Mise en œuvre de garanties bancaires à première demande : exigence de notification préalable et respect des formalités contractuelles (Cass. com. 2023)

Identification			
Ref 33058	**Juridiction** Cour de cassation	**Pays/Ville** Maroc / Rabat	**N° de décision** 661/1
Date de décision 27/12/2023	**N° de dossier** 2021/1/3/1812	**Type de décision** Arrêt	**Chambre** Commerciale

Abstract	
Thème Garantie Autonome, Banque et établissements de crédit	**Mots clés** ضمانة لأول طلب, Respect des délais, Principe de l'autonomie, Preuve des formalités précontractuelles, Preuve de notification, Obligation conditionnelle, Notification préalable, Interprétation des clauses contractuelles, Garantie à première demande, Formalités substantielles, Exigences formelles, Conditions suspensives, Conditions de validité des garanties, Clause contractuelle, Autonomie des garanties à première demande
Base légale	**Source** Cabinet Bassamat & Associée

Résumé en français

La Cour de cassation, statuant sur un pourvoi relatif à la mise en jeu de garanties bancaires à première demande, a confirmé la décision d'appel rejetant la demande de mise en oeuvre des garanties en raison du non-respect par le bénéficiaire des conditions contractuelles préalablement établies.

Le litige portait sur deux garanties émises par une banque en faveur du bénéficiaire, destinées à assurer l'exécution d'obligations contractuelles souscrites par des entreprises tierces. Conformément aux clauses contractuelles, la mise en œuvre de ces garanties était conditionnée par l'obligation pour le bénéficiaire de notifier aux entreprises garantes les manquements allégués, et ce, au moins trente jours avant la réclamation, en y joignant les preuves nécessaires.

La Cour a rappelé que si les garanties bancaires à première demande constituent des engagements autonomes du garant, elles restent néanmoins régies par les conditions contractuelles convenues entre les parties. En l'espèce, elle a relevé que la demande d'activation des garanties formulée par le bénéficiaire ne respectait pas ces exigences, faute d'avoir adressé une notification préalable aux entreprises garantes et d'en avoir apporté la preuve dans les délais impartis.

S'appuyant sur les articles 230, 461 et 464 du Code des obligations et des contrats, la Cour a précisé que l'interprétation des clauses contractuelles devait se faire en cohérence avec leur structure et leur articulation interne. Elle a rejeté l'argument du bénéficiaire selon lequel certaines dispositions postérieures du contrat exonéraient le garant de toute vérification quant au respect des formalités de mise en jeu des garanties. La Cour a conclu que l'omission de notification préalable constituait un manquement substantiel aux conditions contractuelles, rendant ainsi la demande d'activation des

garanties irrégulière.

Dès lors, la Cour de cassation a rejeté le pourvoi, confirmant la décision d'appel qui avait considéré que le refus de mise en jeu des garanties par la banque était justifié et conforme aux engagements contractuels des parties.

Texte intégral

وبعد المداولة طبقا للقانون:

في شأن عدم القبول المثار من المطلوب (م. م):

حيث تمسك المطلوب بعدم قبول الطلب لكون المقر الاجتماعي الوارد بمقال النقض ليس المقر الحقيقي للطالب وان إخفاء الطالب للعنوان الحقيقي دليل على تقاضيه بسوء نية. ولكون التوقيع المذيل به مقال الطعن بالنقض لا يقرأ ولا يبين هوية موقعه ولكون وضع طابع الأستاذ عراقي حسيني نور الدين لا يقوم مقام التوقيع.

لكن، حيث ينص الفصل 354 من قانون المسطرة المدنية على انه « ترفع طلبات النقض ...بواسطة مقال مكتوب موقع عليه من طرف الد المدافعين المقبولين أمام محكمة النقض »، وبالرجوع إلى مقال الطعن بالنقض يلفى أنه جاء موقع عليه من طرف محام مقبول للترافع أمام محكمة النقض وهو الأستاذ عراقي حسيني نور الدين وهو ما توجبه مقتضيات الفصل الآنف ذكره، كما جاء متضمنا لنفس العنوان الذي تضمنه القرار المطعون فيه كعنوان للطالب، والمطلوب لم يثبت العنوان الجديد الذي انتقل إليه الطالب، وهو الملزم بإثبات ادعائه، مما يبقى معه تمسك الطالب الأنف ذكره وتمسكه بان الطالب يتقاضى بسوء نية غير مؤسس وتعين رده، وطالما استوفى الطلب باقي الشكليات المتطلبة قانونا فهو مقبول.

