضمنت فقط رغبة الطاعنة في التفويت ولا تتضمن اشعارا بالتفويت الفعلي..>> والمحكمة من خلال هذا التعليل الذي لم يكن محل مناقشة من طرف الطاعنة قد تحققت من مسألة الاشعار بحوالة الحق واعتبرته لا يشكل اشعارا قانونيا بمفهوم الفصل 195 ق ل ع بل تضمن مجرد اشعار برغبة الطاعنة في تفويت أصلها التجاري، كما اتضح لها بالمقارنة بين تاريخ تفويت الأصل التجاري لشركة مودة خدمات وبين تاريخ التوصل بالإنذار وتاريخ تقديم دعوى المصادقة عليه ان التفويت تم بعد توجيه الانذار وإقامة الدعوى وبأنه انصب على حق منازع فيه وانتهت المحكمة الى أن صفة الطاعنة لازالت قائمة وقضت عليها بالأداء والإفراغ فجاء قرار محكمة النقض على هذا النحو معللا ومركزا على أساس وكان ما بالوسيلة غير جدير بالاعتبار.[91]»

2- إذا أحدث المكتري تغييرا بالمحل دون موافقة المكري بشكل يضر بالبناية ويؤثر على سلامة البناء أو يرفع من تحملاته، ما عدا إذا عبر المكتري عن نيته في إرجاع الحالة إلى ما كانت عليه داخل الأجل الممنوح له في الإنذار، على أن تتم الأشغال من أجل ذلك، في جميع الأحوال، داخل أجل لا يتعدى ثلاثة أشهر؛

3- إذا قام المكتري بتغيير نشاط أصله التجاري دون موافقة المالك، ما

91 – قرار محكمة النقض عدد: 1141 المؤرخ في : 17/9/08 ملف تجاري عدد : 805/3/2/2006.

عدا إذا عبر المكتري عن نيته في إرجاع الحالة إلى ما كانت عليه داخل الأجل الممنوح له، على أن يتم هذا الارجاع، في جميع الأحوال، داخل أجل لا يتعدى ثلاثة أشهر؛

4- إذا كان المحل آيلا للسقوط، ما لم يثبت المكتري مسؤولية المكري في عدم القيام بأعمال الصيانة الملزم بها اتفاقا أو قانونا رغم إنذاره بذلك؛

5- إذا هلك المحل موضوع الكراء بفعل المكتري أو بسبب قوة قاهرة أو حادث فجائي؛

6- إذا عمد المكتري إلى كراء المحل من الباطن خلافا لعقد الكراء؛

7- إذا فقد الأصل التجاري عنصر الزبناء والسمعة التجارية بإغلاق المحل لمدة سنتين على الأقل، وقد اعتبرت محكمة النقض بأنه و«خلافا لما يعيبه الطاعنان، فإن محكمة الاستئناف مصدرة القرار المطعون فيه لما اثير أمامها الدفع بكون الحكم الابتدائي المستأنف خالف مقتضيات المادتين 79 و 80 من مدونة التجارة، والفصل 1 من ظهير 24/5/1955 باعتبار أن الأصل التجاري يجب أن يشمل وجوبا على الزبناء والسمعة التجارية وكون المحل بقي مغلقا لمدة طويلة ولا يشغل فيه أي أصل تجاري ردته عن صواب بما ورد في تعليلها << لئن كان الفصل 1 من ظهير 24/5/1955 يقتضي أن مقتضيات الظهير تجد مجال تطبيقها على عقود كراء المحلات التي يستغل فيها أصل تجاري وأن المحل المدعى فيه بعد اغلاقه فقد عناصره المنصوص عليها في المادتين 79 و 80 من مدونة التجارة إلا أنه وان تم اغلاق المحل لمدة طويلة نتج عنها تبديد بعد عناصره إلا أنه بقي قطعا الحق في الكراء وهو عنصر يمكن التصرف فيه بافراد ... كما يمكن التصرف فيه بمعية عناصر معينة من الأصل التجاري.. >> فجاء قرارها غير خارق للمقتضيات المحتج بها وما بالوسيلة غير وارد على القرار»[92].

92 – قرار محكمة النقض عدد: 1241 الصادر بتاريخ 8/10/2008 في الملف تجاري عدد : 499/3/2/2008.

الباب الثالث :
المنازعات القضائية

الفصل الأول : الإنذار وفقا للقانون رقم 49.16

نظمت المادة 26 من القانون رقم 49.16 شكليات الإنذار(المبحث الأول) كما أنها نصت على كيفية و طرق تبليغه (المبحث الثاني).

المبحث الأول : شكليات الإنذار

نص القانون رقم 49.16 على وجوب تسبيب الإنذار(المطلب الأول)، كما أنه عمل على تحديد أجلين مختلفين (المطلب الثاني) و مدة صلاحية لهذا الإنذار (المطلب الثالث).

المطلب الأول : تسبيب الإنذار

نصت المادة 26 من القانون رقم رقم 49.16، على أنه يجب على المكري الذي يرغب في وضع حد للعلاقة الكرائية، أن يوجه للمكتري إنذارا، يتضمن وجوبا السبب الذي يعتمده، غير أنه و اذا كان وجوب تسبيب الانذار استقر عليه العمل خلال تطبيق مقتضيات ظهير 1955 (الفقرة الاولى)، فان الغاية من وجوب تسبيب الانذار تختلف عما هو عليه في القانون رقم 49.16 (الفقرة الثانية).

الفقرة الاولى : الغاية من تسبيب الانذار في ظهير 1955

استقرت محكمة النقض على أن الغاية من تسبيب الانذار في ظهير 24/5/55 هو تبرير حرمان المكتري من التعويض كليا أو جزئيا وليس تبرير الافراغ او رفض تجديد العقد، فقد اعتبرت محكمة النقض بأنه «لكن لما كان الفصل 10 من ظهير 24/5/55 ينص على أنه << يحق للمكري رفض تجديد

العقدة إلا أنه اذا استعمل هذا الحق فيكون عليه أن يؤدي للمكتري المطلوب منه الإفراغ تعويضا عن هذا الافراغ يعادل ما لحقه من ضرر عن عدم تجديد العقدة .. >> ولما كان التسبيب في ظهير 24/5/55 هو تبرير حرمان المكتري من التعويض كليا أو جزئيا وليس تبرير الافراغ او رفض تجديد العقد»[93]، كما أنه وفي قرار أخر اعتبرت بأنه «لكن حيث انه لما ثبت لقضاة الموضوع تشبت الطرف المكري برغبته في عدم تجديد العقد رتبوا عن صواب الجزاء المتمثل في منح المكتري التعويض الكامل، ذلك أن عدم صحة السبب المعتمد عليه في الإنذار لا يؤدي إلى بطلانه وإنما الى منح التعويض في إطار الفصل 10 من ظهير 24/5/1955 مادامت الغاية من التسبيب ليس تبرير الإفراغ أو رفض تجديد العقد وإنما هو حرمان المكتري من التعويض، وتبنوا علل الحكم الابتدائي الذي قضى بالتعويض بعلة رغبة المالك في انهاء عقد الكراء بدون سبب وبالتالي أحقية المكتري في التعويض الكامل، وبذلك تكون قد عللت قرارها بما يكفي و لم تخرق أي مقتضى قانوني وما بالوسيلتين على غير أساس.» [94]

وفي قرار اخر اعتبرت محكمة النقض بأنه «لكن حيث ان عدم صحة السبب لا يؤدي الى بطلان الانذار مادام يحق للمكري رفض تجديد العقد مقابل أدائه للمكتري تعويضا يعادل ما لحقه من ضرر، على اعتبار أن الغاية من تسبيب الإنذار هي حرمان المكتري من التعويض الكلي أو الجزئي والقرار أقام قضاءه بخصوص هذه النقطة على << أن الحكم الابتدائي كان مصادفا للصواب فيما قضى به من عدم صحة السبب... وكان في محله عندما طبق مقتضيات الفصل العاشر >> وبذلك فقد تبنى علل الحكم الابتدائي المعلل بما يلي << حيث انه من حق المكري ان يطالب بفسخ العقد طبقا للفصل 10

93 – قرار محكمة النقض عدد: 1492 الصادر بتاريخ 19/11/2008 في الملف تجاري عدد : 512/3/2/2005.

94 – قرار محكمة النقض عدد: 854 الصادر بتاريخ 11/6/08 في الملف تجاري عدد : 84/3/2/2008.

من ظهير 24/5/55 شريطة أن يعوض مالك الأصل التجاري >> وبخصوص التناقض في تصريحات المطلوب الذي اعتمدته الوسيلة فإنه يتمثل في نفي اكراء المحل لمزاولة النشاط المزاول به، والمحكمة لما اعتبرت بأن السبب غير صحيح تكون قد استبعدت ضمنا الأخذ بتصريحات المكري المتناقضة كما أن المحكمة بعدم قبولها لدعوى الزور الفرعي تكون قد استجابت لدفوع الطالب الهادفة الى عدم صحة هذا الادعاء، والمحكمة بما لها من سلطة في الأخذ بالخبرة التي أمرت بإجرائها قد ارتأت اعتماد معدل الخبرتين واعتبرت أن مبلغ 000 90 درهم تعويضا ملائما، وبذلك فالقرار معلل بما فيه الكفاية، و لم يخرق أي قاعدة مسطرية، وما بالوسيلتين على غير أساس.[95]»

الفقرة الثانية : الغاية من تسبيب الإنذار في القانون رقم49.16

خلافا لمقتضيات ظهير 1955، فانه و طبقا لمقتضيات المادة 27 من القانون رقم 49.16، فعدم صحة السبب المبني عليه الإنذار لا يرتب الا نتيجة واحدة و هي رفض الطلب و ليس إمكانية التعويض، وذلك بخلاف ما استقر عليه عمل محكمة النقض في العديد من قراراتها.

فقد نصت الفقرة الأولى من المادة 27 من القانون رقم 49.16 على أنه «إذا تبين للجهة القضائية المختصة صحة السبب المبني عليه الإنذار، قضت وفق طلب المكري الرامي إلى المصادقة على الإنذار وإفراغ المكتري، وإلا قضت برفض الطلب».

المطلب الثاني : اجل الإنذار

نصت المادة 26 من القانون رقم 49.16 على أجلين مختلفين وذلك حسب السبب المعتمد في الإنذار بالإفراغ، ذلك أن هذا الأجل حدد في 15 يوما في حالات محددة (أولا) و في ثلاثة أشهر في حالات أخرى(ثانيا).

95 – قرار محكمة النقض عدد : 208 الصادر بتاريخ 20/2/2008 في الملف تجاري عدد : 491/3/2/2004.

أولا : أجل خمسة عشر يوما.

حددت المادة 26 من القانون رقم 49.16 أجل 15 يوما في حالتين وهما:

1- حالة الإفراغ لعدم أداء واجبات الكراء

2- حالة الإفراغ لكون المحل آيلا للسقوط.

ثانيا : أجل ثلاثة أشهر.

حددت المادة 26 من القانون رقم 49.16 أجلا محددا في ثلاثة أشهر في الحالات التالية :

1 – الرغبة في استرجاع المحل للاستعمال الشخصي.

2- الإفراغ لهدم المحل وإعادة بنائه.

3- الإفراغ لتوسعة المحل أو تعليته.

4- الإفراغ بسبب وجود سبب جدي يرجع لإخلال المكتري ببنود العقد.

المطلب الثالث : مدة صلاحية الإنذار

خلافا لمقتضيات ظهير 1955 نصت المادة 26 من القانون رقم 49.16 على أن حق المكري يسقط في طلب المصادقة على الإنذار بمرور ستة أشهر من تاريخ انتهاء الأجل الممنوح للمكتري في الإنذار، غير أنه يجوز للمكري رفع دعوى المصادقة بناء على إنذار جديد يوجه وفق نفس الشروط المنصوص عليها في هذه المادة.

فظهير 1955 كان قد حدد أجلا عاما لسقوط الدعاوى فقد اعتبرت محكمة لنقض بأنه « بمقتضى الفصل 33 من ظهير 24/5/1955 فإن جميع الدعاوى التي تقام عملا بهذا الظهير تسقط بمرور سنتين اثنتين، وأنه لما كانت المطلوبة قد تقدمت بدعوى الفصل 32 من الظهير داخل الأجل القانوني وطالبت بالتعويض وأن محكمة الدرجة الأولى استجابت لطلبها وصرحت ببطلان الانذار الموجه اليها من الطاعنة، فإن القرار الاستنافي

الصادر بمناسبة استئناف الحكم القاضي ببطلان الانذار من قبل الطاعنة بتاريخ 14/10/2002 في الملف التجاري عدد 1147/2001 والذي قضى بالغاء الحكم المستأنف وتصدى بأن قضى بصحة الانذار الموجه للمطلوبة فإن ذلك لا يعفي هذه الأخيرة من تقديم دعوى التعويض داخل الأجل القانوني المنصوص عليه في ظهير 24/5/1955 باعتبار أن محكمة الفصل 32 منه هي محكمة استثنائية، ومحكمة الاستئناف التجارية مصدرة القرار المطعون فيه التي أيدت الحكم الابتدائي فيما قضى به من أحقية المطلوبة في التعويض المطالب به خارج الأجل واعتبرت أن القرار الاستنافي الصادر في الملف عدد 1147/2001 بتاريخ 14/10/2002 قد أقر أحقيتها في التعويض لا سند له فجاء قرارها خارقا للمقتضيات المنصوص عليها في الفصلين 32 و 33 من ظهير 24/5/1955 ومعرضا للنقض.»[96]، غير أن التطبيقات القضائية للفصل 33 من ظهير 1955 كانت قد عرفت تضاربا حول شمول هذا الاجل لجميع الدعاوى أو انطباقه على الدعاوى المقدمة من طرف المكتري أو المكري[97].

المبحث الثاني : تبليغ الإنذار

حسم القانون رقم 49.16 في المسائل الخلافية المتعلقة بطرق تبليغ الإنذار(المطلب الأول)، غير أنه نص على مقتضيات خطيرة تتعلق بالتوصل به، ذلك أننا أصبحنا أمام مفهوم جديد و هو المتمثل في العبرة بتحرير المحضر الإخباري (المطلب الثاني).

96 – قرار محكمة النقض عدد : 543 الصادر بتاريخ 23/4/2008 في الملف تجاري عدد : 863/3/2/2007 .

97 – جاء في تعليلات قرار محكمة النقض عدد: 1235 الصادر بتاريخ 12/12/2007 في الملف تجاري عدد: 267/3/2/2005 « لكن حيث يتجلى من تعليلات القرار المطعون فيه أن محكمة الإحالة تقيدت بالنقطة القانونية التي بت فيها المجلس الأعلى والذي اعتبر أن التقادم المنصوص عليه في الفصل 33 من ظ 55 لا ينطبق إلا على منازعات المكتري التي ينظمها الظهير المذكور ولا يمتد الى المكري الذي لا يسقط حقه في إقامة دعوى الافراغ في نطاق القواعد العامة فقضت عن صواب برد الدفع بالتقادم المتمسك به من طرف الطاعن وأنها لما بتت في النازلة على النحو المذكور وفقا لما حدده المجلس الأعلى تكون قد بنت قرارها على تعليل سليم ومطابق للقانون و لم تخرق المقتضيات المحتج بها وكان ما استدل به الطاعن عديم الأساس».

المطلب الأول : طرق تبليغ الإنذار

نصت المادة 34 من القانون رقم 49.16 على أنه يجب أن تتم الإنذارات والإشعارات وغيرها من الإجراءات، المنجزة في إطار هذا القانون، بواسطة مفوض قضائي أو طبق الإجراءات المنصوص عليها في قانون المسطرة المدنية.

والتنصيص على امكانية التبليغ بواسطة المفوض القضائي، جاء لوضع حد للتضارب الذي عرفه العمل القضائي بخصوص مدى صحة تبليغ الانذار في اطار ظهير 1955 بواسطة المفوضين القضائيين.