حيث يستفاد من أوراق الملف والقرار المطعون فيه، أن المطلوب (م. م)، تقدم بتاريخ 2015/04/03 بمقال للمحكمة التجارية بالدار البيضاء، عرض فيه أنه منح بتاريخ 2010/03/04 ضمانتين بنكيتين، الأولى قدم بموجبها كفالته لشركة (ج. إ.) س. ن. ص. ج. إ. إ. ب. ف **وشركة (س.)**، وهي ضمانة لأول طلب في حدود مبلغ أقصاه.35،555.072. 18 أورو، صالحة لمدة 90 يوما، ابتداء من تاريخ التوصل بتحويل السويفت الصادر عن بنك المدعى عليها، وتنقضي في جميع الأحوال بتاريخ 2014/04/30، والثانية كفل بموجبها المطلوبة الثالثة شركة **(ج. إ. إ)** « ٣. ن. س » **وشركة (س.)**، وهي أيضا ضمانة لأول طلب في حدود مبلغ 1.804.989,88 أورو، صالحة كذلك لمدة 90 يوما، ابتداء من تاريخ التوصل بتحويل السويفت الصادر عن بنك المدعى عليه، وتنقضي بدورها في جميع الأحوال بنفس تاريخ انقضاء الكفالة الأولى الذي هو 2014/04/30، سواء سلم عنهما رفع اليد أم لا، أو تم استرجاع مبلغ الضمانتين أم لا، هذا ولقد تم الاتفاق بينهم على تمديد أجل انقضاء الضمان إلى غاية 2014/08/31، ذاكرا أن عقدي الضمان تضمنا في بنديهما 2.2 شروط أساسية تلزم المستفيد منهما، أي المطلوب الأول المكتب (و. ك. م.)، في حالة تفعيله لهما ومطالبة البنك بالمبالغ موضوعهما، بإرفاق طلب تفعيل الضمان وجوبا بنسخة لوثيقة تثبت أن المكتب (و. ك. م.) قام بتوجيه إنذار للشركات المكفولة، وإشارته إلى الالتزامات التعاقدية غير المحترمة من طرفهم الموجبة لتفعيل الضمان، وتوجيه ذلك الإنذار للشركات المكفولة على الأقل قبل ثلاثين يوما من تاريخ مطالبة البنك بتفعيل الضمانة والحصول على مبلغها، فضلا عن وجوب إثباته كون الشركات المكفولة توصلت فعلا بالإنذار، مضيفا أنه فوجئ بتاريخ 2014/07/22 بمطالبة المدعى عليه المكتب (و. ك. م.) بتفعيل الضمانتين السالفتي الذكر، إذ طالبه بأدائه له مبلغ 20.360.062/23 أورو، إضافة إلى ضمانات أخرى، مكتفيا بإرفاق طلبه فقط بنسخ عقود الضمان الكتابة دون أي وثيقة أخرى، خارقا بذلك المقتضيات الاتفاقية الواردة بعقدي الضمان المتعلقة بوجوب توجيه إنذار للشركات المكفولة، يتضمن الإشارة

لالتزاماتهم التعاقدية التي لم يتم احترامها قبل ثلاثين يوما من تاريخ تقديم طلب تفعيل الضمانتين، والإدلاء بما يفيد التوصل بذلك الإنذار، وبسبب ذلك أشعره البنك بعدم إمكانية الاستجابة لطلبه، مما جعله يبادر إلى إرسال طلبات أخرى له في نفس الموضوع، مؤكدا بذلك (المدعي) على أن عدم احترام الشكليات المشار إليها قبل انقضاء أجل صلاحية الضمانتين المحدد في 2014/08/31، يجعل كل مطالبة بتفعيلهما باطلة. ملتمسا التصريح ببطلان طلب تفعيل الضمانتين الموجه إليه من المدعى عليه الصادر بتاريخ 2014/07/22، والتصريح بانقضاء الضمانتين البنكيتين المذكورتين، منذ 2014/08/31، والحكم على المدعى عليه المكتب (و. ك. م.)، بأن يرجع له أصل كل واحدة من الضمانتين فورا تحت طائلة غرامة تهديدية قدرها 50.000,00 درهم عن كل يوم تأخير عن التنفيذ، وحفظ حقه في المطالبة بتصفية الغرامة التهديدية والتعويض عن التعسف في الإصرار على تفعيل الضمانتين دون موجب. وتقدم المدعى عليه بمذكرة جوابية مع مقال مقابل ومقال إدخال الغير في الدعوى، تمسك من خلالها بأن المحكمة الإدارية بالرباط هي المختصة نوعيا ومحليا للبت في النزاع، وعدم نظامية المقال الافتتاحي وعدم جديته، أما مقال إدخال الغير في الدعوى، فعرض فيه أن عقدي الضمانتين يتعلقان به وبشركة جنرال **إليكتريك أنترناسيونال** « أ.ن.س »، معتبرا أن سلامة الإجراءات المسطرية تقتضي إدخالها في الخصومة، ملتمسا استدعاءها كمدخلة في الدعوى، بينما التمس في مقاله المقابل الحكم على المدعى عليه فرعيا بتفعيل الضمانتين، وبعد صدور حكم مؤيد استئنافيا بالاختصاص النوعي للمحكمة التجارية بالدار البيضاء، وتبادل الردود بين فرقاء النزاع. صدر الحكم بالتصريح ببطلان طلب المكتب (و. ك. م.) المؤرخ في 2014/07/27 الرامي لتفعيل الضمانتين البنكيتين لأول طلب رقم 10160001315 و101600001316 المؤرختين في 2010/03/04، وانقضائهما منذ تاريخ 2014/03/04، وعلى المكتب (و. ك. م.) إرجاع أصل سند الضمانتين للمدعي تحت طائلة غرامة تهديدية قدرها ألفي درهم عن كل يوم تأخير من تاريخ التبليغ، وفي الطلبات المقدمة من طرف المكتب المدعى عليه، في الشكل بعدم قبول مقال إدخال الغير في الدعوى، وقبول باقي الطلبات، وفي الموضوع برفض الطلب. استأنفه هذا الأخير، وبعد جواب البنك المستأنف عليه، واستنفاذ الإجراءات، أصدرت محكمة الاستئناف التجارية قرارها القاضي بإلغاء الحكم المستأنف فيما قضى به بخصوص الطلبين الأصلي والمقابل ومقال إدخال الغير في الدعوى، و الحكم من جديد برفض الطلب الأصلي و قبول مقال إدخال الغير في الدعوى و في الطلب المقابل بالحكم على المستأنف عليه (م. م) بتفعيل الضمانتين رقمي 10160001315 و101600001316 المؤرختين في 2010/03/04، المسلمتين للطاعن، مع ما يترتب عن ذلك قانونا، وإخراج المدخلة من الدعوى، وهذا القرار تم نقضه بموجب قرار محكمة النقض عدد 1/233 الصادر بتاريخ 