فبالرجوع الى بعض الاحكام والقرارات، نجدها قد اعتبرت بأنه «ثبت من الرجوع إلى الفقرة الثالثة من المادة 15 من القانون رقم 81.03 لسنة 2003 المتعلق بتنظيم مهنة المفوضين القضائيين، أنها تخول للمفوض القضائي تبليغ الإنذارات بطلب المعني بالأمر مباشرة ما لم ينص القانون على طريقة أخرى للتبليغ، ومادام أن الفقرة الأخيرة من الفصل السادس من ظهير 24/05/1955 أوجبت توجيه الإنذار بالإفراغ، إما طبقا للكيفيات المنصوص عليها في الفصول 36 و37 و38 و39 من قانون المسطرة المدنية، وإما بواسطة رسالة مضمونة مع الإعلام، فإنها تكون بذلك قد نصت على طريقة معينة للتبليغ، وبذلك يكون دفع المدعى عليه بخصوص مخالفة التبليغ الذي تم به الإنذار موضوع الدعوى دفعا جديرا بالمناقشة، ويشكل منازعة جدية تقتضي التصريح بعدم الاختصاص وبتحميل المدعي الصائر»[98]. وفي قرار أخر اعتبرت محكمة النقض بأنه «حيث إن الثابت من أوراق الملف خاصة محضر تبليغ الإنذار بالإفراغ أن مهمة تبليغ هذا الأخير أسندت إلى العون القضائي من المعني بالأمر في إطار القانون رقم 41/80 الصادر بتاريخ 25/12/80 الذي أوكل للأعوان القضائيين صلاحية بتبليغ الإنذارات بطلب من المعني بالأمر مباشرة ولن تكليف المشرع العون القضائي بتبليغ

98 – الامر الاستعجالي عدد 246 الصادر عن المحكمة التجارية بمراكش بتاريخ 21/04/2009.

الإنذار يقتضي بالضرورة تكليفه بإعداد الصورة المادية لذلك التبليغ والذي يتجلى في المحضر المنجز من طرفه والذي يشهد على التبليغ وهو يقوم مقام شهادة التسليم التي تستعمل لإجراء التبليغ الذي يتم عن طريق المحكمة، وانه بالاطلاع على محضر التبليغ يتبين أن العون أشار إلى كونه انتقل إلى عنوان المحل المكتري وخاطب المبلغ اليه شخصيا آيت الحاج محمد الذي وجده بعنوانه المذكور وصرح له بصفته المعني بالتبليغ شخصيا ورف التوقيع والإدلاء ببطاقته الوطنية وان البيانات المضمنة بمحضر التبليغ جاءت منسجمة مع مقتضيات الفصل 39 من ق م م وأن المحكمة لما اعتبرت ان إجراءات تبليغ الإنذار غير قانونية اعتمادا على العلة المنتقدة المشار إليها في الوسيلة لم تجعل لقضائها أساسا من القانون فعرضت بذلك قرار محكمة النقض ها للنقض.[99]»، كما أنها اعتبرت بانه « حقا حيث أن المادة 15 من القانون رقم 81.03 المنظم لمهنة المفوضين القضائيين منحت اختصاص القيام بعمليات التبليغ للمفوض القضائي والمادة 18 من القانون المذكور حددت الطريقة التي يتبعها في التبليغات، وذلك بوجوب انجازها في ثلاثة أصول، والقرار لما اعتبر لصحة عملية التبليغ، انجاز شهادة التسليم باعتبارها هي المعتبرة لصحته ومحضر العون القضائي ليس كافيا للقول بثبوت تبليغ الانذار، رغم إشارة المفوض المبلغ إلى البيانات الضرورية التي ضمنها به، لم يركز قضاءه على أساس قانوني سليم مما يتعين معه نقضه.» [100]

وفي قرار لمحكمة النقض اعتبرت فيه بان «الثابت من الوثائق المعروضة على قضاة الموضوع أن المفوض القضائي في إطار المهمة الموكول إليه للقيام بتبليغ الإنذار للمطلوب في النقض أنجز محضرا بناء على طلب الطاعنة ذيله بتوقيعه والذي ضمنه انتقاله بتاريخ 28/12/06 الى الدكان الكائن بشارع

99 – قرار محكمة النقض عدد : 796 الصادر بتاريخ : 02/06/2011 في الملف تجاري عدد: 1033/3/2/2010.

100 – قرار محكمة النقض عدد: 967 الصادر بتاريخ : 04/08/2011 في الملف تجاري عدد: 1706/3/2/2010.

الحسن الوزاني رقم 99 آسفي حيث وجد المعني بالأمر شخصيا الذي رفض التوصل بالإشعار والذي تضمن نص الإنذار بالإفراغ الموجه الى المكتري في إطار ظهير 24/5/55 مع تذكيره بمقتضيات الفصل 27، وأن المحكمة لما أسست قرارها على عدم إرفاق الطاعنة مقالها بأصل الإشعار وبشهادة التسليم واستبعدت المحضر الذي تم إعداده من طرف المفوض القضائي في إطار المادة 15 من قانون 03/81 المتعلق بتنظيم مهنة المفوضين القضائيين بعلة انه غير كاف والحال أن تكليف المشرع للمفوض القضائي بتبليغ الإنذارات يقتضي بالضرورة تكليفه بمهمة إعداد الصورة المادية لذلك التبليغ وهو المحضر المنجز الذي يقوم مقام شهادة التسليم وهي بنهجها ذلك لم تجعل لقضائها أساسا من القانون مما يستوجب نقض القرار.»[101]، وفي قرار اخر اعتبرت محكمة النقض بانه «حيث إن الثابت من الوثائق المعروضة على قضاة الموضوع أن المفوض القضائي في إطار المهمة الموكولة إليه بناء على أمر رئاسي صادر بتاريخ 2008-02-14 تحت عدد 555 للقيام بتبليغ الإنذار الموجه للمطلوب في النقض في إطار ظهير 1955-05-24 أنجز محضرا و المأخوذ من ملف التبليغ ذيله بتوقيعه الذي ضمنه انتقاله بتاريخ 2008-04-02 إلى عنوان المبلغ إليه حيث وجد المسمى عزيز برير الذي أدلى له ببطاقته الوطنية و رفض الحيازة و التوقيع بشهادة التسليم و المحكمة لما استبعدت المحضر المذكور بعله أنه لا يقوم مقام شهادة التسليم و الحال أن المحضر المنجز من طرف جهة رسمية موكول لها عملية التبليغ و الذي يتضمن كافة البيانات التي تعرف بالجهة التي قامت بالتبليغ و بالشخص الذي وجده المفوض القضائي بعنوان المبلغ إليه و الرافض لحيازة الطي و التوقيع على شهادة التسليم يقوم مقام هذه الأخيرة و لا يمكن الطعن فيه إلا بالزور، تكون قد بنت قرارها على تعليل

101. قرار محكمة النقض عدد: 426 الصادر بتاريخ 19/4/2012 في الملف تجاري عدد: 504/3/2/2011.

غير سليم مما يعرضه للنقض.» [102]، كما أن محكمة النقض قضت بأنه من «الثابت من أوراق الملف خاصة محضر تبليغ الإنذار بالإفراغ أن مهمة تبليغ هذا الأخير أسندت إلى العون القضائي من المعني بالأمر في إطار القانون رقم 41/80 الصادر بتاريخ 25/12/80 الذي أوكل للأعوان القضائيين صلاحية بتبليغ الإنذارات بطلب من المعني بالأمر مباشرة ولن تكليف المشرع العون القضائي بتبليغ الإنذار يقتضي بالضرورة تكليفه بإعداد الصورة المادية لذلك التبليغ والذي يتجلى في المحضر المنجز من طرفه والذي يشهد على التبليغ وهو يقوم مقام شهادة التسليم التي تستعمل لإجراء التبليغ الذي يتم عن طريق المحكمة، وانه بالاطلاع على محضر التبليغ يتبين أن العون أشار إلى كونه انتقل إلى عنوان المحل المكتري وخاطب المبلغ اليه شخصيا آيت الحاج محمد الذي وجده بعنوانه المذكور وصرح له بصفته المعني بالتبليغ شخصيا ورف التوقيع والإدلاء ببطاقته الوطنية وان البيانات المضمنة بمحضر التبليغ جاءت منسجمة مع مقتضيات الفصل 39 من ق م م وأن المحكمة لما اعتبرت ان إجراءات تبليغ الإنذار غير قانونية اعتمادا على العلة المنتقدة المشار إليها في الوسيلة لم تجعل لقضائها أساسا من القانون فعرضت بذلك قرار محكمة النقض ها للنقض.[103]»

و بالرجوع الى المادة 15 من القانون رقم 81.03 لسنة 2003 المتعلق بتنظيم مهنة المفوضين القضائيين[104]، فاننا نجدها تنص على أنه يختص المفوض القضائي بصفته هاته بالقيام بعمليات التبليغ وبإجراءات تنفيذ الأوامر والأحكام والقرارات وكذا كل العقود والسندات التي لها قوة

102.xقرار محكمة النقض عدد: 675 الصادر بتاريخ 21/06/2012 في الملف تجاري عدد 1228/3/2/2011.

103 – قرار محكمة النقض عدد : 796 الصادر بتاريخ 02/06/2011 في الملف تجاري عدد: 1033/3/2/2010 .