2018/05/10 في الملف عدد 2017/1/3/1916، وبعد الإحالة على نفس المحكمة وتعقيب الطرفين، صدر القرار بإلغاء الحكم المستأنف، والحكم من جديد برفض الطلب الأصلي، وقبول مقال الإدخال، وفي الطلب المقابل الحكم على (م. م) بتفعيل الضمانتين البنكيتين رقم 10160001315 ورقم 101600016 المؤرختين في 2010/03/04 لفائدة المكتب (و. ك. م.) مع ما يترتب على ذلك قانونا، وإخراج المدخلة من الدعوى، بقرارها عدد 5627 نفضته محكمة النقض بقرارها عدد 1/129 بعلة. » استندت المحكمة مصدرة القرار المطعون فيه، فيما انتهت إليه من إلغاء للحكم المستأنف، والحكم من جديد برفض الطلب الأصلي، وفي الطلب المقابل بتفعيل الضمانتين البنكيتين موضوع النزاع لفائدة المكتب (و. ك. م.)، مع ما يترتب على ذلك قانونا، إلى تعليل جاء فيه » إنه يستفاد من وثائق الملف أن (م. م) منح ضمانتين بنكيتين، لفائدة المكتب (و. ك. م.)، ضمن بمقتضاهما شركة **ج أو انرجي برودكت فرنسا وشركة (س.)**، الأولى تحت عدد 101160001315، مؤرخة في 2010/03/04، ضمانة لأول طلب في حدود مبلغ أقصاه 18.555.072،72 أورو، والثانية تحت عدد 10160001316، مؤرخة في 2010/03/04، ضمانا لأول طلب في حدود مبلغ 1.804.989،88 أورو، على أن ينقضي الضمان بتاريخ 2014/04/30، وأنه تم تمديد هذا الأجل إلى غاية 2014/08/31 بمقتضى الملحق الصادر عن (م. م) بتاريخ 2011/05/10، وأن الضمانة المذكورة أو ما يعبر عنه بخطاب الضمان، هي من الضمانات البنكية المستقلة عن أي علاقة أخرى، توفر بطبيعتها للمستفيد ضمان السيولة عند أول طلب، إذ أنها تنشئ حقا مباشرا ونهائيا بذمة البنك الضامن، وهذا ما أكده طرفا النزاع بخصوص مفهوم عقد الضمانة الرابط بينهما في الفقرة الأولى من الالتزام بالضمانة، إذ نصت على (التزام البنك (م. م) بشكل لا رجعة فيه ودون شرط، بأن يسدد لفائدة المكتب (و. ك. م.)، برسم التزام رئيسي وليس برسم كفالة دون تأخير وعند أول طلب يقدمه المكتب ...) وأن البنك (م. م) تمسك بعدم احترام المكتب المذكور لمقتضيات الفقرة 2-1 من عقدي الضمانتين، لعدم توجيه إنذار إلى الشركتين المكفولتين على الأقل 30 يوما قبل تقديم طلب تفعيل الضمانتين، تشير إلى التزاماتهما التعاقدية التي تم الإخلال بها من طرفهما، لكن ولئن نص عقدا الضمانتين في الفقرة الأولى من البند الثاني على أنه (يتعين على المكتب إرفاق الطلب بنسخة من التبليغ الموجه إلى المتعاقد، يتضمن طبيعة الالتزامات التي لم يتم احترامها مؤرخ في 30 يوما قبل تاريخ طلب الأداء)، فإن الفقرة الثانية للبند الثالث تنص على أنه (لن يتعين على البنك التحقق من عدم احترام الالتزامات المثارة من قبل المكتب (و. ك. م.)، كما هو منصوص عليه بالفقرة 2-1 من أجل تفعيل الضمانة، ولا التحقق من أن نسخة رسالة طلب الأداء وجهت إلى المتعاقد)، وأنه عملا بمقتضيات الفصل 464 من قانون الالتزامات والعقود، فإن بنود العقد تؤول بعضها بأن يعطى