104 – انظر القانون رقم 81.03 بتنظيم مهنة المفوضين القضائيين، الصادر الأمر بتنفيذه بمقتضى الظهير الشريف رقم 1.06.23 بتاريخ 15 محرم 1427 (14 فبراير 2006)، الجريدة الرسمية عدد 5400 بتاريخ فاتح صفر 1427 (2 مارس 2006)، ص 59. ويسري مفعول هذا القانون بعد ثلاثة اشهر من نشره بالجريدة الرسمية، وتنسخ بموجبه مقتضيات القانون رقم 41.80 بإحداث هيئة للأعوان القضائيين وتنظيمها.

تنفيذية، مع الرجوع إلى القضاء عند وجود أي صعوبة، وذلك باستثناء إجراءات التنفيذ المتعلقة بإفراغ المحلات والبيوعات العقارية وبيع السفن والطائرات والأصول التجارية.

كما يتكلف المفوض القضائي بتسليم استدعاءات التقاضي ضمن الشروط المقررة في قانون المسطرة المدنية[105] وغيرها من القوانين الخاصة، وكذا استدعاءات الحضور المنصوص عليها في قانون المسطرة الجنائية[106]، ويمكن له أن يقوم باستيفاء المبالغ المحكوم بها أو المستحقة بمقتضى سند تنفيذي وإن اقتضى الحال البيع بالمزاد العلني للمنقولات المادية.

و يقوم المفوض القضائي بتبليغ الإنذارات بطلب من المعني بالأمر مباشرة ما لم ينص القانون على طريقة أخرى للتبليغ، وينتدب المفوض القضائي من لدن القضاء للقيام بمعاينات مادية محضة مجردة من كل رأي، ويمكن له أيضا القيام بمعاينات من نفس النوع مباشرة بطلب ممن يعنيه الأمر.

و للقيام بمهمة التبليغ يمكن للمفوض القضائي أن ينيب عنه تحت مسؤوليته كاتبا محلفا أو أكثر للقيام بعمليات التبليغ فقط، غير أنه وطبقا لمقتضيات المادة 44 من القانون رقم 81.03 المتعلق بتنظيم مهنة المفوضين القضائيين، فانه يجب على المفوض القضائي تحت طائلة البطلان :

– أن يوقع أصول التبليغات المعهود إلى الكتاب المحلفين بإنجازها.

– أن يؤشر على البيانات التي يسجلها الكتاب المحلفون في الأصول المذكورة.

و قد أثار تبليغ الإنذار بالإفراغ بواسطة كاتب المفوض القضائي اشكالات

105 – الظهير الشريف بمثابة قانون رقم 1.74.447 بتاريخ 11 رمضان 1394 (28 شتنبر 1974) بالمصادقة على نص قانون المسطرة المدنية؛ الجريدة الرسمية عدد 3230 مكرر، بتاريخ 13 رمضان 1394 (30 شتنبر 1974)، ص 2741؛ كما تم تغييره وتتميمه.

106 – القانون رقم 22.01 المتعلق بالمسطرة الجنائية، الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.02.255 بتاريخ 25 من رجب 1423 (3 أكتوبر 2002)؛ الجريدة الرسمية عدد 5078 بتاريخ 27 ذي القعدة 1423 (30 يناير 2003)، ص 315؛ كما تم تغييره وتتميمه.

كبرى في اطار القانون 41.80 الذي كان ينظم مهنة الاعوان القضائيين، فقد اعتبرت محكمة النقض في قرار لها بانه «بالرجوع الى مقتضيات الظهير المؤرخ في 10/9/93 المتمم والمغير للقانون رقم 41–80 بتاريخ 25/12/80 المتعلق بإحداث هيئة الأعوان القضائيين وتنظيمها خاصة الفقرة الرابعة من الفصل الثاني يتبين أن المشرع حصر اختصاص كاتب العون القضائي في القيام بعمليات التبليغ اللازمة للتحقيق في القضايا وتسليم استدعاءات التقاضي واستدعاءات الحضور، كما نص الفصل 21 الفقرة الثانية منه على أنه يجوز للأعوان القضائيين أن ينيبوا عنهم في القيام بالأعمال المحددة في الفقرة الأخيرة من الفصل الثاني << أي عمليات التبليغ اللازمة للتحقيق في القضايا وتسليم الاستدعاءات لواحد أو أكثر من الكتاب >> الأمر الذي يتبين منه أن المشرع قد حدد لكاتب العون القضائي اختصاصه على سبيل الحصر، وأن المحكمة لما ثبت لديها ان الأمر في النازلة يتعلق بمهمة تبليغ الإنذار بالإفراغ والتي اسندت الى العون القضائي بمقتضى أمر السيد رئيس المحكمة في إطار الفصل 148 من ق م م اعتبرت عن صواب أن تبليغ الانذار يدخل ضمن اختصاصاته المنصوص عليها في الفقرة الأولى من الفصل الثاني يتكلف بالقيام بها شخصيا باعتبارها تدخل ضمن الإجراءات المتطلبة في تنفيذ الأوامر والأحكام والقرارات الموكول للأعوان القضائيين تنفيذها شخصيا وأن القيام بالإجراء المذكور بواسطة كاتب العون القضائي يجعل الانذار غير منتج لأي أثر قانوني باعتباره يخرج عن نطاق اختصاصه وهي بنهجها ذلك تكون قد عللت قرارها بما يعتبر ردا كافيا عن الوسائل المستدل بها أمامها وركزته على أساس قانوني و لم تخرق في ذلك المقتضيات المحتج بها فكان ما استدل به الطاعن عديم الأساس.» [107]

غير أن محكمة النقض تراجعت عن هذا التوجه، و اعتبرت لاحقا بان

107 – قرار محكمة النقض عدد : 978 الصادر بتاريخ 2/7/08 في الملف تجاري عدد : 1491/3/2/2004.

التبليغ المنجز من طرف كاتب المفوض القضائي صحيحا و قانونيا و يقوم محضر التبليغ المنجز من طرف المؤهل قانونا لتحريره مقام شهادة التسليم و يعتبر حجة رسمية لا يمكن الطعن فيه إلا بالزور[108]، ذلك أنها قضت بان «المرحلة الابتدائية بجلسة 2010–02–24 أنه لم ينازع في توصله بالإنذار و إنما دفع بأنه يتعلق بإنذار لدعوى سبق البت فيها بحكم قضائي، و بالمقابل في مقاله الاستئنافي نفى أساسا توصله به و بسط بعد ذلك باقي دفوعه المنصبة على مدى قانونية محضر التبليغ و أن نفيه التوصل بالإنذار يفنده محضر التبليغ الذي يعتبر حجة رسمية منتجة لأثرها القانوني طالما أنه أنجز من طرف من أهله القانون لذلك و لم يطعن فيه بمقبول و لا ينتقص منه أن التبليغ قام به كاتب المفوض القضائي مادام أن المادة 15 من ظهير 206–02–14 المتعلق بتنفيذ القانون رقم 81–03 بتنظيم مهنة المفوضين القضائيين في فقرته الأخيرة منح المفوض القضائي إمكانية أن ينيب عنه و تحت مسؤوليته كاتبا محلفا للقيام بعمليات التبليغ فقط. و محكمة الاستئناف لما أبطلت محضر تبليغ الإنذار معتبرة أنه في غياب شهادة التسليم لا ينهض حجة على توصل المطلوب به و الحال أنه لم يطعن فيه بالطرق القانونية لم تجعل قرارها مرتكزا على أساس و عرضته للنقض.» [109]

أما فيما يتعلق بالاجراءات المنصوص عليها في قانون المسطرة المدنية و المتعلقة بالتبليغ تتحدد خصوصا في الفصول 37و38و39 من ق م م حسبما تم تعديلها، هاته الفصول التي تنص على أنه يوجه الاستدعاء بواسطة أحد أعوان كتابة الضبط، أو أحد الأعوان القضائيين[110] أو عن طريق البريد برسالة

108 – عمر ازوكار، الانذار بالافراغ في ضوء ظهير الكراء التجاري و اخر المواقف القضائية ، الطبعة الاولى 2015 مطبعة النجاح الجديدة ص 147 .

109 – قرار محكمة النقض عدد 741 الصادر بتاريخ 08/2012/16 في الملف تجاري رقم 350/3/2/2012.

110 – انظر القانون رقم 81.03 بتنظيم مهنة المفوضين القضائيين، الصادر الأمر بتنفيذه بمقتضى الظهير الشريف رقم 1.06.23 بتاريخ 15 محرم 1427 (14 فبراير 2006)، الجريدة الرسمية عدد 5400 بتاريخ فاتح صفر 1427 (2 مارس 2006)، ص 59. ويسري مفعول هذا القانون بعد ثلاثة اشهر من نشره بالجريدة الرسمية، وتنسخ بموجبه مقتضيات القانون رقم 41.80 بإحداث هيئة للأعوان القضائيين وتنظيمها.

مضمونة مع الإشعار بالتوصل أو بالطريقة الإدارية[111]، وإذا كان المرسل إليه يقيم خارج المغرب، يوجه الاستدعاء بواسطة السلم الإداري على الطريقة الدبلوماسية أو بواسطة البريد المضمون، عدا إذا كانت مقتضيات الاتفاقيات الدولية تقضي بغير ذلك[112].

كما أن الفصلين 38 و39 من ق م م ينصان على أنه يسلم الاستدعاء والوثائق إلى الشخص نفسه أو في موطنه أو في محل عمله أو في أي مكان آخر يوجد فيه ويعتبر محل الإقامة موطنا بالنسبة لمن لا موطن له بالمغرب.

ويجوز أن يتم التسليم في الموطن المختار[113]، و يجب أن يسلم الاستدعاء في غلاف مختوم لا يحمل إلا الاسم الشخصي والعائلي وعنوان سكنى الطرف وتاريخ التبليغ متبوعا بتوقيع العون وطابع المحكمة.

كما ترفق بالاستدعاء شهادة يبين فيها من سلم له الاستدعاء وفي أي تاريخ ويجب أن توقع هذه الشهادة من الطرف أو من الشخص الذي تسلمها في موطنه. وإذا عجز من تسلم الاستدعاء عن التوقيع أو رفضه أشار إلى ذلك العون أو السلطة المكلفة بالتبليغ ويوقع العون أو السلطة على هذه الشهادة في جميع الأحوال ويرسلها إلى كتابة ضبط المحكمة.

أما إذا تعذر على المكلف بالتبليغ أو السلطة الإدارية تسليم الاستدعاء لعدم العثور على الطرف أو على أي شخص في موطنه أو محل إقامته ألصق

111 – تم تغيير وتتميم وتعويض الفقرة الأولى من الفصل 37 أعلاه بموجب القانون رقم 72.03 الصادر الأمر بتنفيذه ظهير شريف رقم 1.04.23 بتاريخ 12 من ذي الحجة 1424 (3 فبراير 2004)؛ الجريدة الرسمية عدد 5184 بتاريخ 14 من ذي الحجة 1424(5 فبراير 2004)، ص 453.

112 – تم تعديل الفقرة الأخيرة من الفصل 37 أعلاه بموجب القانون رقم 33.11 القاضي بتعديل الفصول 32 و37 و38 و39 و63 و431 من قانون المسطرة المدنية، الصادر بتنفيذه ظهير شريف رقم 1.11.153 بتاريخ 16 من رمضان 1432 (17 أغسطس 2011)؛ الجريدة الرسمية عدد 5975 بتاريخ 6 شوال1432 (5 سبتمبر2011)، ص 4389.

113 – تم تعديل الفصل 38 أعلاه بموجب القانون رقم 33.11، الصادر بالجريدة الرسمية عدد 5975 بتاريخ 6 شوال1432 (5 سبتمبر 2011)، ص 4389؛ إلا أن هذا التعديل شمل الفقرة الأولى فقط دون باقي الفقرات كما بين ذلك استدراك الخطأ المادي الصادر بالجريدة الرسمية عدد 6099 بتاريخ 27 ذو الحجة 1433 (12 نوفمبر 2012)، ص 5844.

في الحين إشعارا بذلك في موضع ظاهر بمكان التبليغ وأشار إلى ذلك في الشهادة التي ترجع إلى كتابة ضبط المحكمة المعنية بالأمر[114].

توجه حينئذ كتابة الضبط الاستدعاء بالبريد المضمون مع الإشعار بالتوصل.

إذا رفض الطرف أو الشخص الذي له الصفة، تسلم الاستدعاء أشير إلى ذلك في الشهادة.

يعتبر الاستدعاء مسلما تسليما صحيحا في اليوم العاشر الموالي للرفض الصادر من الطرف أو الشخص الذي له الصفة في تسلم الاستدعاء.

يمكن للقاضي من ناحية أخرى تبعا للظروف تمديد الآجال المذكورة أعلاه والأمر بتجديد الاستدعاء.

يعين القاضي في الأحوال التي يكون فيها موطن أو محل إقامة الطرف غير معروف عونا من كتابة الضبط بصفته قيما يبلغ إليه الاستدعاء.

يبحث هذا القيم عن الطرف بمساعدة النيابة العامة والسلطات الإدارية ويقدم كل المستندات والمعلومات المفيدة للدفاع عنه دون أن يكون الحكم الصادر نتيجة القيام بهذه الإجراءات حضوريا.

إذا عرف فيما بعد موطن أو محل إقامة الطرف الذي كان يجهل موطنه فإن القيم يخبر بذلك القاضي الذي عينه ويخطر الطرف برسالة مضمونة عن حالة المسطرة وتنتهي نيابته عنه بمجرد القيام بذلك.

المطلب الثاني : العبرة بتحرير المحضر

تضمنت المادة 26 من القانون رقم 49.16 مقتضيات خطيرة ومتناقضة تهم القواعد الأساسية للتقاضي.

فالفقرة الأولى من هذه المادة نصت على أنه يجب على المكري الذي

114 – تم تعديل الفقرة الثانية من الفصل 39 أعلاه بموجب القانون رقم 33.11، سالف الذكر.

يرغب في وضع حد للعلاقة الكرائية، أن يوجه للمكتري إنذارا، يتضمن وجوبا السبب الذي يعتمده، وأن يمنحه أجلا للإفراغ اعتبارا من تاريخ التوصل ، غير أن نفس المادة نصت على أنه إذا تعذر تبليغ الإنذار بالإفراغ لكون المحل مغلقا باستمرار، جاز للمكري إقامة دعوى المصادقة على الإنذار بعد مرور الأجل المحدد في الإنذار اعتبارا من تاريخ تحرير محضر بذلك.

ولعل ما تضمنته المادة 26 من القانون 49.16 يعتبر ضربا للحق في التواجهية و تراجعا على القواعد المستقر عليها قضاءا في هذا الباب.

فالمستقر عليه في عمل محكمة النقض أن العبرة بالتوصل بالإنذار و ليس الاكتفاء ببعثه، وهكذا قضت محكمة النقض في العديد من النوازل و اعتبرت بأنه « حيث تبت صحة ما عابه الطاعن على القرار ذلك أن عدم التوصل بالإنذار الموجه في إطار ظهير 24/5/55 يجعله غير منتج لأية آثار قانونية بخصوص ما علل به من أسباب ومحكمة الاستئناف التي أثبتت في تعليلها بكون الإنذار موضوع النزاع تم رفض التوصل به من طرف شخص لا صفة له في ذلك، ورتبت عن ذلك عدم قبول طلب الإفراغ لعدم احترامه لمقتضيات الفصل 6 من ظهير 24/5/55 بمرور ستة أشهر على تاريخ التوصل بالإنذار (الغير الحاصل في النازلة). »[115]

كما أنه و في قرارات أخرى ذهبت محكمة النقض أبعد من ذلك ، ذلك أنها اعتبرت بأن «المكري الراغب في انهاء العلاقة الكرائية هو الملزم بإثبات واقعة تبليغ المكتري بالإنذار وبان هذا الإنذار تضمن كل مانص عليه الفصل 6 اعلاه ومحكمة الاستئناف عندما عللت قرارها بما مضمنه << أنه بمقتضى ظهير 24/5/55 فإن المكري في حالة النزاع عليه اثبات أن المكتري فعلا توصل بصك الانذار المتضمن لكافة البيانات المنصوص عليها في الفصل 6 من هذا الظهير الذي يوجب أن يتوصل المكتري بصك الانذار وليس

115 – قرار محكمة النقض عدد : 1163 الصادر بتاريخ 28/11/2007 في الملف تجاري عدد : 952/3/2/2006.

بمجرد غلاف بريدي وأن توصل المكترية بهذا الظرف لا يفترض حتما أنه كان بداخله صك الإنذار بكامله كما ان الادلاء بنسخة منه لا يعتبر كافيا لإثبات أن المكترية شركة كازا مازوط توصلت فعلا بأصل هذه النسخة مما تكون معه المحكمة الابتدائية قد قلبت عبء الإثبات>> تكون قد طبقت مقتضيات الفصل 6 المشار اليه اعلاه تطبيقا سليما وكان ما بالوسيلة غير جدير بالاعتبار»[116]، كما أنها وفي قرار اخر اعتبرت محكمة الاستئناف التجارية بالدار البيضاء بأن «الإنذار بالإفراغ الذي يوجبه القانون كتعبير عن الإرادة بوضع حد لعقد الكراء في نطاق ظهير 24/05/1955 لا يكون له أي أثر في مواجهة المكتري إلا إذا بلغ إليه بوسائل التبليغ الواردة في الفصول 37، 38، 39 من ق.م.م أو برسالة مضمونة مع الإعلام بالتوصل طبقا لمقتضيات الفصل 6 من الظهير المذكور وفي النازلة فإن تبليغ الإنذار أنجز بواسطة البريد المضمون ويقع إثبات التوصل فعلا بصك الإنذار على عاتق المستأنف عليه عملا بالفصل 6 أعلاه الذي يوجب التوصل به وليس بمجرد ظرف بريدي لا يفترض حتما وجود الصك بداخله وأن إدلاءه بنص الإنذار لا يعتبر كافيا لإثبات توصل الطاعنة بنسخة منه خاصة ان المحكمة ومن خلال وجود نزاع بشأن ذلك تكون ملزمة بتأسيس قضائها على اليقين وليس الاحتمال وان المحكمة مصدرة الحكم لما اعتبرت توقيع الطاعنة على الإشعار بالبريد حجة على توصلها بصك الإنذار قد جانبت الصواب، وينبغي اعتبار الاستئناف في هذا الشق لارتكازه على اساس وإلغاء الحكم المستأنف فيما قضى به من تعويض وإفراغ والحكم من جديد برفض الطلب المتعلق بذلك وتأييده في الباقي مع تعديله بحصر المبلغ المحكوم به في 27500 درهما.»[117]

116 – قرار محكمة النقض عدد: 474 الصادر بتاريخ 25/4/2007 في الملف تجاري عدد : 1319/3/2/2004.

117 – قرار محكمة الاستئناف التجارية بالدار البيضاء.رقم : 910/2013 الصادر بتاريخ : 14/02/2013 الصادر في الملف عدد 3518/2012/15.

الفصل الثاني : دعوى المصادقة على الإنذار

عمل القانون رقم 49.16 على تحديد المحكمة المختصة للبت في دعوى المصادقة على الإنذار (المبحث الأول)، كما أنه عمل على تحديد نطاق اختصاص هذه المحكمة (المبحث الثاني).

المبحث الأول : المحكمة المختصة

حدد القانون رقم 49.16 الاختصاص النوعي (المطلب الأول) كما حدد الاختصاص الولائي انطلاقا من السبب المعتمد في الإنذار بالإفراغ (المطلب الثاني).

المطلب الأول : الاختصاص النوعي

نصت **المادة** 35 من القانون رقم 49.16 على أنه تختص المحاكم التجارية بالنظر في النزاعات المتعلقة بتطبيق هذا القانون، غير أنه ينعقد الاختصاص للمحاكم الابتدائية طبقا للقانون المتعلق بالتنظيم القضائي للمملكة.

ولفهم الفقرة الثانية من المادة 35 بخصوص انعقاد الاختصاص للمحاكم الابتدائية طبقا للقانون المتعلق بالتنظيم القضائي للمملكة، يجب الرجوع إلى مشروع القانون المتعلق بالتنظيم القضائي للمملكة و الذي نص على عدة مبادئ بشان إحداث الأقسام المتخصصة في القضاء التجاري والأقسام المتخصصة في القضاء الإداري[118] ومن ذلك مايلي :

---

118 – وهذا ما هو واضح من خلال الاطلاع على هذه المواد من مشروع قانون التنظيم القضائي :
المادة 42 تشمل المحاكم الابتدائية
– المحاكم الابتدائية ذات الولاية العامة

–المحاكم الابتدائية ذات الولاية العامة المشتملة على أقسام متخصصة في القضاء التجاري وأقسام متخصصة في القضاء الإداري

–المحاكم الابتدائية المصنفة

يمكن أن يحدث في دائرة الاختصاص المحلي للمحكمة الابتدائية مركز قضائي أو عدة مراكز قضائية تابعة للمحكمة يحدد مقارها ودوائر اختصاصها بمرسوم بعد استطلاع رأي المجلس الأعلى للسلطة القضائية.

المادة 43

مع مراعاة مقتضيات المادة 47 أدناه تشمل المحكمة الابتدائية على قسم قضاء الأسرة كما يمكن أن تشمل حسب نوعية القضايا التي تختص بالنظر فيها على أقسام وغرف مدنية وزجرية وعقارية وتجارية واجتماعية وغرف قضاء القرب ويمكن تقسيم إلى غرف وتقسيم الغرف إلى هيئات.

يمكن أن يحدث بالمحكمة الابتدائية

قسم متخصص في القضاء التجاري يبت دون غيره في القضايا التجارية المسندة إلى المحاكم الابتدائية التجارية بموجب القانون وفي القضايا التجارية الأخرى التي تدخل في

اختصاص المحاكم الابتدائية :

–قسم متخصص في القضاء الإداري يبث دون غيره في القضايا الإدارية المسندة إلى المحاكم الابتدائية الإدارية بموجب القانون.

تحدث الأقسام المتخصصة في القضايا التجاري والأقسام المتخصصة في القضايا الإداري بالمحاكم الابتدائية المعنية بمرشوم بعد استطلاع رأي المجلس الأعلى للسلطة القضائية يحدد مقارها ودوائر اختصاصها المحلي.

يمكن تقسيم كل قسم من الأقسام المذكورة إلى غرف بحسب طبيعة القضايا المعروضة عليه ويمكن لكل غرفة أن تبث في كل القضايا المعروضة على القسم المتخصص.

المادة 44

يرأس كل قسم بالمحكمة الابتدائية ويسهر على تسيره قاض ويرأس كل غرفة أو هيئة بالمحكمة قاض يعينون ونوابهم طبقا للكيفيات المنصوص عليها في الفصل الثاني من الباب الثاني من القسم الأول من هذا القانون.

يمكن لكل غرفة أن تبحث وتحكم في كل القضايا المعروضة على المحكمة كيفما كان نوعها باستثناء ما يتعلق بقسم قضاء الأسرة والقسم المتخصص في القضاء التجاري والقسم المتخصص في القضايا الإداري وغرف قضاء القرب .

إذا تبين لهيئة حكم أن القضية يرجع النظر فيها إلى جهة أخرى بالمحكمة فإنها ترفع يدها عنها بأمر ولائي وتيلها إلى رئيس المحكمة الذي يتولى هو أو نائبها حالة ملف القضية فورا إلى الجهة المعنية.

المادة 47

يمكن تصنيف المحاكم الابتدائية حسب نوعية القضايا التي تختص بالنظر فيها إلى محاكم ابتدائية مدنية ومحاكم ابتدائية اجتماعية ومحاكم ابتدائية زجرية.

يمكن عند الاقتضاء إحداث هذه المحاكم في حدود التصنيف المذكور باختصاصات محددة .تحدث المحاكم الابتدائية المصنفة بمرسوم بعد استطلاع رأي المجلس الأعلى للسلطة القضائية يحدد مقارها ودوائر اختصاصها المحلي.

المادة 48

يمكن تقسيم المحاكم الابتدائية المدنية إلى أقسام وغرف مدنية وغرف تجارية وغرف عقارية وغرف قضاء القرب ويمكن أن يحدث بها قسم متخصص في القضاء التجاري وقسم متخصص في القضاء الإداري طبقا لمقتضيات هذا القانون.

1- الأصل هو اختصاص المحاكم المتخصصة للبت في كل من القضايا التجارية والقضايا الإدارية.

لقد نظم مشروع قانون التنظيم القضائي كلا من المحاكم التجارية ومحاكم الاستئناف التجارية وكذا المحاكم الإدارية ومحاكم الاستئناف الإدارية وذلك

يمكن تقسيم المحاكم الابتدائية الاجتماعية إلى قسم قضاء الأسرة وغرف حوادث الشغل والأمراض المهنية وغرف نزاعات الشغل.

يمكن تقسيم المحاكم الابتدائية الزجرية إلى أقسام وغرف جنحية وغرف قضايا السير على الطرقات وغرف الأحداث وغرف التحقيق وغرف قضاء القرب

يمكن لكل غرفة بالمحكمة المصنفة البث في كل القضايا المعروضة عليها في حدود اختصاصها باستثناء القضايا المتعلقة

- بغرف قضاء القرب أو بالقس المتخصص في القضاء التجاري والقسم المتخصص في القضايا الإداري بالنسبة للمحكمة الابتدائية المدنية

-بقسم قضاء الأسرة بالنسبة للمحكمة الابتدائية الاجتماعية

- بغرف قضاء القرب بالنسبة للمحكمة الابتدائية الزجرية

إذا تبين لهيئة حكم أن قضية يرجع النظر فيها إلى جهة أخرى بالمحكمة فإنها ترفع يدها عنها بأمر ولائي وتحليلها إلى رئيس المحكمة الذي يتولى هو أو نائبه إحالة ملف القضية فورا إلى الجهة المعنية.

المادة 59

يمكن تقسيم المحكمة الابتدائية التجارية إلى غرف وتقسيم هذه الغرف إلى هيئات حسب أنواع القضايا المعروضة عليها ويمكن لكل غرفة البت في كل القضايا المعروضة على المحكمة.

يرأس كل غرفة أو هيئة بالمحكمة الابتدائية التجارية قاض أو أكثر للتنفيذ وقاض للسجل التجاري وقاض منتدب أو أكثر في قضايا معالجة صعوبات المقاولة وأي قاض ينتدب لمهمة أخرى بالمحكمة طبقا للكيفيات المنصوص عليها في الفصل الثاني من الباب الثاني من القسم الأول من هذا القانون.

تعمل جميع غرف المحكمة الابتدائية التجارية تحت إشراف رئيس المحكمة.

المادة 60

مع مراعاة الاختصاصات المخولة لرئيس المحكمة بمقتضى القانون تعقد المحكمة الابتدائية التجارية جلساتها وتصدرا أحكامها في جلسة علنية وهي مكونة من ثلاثة قضاة من بينهم رئيس ما لم ينص القانون على خلاف ذلك وبمساعدة كاتب للضبط .

يعتبر حضور ممثل النيابة العامة في الجلسات اختياريا ما لم ينص مقتضى قانوني على خلاف ذلك ويكون حضوره إجباريا متى كانت طرفا أصليا.

الفرع الثاني

اختصاص المحاكم الابتدائية التجارية

المادة 61

تختص المحكمة الابتدائية التجارية ابتدائيا مع حفظ حق الاستئناف بالبت في القضايا المسندة إليها بمقتضى القانون مع مراعاة الاختصاصات المسندة إلى الأقسام المتخصصة في القضاء التجاري المحدثة بالمحكمة الابتدائية المنصوص عليها في المادة 43 أعلاه.

باعتبارها الجهة المتخصصة المختصة أصلا بالبت في القضايا المسندة إليها قانونا.

2- إمكانية إحداث أقسام متخصصة بالمحاكم الابتدائية ومحاكم الاستئناف للتغلب على مشاكل عدم تعميم المحاكم المتخصصة :

و لقد نص المشروع على إمكانية أن يحدث بالمحكمة الابتدائية :

– قسم متخصص في القضاء التجاري يبت دون غيره في القضايا التجارية المسندة إلى المحاكم التجارية بموجب القانون وفي القضايا التجارية الأخرى التي تدخل في اختصاص المحاكم الابتدائية

–قسم متخصص في القضاء الإداري يبت دون غيره في القضايا الإدارية المسندة إلى المحاكم الإدارية بموجب القانون.

كما نص المشروع على إمكانية أن يحدث بمحكمة الاستئناف

– قسم متخصص في القضاء التجاري يبت دون غيره في استئناف أحكام الأقسام التجارية المتخصصة بالمحاكم الابتدائية التابعة المحكمة الاستئناف وكذا الأحكام الصادرة في القضايا التجارية الأخرى التي تدخل في اختصاص المحاكم الابتدائية المذكورة.

– قسم متخصص في القضاء الإداري يبت دون غيره في استئناف أحكام أقسام القضاء الإداري المتخصصة بالمحاكم الابتدائية التابعة المحكمة الاستئناف.

وتحدث الأقسام المتخصصة في القضاء التجاري والأقسام المتخصصة في القضاء الإداري بمرسوم بعد استطلاع رأي المجلس الأعلى للسلطة القضائية يحدد مقارها ودوائر اختصاصها المحلي.

3- ضوابط المشروع لإحداث الأقسام المتخصصة

لقد ربط المشروع إحداث الأقسام المتخصصة بمجموعة من الضوابط والشروط منها.

–مراعاة تخصص القضاة عند تعيينهم في الأقسام المتخصصة

–اعتماد القضاء الجماعي في الأقسام المتخصصة في القضاء التجاري والأقسام المتخصصة في القضاء الإداري المحدثة بالمحاكم الابتدائية

–يختص القسم المتخصص في القضاء التجاري بالمحكمة الابتدائية دون غيره بالبث في القضايا التجارية المسندة للمحاكم التجارية .بمقتضى القانون وكذا القضايا التجارية الأخرى التي تدخل في اختصاص المحاكم الابتدائية.

– يمارس رئيس القسم المتخصص في القضاء التجاري أو من ينوب عنه الاختصاصات المخولة قانونا لرئيس المحكمة التجارية فيما له صلة باختصاصات باختصاصات هذا القسم.

–يختص القسم المتخصص في القضاء الإداري بالمحكمة الابتدائية دون غيره بالبث في القضايا الإدارية المسندة للمحاكم الإدارية.بمقتضى القانون.

ولقد جائت المادة 35 من القانون رقم 49.16 تكريسا للموقف القضائي الذي استقر عليه القضاء المغربي بخصوص اسناد الاختصاص للقضاء التجاري للنظر في المنازعات المتعلقة بالكراء التجاري، وذلك بعد طول تضارب بين عمل المحاكم في هذا الشأن وخصوصا مع بداية عمل المحاكم التجارية.

فمحكمة الاستئناف التجارية بفاس كانت تعتبر «ان عقد كراء المحل التجاري وان كان يتصف بصفة تجارية فهو لا يدخل ضمن العقود التجارية التي تولت مدونة التجارة تحديدها وتعريفها وبالتالي جعلت تطبيقها أمام المحاكم التجارية طبقا للمادة 736، وان سكوت المادة (20) من القانون المنظم للمحاكم التجارية عن إسناد الاختصاص في دعوى كراء المحل التجاري إلى رئيس المحكمة التجارية، وتصريح ظهير 24/05/55 لاعطاء هذا الاختصاص لرئيس المحكمة الابتدائية، وكذا الطابع المدني المعترف به تقليديا لعقد الكراء، وكذا الصفة التخصصية التي تتمتع بها المحاكم التجارية. كل ذلك يجعل المحاكم المدنية هي المختصة للنظر في الدعاوي المتعلقة بالاكرية

المدنية»[119] ،كما اعتبرت في قرار أخر بأن «المشرع بمقتضى قانون 53–95 لم ينزع الاختصاصات المخولة للسيد رئيس المحكمة الإبتدائية بمقتضى قوانين خاصة ومنها مقتضيات ظهير 24/5/1955 وان المشرع لم يلزم رئيس المحكمة بتحديد المحكمة المختصة بمنطوقه وإحالة الملف عليها، في حين اوجب ذلك على المحكمة التجارية المصدرة للحكم طبقا لمقتضيات المادة (8) من قانون إحداث المحاكم التجارية، كما ان النزاع المتعلق بالحق في الكراء الناشيء في نطاق التسيير الحر هو الذي تختص المحاكم التجارية بالنظر فيه دون غيره طبقا لمقتضيات الباب الخامس من م.ت[120].

غير أنه وبعد صدور قرارات متواترة عن محكمة النقض مسندة

119 – قرار محكمة الاستئناف التجارية بفاس رقم29 الصادر بتاريخ 19/8/1998 في الملف عدد 70/98.

120 – قرار محكمة الاستئناف التجارية بفاس رقم18 الصادر بتاريخ 04/01/1999 في الملف عدد 359/98، وقد جاء ضمن تعليلات هذا القرار مايلي : حيث يعيب المستانف على الامر المطعون فيه تصريحه بعدم اختصاص المحكمة للبث نوعيا في الطلب مع ان دعوى الصلح من صميم اختصاص المحاكم التجارية. على اعتبار ان الامر يتعلق بالافراغ من محل تجاري يتوفر صاحبه على محل تجاري ويمارس عمله فيه كتاجر واكتسب فيه الاصل التجاري فعلا. وكونه في جميع الاحوال لم يحدد بمنطوقه المحكمة المختصة.
وحيث انه ومن الرجوع للملف ومحتوياته تبين ان الطلب الحالي اقيم على اساس الانذار الذي توصل به المدعي المستانف في اطار ظهير 24/5/55.
والمشرع بالفصل 27 من نفس الظهير اوجب على المكتري الذي توصل بالانذار رفع النازلة الى رئيس المحكمة الابتدائية التي توجد في دائرة موطن المدعى عليهم حسب مقتضيات قانون المسطرة المدنية.
كما خول الفصل 30 من نفس الظهير لرئيس المحكمة صلاحية اتخاذ اجراءات التحقيق من مصالحة وبحث لحسم النزاع الحاصل بين الطرفين بعد موافقة المكري المبدئية على الصلح.
وحيث ان المشرع وان كان في المادة 20 من قانون احداث المحاكم التجارية اسند لرئيس المحكمة التجارية الاختصاصات التي كانت مسندة لرئيس المحكمة الابتدائية بموجب قانون المسطرة المدنية الا انه لم يسند اليه اختصاصات السيد الرئيس بمقتضى قوانين خاصة ومنها ظهير 24 /5/55والمحاكم التجارية محاكم مختصة ولا يمكن التوسع في الاختصاصات المخولة لها ودفع المستانف بان الامر يتعلق بافراغ اصل تجاري وبالتالي فالمحاكم التجارية مختصة للبث في النزاع دفع في غير محله لان الفقرة الخامسة من المادة الخامسة من قانون احداث المحاكم التجارية وان اسندت لهذه المحاكم البث في النزاعات المتعلقة بالاصول التجارية فانه لايمكن القول بان النزاع الحالي يدخل في زمرتها لتعلقه بمنازعة تهم الحق في الكراء والذي يعتبر من مشتملات الاصل التجاري والتي قد تؤدي المسطرة الى فقدانه على اعتبار ان النزاعات التي تختص بها المحاكم التجارية هي التي حددها الكتاب الثاني المتعلق بالاصول التجارية في قسمه الثاني بابوابه الخمسة. وان النزاع المتعلق بالحق في الكراء والذي تختص بالبث فيه المحاكم التجارية هو الناشيء في نطاق التسيير الحر الذي افردت له مدونة التجارة الباب الخامس دون ما عداه.

الاختصاص للمحاكم التجارية للنظر في منازعات الكراء التجاري [121] عدلت جميع المحاكم التجارية عن اتجاهها السابق [122]، ذلك أن محكمة النقض اعتبرت بأنه «لئن كان الفصل 27 من ظهير 24/5/1955 أعطى الاختصاص للنظر في الدعوى التي يتقدم بها المكتري للمنازعة في الأسباب التي يستند اليها المكري لمحكمة مكان تواجد العقار المدعى بشأنه فإن التجاء المطلوبة للمحكمة التجارية بمراكش لإقامة دعوى الفصل 32 من ظهير 24/5/1955 بعد أن صدر قرار عدم التصالح عن رئيس المحكمة الابتدائية بالصويرة كان أمام المحكمة المختصة نوعيا للبت في هذه الدعوى وان محكمة الاستئناف التجارية مصدرة القرار المطعون فيه لما ردت دفوع الطاعنين بالتعليل المشار اليه بالوسيلة لم تخرق المقتضيات المحتج بها وكان ما نعاه الطاعنون غير

121 – قرار محكمة النقض عدد 2248 الصادر في الملف عدد 227/2000 بتاريخ 14/11/2001.

122 – جاء في تعليل قرار محكمة الاستئناف التجارية بفاس رقم 234 الصادر بتاريخ 2008–02–11في الملف عدد 1533/2007 : حيث تعيب الطاعنتان على أن الحكم المطعون فيه اضر بمصالحهما للعلل و الأسباب المحددة أعلاه.
و حيث انه بالإطلاع على الإنذار الموجه من طرف المكرية شركة .... إلى شركة مكناس العالمية و المبلغ لهذه الأخيرة بتاريخ 23/4/97 يتبين انه مبني على تغيير استعمال المحل دون ترخيص و على كون المكترية توقفت عن شغل و استغلال المحلات الممنوحة على وجه الكراء لأن طرفا ثالثا قد تم إدخاله للمحل دون علم المكرية، فتقدمت على اثر ذلك بطلب الصلح انتهى بصدور أمر بفشل محاولة الصلح بلغ للمكترية التي تقدمت بدعوى الفصل 32 من ظهير 24 ماي 1955 أمام ابتدائية مكناس التي أصدرت حكما تحت رقم 655 بتاريخ 15/6/2001 في الملف رقم 98–2–977 قضى بإلغاء الدعوى على حالتها و تحميل رافعتها الصائر استأنفته شركة مكناس العالمية فأصدرت محكمة الاستئناف بمكناس قرارها عدد 2203 و تاريخ 7/7/04 في الملف رقم 9–02–3682 قضى بإلغاء الحكم المستأنف و الحكم تصديا بعدم اختصاص المحاكم العادية للبت في النزاع و تحميل كل مستأنف مصاريف استئنافه. و حيث إن كانت المنازعات حول الكراء التجاري من اختصاص المحاكم التجارية حسب المستقر عليه قضاء و منها القرار الصادر عن المجلس الأعلى تحت عدد 2248 في الملف التجاري عدد –227 2000 و تاريخ 14/11/2001 منشور بمجلة القصر عدد 2 ص 124 و مجلة المحاكم المغربية عدد 92 ص 104 فإن توجيه دعوى الفصل 32 من ظهير 24 ماي 1955 من طرف المستأنف عليها أمام المحكمة الابتدائية ثم أمام محكمة الاستئناف بمكناس بعد إحداث المحاكم التجارية يكون قد تم أمام جهة غير مختصة و هو ما ذهب إليه قرار محكمة الاستئناف بمكناس بدون إحالة على المحكمة التجارية و ذلك بخصوص دعوى المنازعة في الإنذار المقدمة من طرف المستأنف عليها و يكون بذلك تقاعسها عن إقامتها أمام الجهة المختصة و صدور القرار المذكور كعدم إقامتها لدعوى الفصل 32 من الظهير خاصة و أن أجل الفصل المذكور هو أجل سقوط لا أجل تقادم لا يقبل القطع أو الوقف و هو ما لم ينته إليه الحكم المطعون فيه مما يستوجب إلغاءه و الحكم من جديد بالمصادقة على الإنذار بالإفراغ و المبلغ للمستأنف عليها بتاريخ 23/4/97 و الحكم تبعا لذلك بإفراغها من المحل الكائن برقم 20 شارع الحسن الثاني مكناس هي و من يقوم مقامها. و حيث يتعين تحميل المستأنف عليها الصائر.

جدير بالاعتبار.» [123]

المطلب الثاني : الاختصاص بين قضاء الموضوع و القضاء المستعجل

نص القانون رقم 49.16 على أنه في حالة عدم استجابة المكتري للإنذار الموجه إليه، يحق للمكري اللجوء إلى الجهة القضائية المختصة للمصادقة على الإنذار ابتداء من تاريخ انتهاء الأجل المحدد فيه

وانطلاقا من الأسباب المعتمدة في الإنذار الرامي إلى الإفراغ، فالجهة القضائية المختصة للمصادقة على الإنذار تتسم بالازدواجية، فالمقصود بها القضاء المستعجل في حالات محددة (الفقرة الأولى)، كما أن المقصود بها قضاء الموضوع في حالات أخرى (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى : اختصاص قاضي المستعجلات

اسند القانون رقم 49.16 الاختصاص للقضاء المستعجل للمصادقة على الإنذار بالإفراغ في حالات محددة وهي :

حالة الإفراغ لكون المحل آيلا للسقوط :

و بالرجوع الى الفقرة الرابعة من المادة 8 من القانون رقم 49.16، فإننا نجده ينص على أنه لا يلزم المكري بأداء أي تعويض للمكتري مقابل الإفراغ في الحالات الآتية:

– إذا كان المحل آيلا للسقوط، ما لم يثبت المكتري مسؤولية المكري في عدم القيام بأعمال الصيانة الملزم بها اتفاقا أو قانونا رغم إنذاره بذلك.

– **الإفراغ لتوسعة المحل أو تعليته :**

ذلك أن المادة 16 من القانون رقم 49.16 نصت في فقرتها الأولى على أنه إذا اعتزم المالك توسيع أو تعلية البناية، وكان ذلك لا يتأتى إلا بإفراغ

123 – قرار محكمة النقض عدد: 179 الصادر بتاريخ 16/2/2012 في الملف تجاري عدد : 760/3/2/ 2011.