لكل منها المدلول الذي يظهر من مجموع العقد، وإذا تعذر التوفيق بين هذه البنود لزم الأخذ بآخرها رتبة في كتابة العقد، وأنه باستقراء بنود عقدي الضمان المشار إليها، يتضح أنها ولئن نصت على إرفاق طلب التفعيل بما يفيد توجيه إنذار للمتعاقد، يشير إلى الإخلالات المنسوبة إلى هذا الأخير ثلاثين يوما قبل تقديم الطلب، إلا أنها نصت في بند لاحق، على أن (م. م) ليس له التحقق من توجيه الإنذار والتحقق من صحة الإخلالات المذكورة، وهذا ما يتناسب مع مدلول وخصوصيات خطاب الضمان الموما إليها أعلاه، ويتناسب كذلك مع ما أكده الطرفان في الفقرة الأولى من البند الثاني من العقد المتعلق بالتزام الضمانة، والذي لم يكن محل أي خلاف بين الطرفين في تفسيره أو تأويله، والذي ينص على أن ((م. م) يلتزم بشكل لا رجعة فيه ودون شرط بأن يسدد لفائدة المكتب (و. ك. م.) دون تأخير وعند أول طلب)، وهو ما يتعارض مع دفوع المستأنف عليها، ولقد أكدت محكمة النقض في قرارها عدد 1837 الصادر بتاريخ 2003/06/18 ... على أنه (إذا تعذر الجمع بين فقرتين من العقد، فإنه ينبغي الأخذ بالفقرة الأخيرة رتبة في كتابة العقد تطبيقا لمبدأ العقد شريعة المتعاقدين، ومما سلف يتجلى أنه ليس ل(م. م) الحق في إثارة الدفع بعدم تبليغ الشركتين المضمونتين قبل تقديم الطلب بثلاثين يوما طبقا للفقرة الثانية من الفصل الثالث، ولا التحقق من صحة الإخلالات المنسوبة إليهما، علما بأن هاتين الأخيرتين لا تنفيان توصلهما بالإنذار ولم تثيرا أي دفع بخصوص الأجل، بل إن شركة **(س.)** التمست إخراجها من الدعوى، لأنها ليست طرفا موقعا على الالتزام موضوع النزاع، وأنه استنادا لما ذكر وباعتبار المكتب (و. ك. م.)، وجه طلبه إلى (م. م) بتفعيل الضمانتين داخل الأجل القانوني، أي ثلاثين يوما على الأقل قبل تاريخ 2014/08/31 المتفق عليه، وباعتبار خصوصيات عقد الضمان، ويكون الضامن (م. م) التزم بتنفيذ الضمان عند أول طلب ودون أي شرط، واستنادا لما جاء بالفقرة 3-2، وعملا بالفصل 464 من قانون الالتزامات والعقود والفصل 230 من نفس القانون، يتجلى أن الحكم المستأنف جانب الصواب فيما قضى به ويتعين إلغاؤه، والحكم من جديد برفض الطلب الأصلي، والاستجابة للطلب المقابل، بتفعيل الضمانتين لفائدة المكتب المستأنف ... « ، فى حين تأويل بنود العقد لا يلجا إليه عملا بمقتضيات الفصل 461 من قانون الالتزامات والعقود، إلا إذا كانت الألفاظ المستعملة لا يتأتى التوفيق بينها، وبين الغرض الواضح الذي قصد عند تحرير العقد، أو إذا كانت الألفاظ المستعملة غير واضحة بنفسها، أو كانت لا تعبر تعبيراً كاملا عن قصد صاحبها، أو إذا كان الغموض ناشئا عن مقارنة بين بنود العقد المختلفة، بحيث تثير المقارنة الشك حول مدلول تلك البنود. وفي النازلة الماثلة، فإن الفقرة الأولى من البند الثاني من عقدي الضمان، توجب إرفاق طلب تفعيل الضمان بتبليغ موجه للشركتين المضمونتين بالإخلالات المنسوبة إليهما، مع الإشعار بالتوصل أو ما يفيد وقوعه، أي أنها تتضمن شرطا يتوقف عليه طلب تفعيل الضمانة، بينما تقتصر الفقرة الثانية للبند الثالث، حق البنك الطالب عند توجيه الطلب المذكور إليه، التحقق من الوجود الشكلي للتبليغ السالف الذكر، وتمنع عليه التحقق من عدم احترام الالتزامات المثارة من قبل المكتب، والتمسك بمضمون التبليغ، وكذا التحقق من كون الرسالة الموجهة للبنك من أجل الأداء، قد وجهت نسخة منها إلى الشركتين المضمونتين، اعتبارا لأن الفقرة الأولى من البند الثاني، منعت على البنك التحقق من الإخلالات المنسوبة للشركتين المذكورتين، لكنها أبقت على حقه في التحقق من كون رسالة الأداء مرفقة بتبليغ الشركتين المضمونتين، مع الإشعار بالتوصل أو ما يفيد وقوعه، ولم يجعل البند الثالث في فقرته الثالثة من توجيه نسخة من رسالة الأداء للشركتين شرطا شكليا لتفعيل الضمانتين موضوع النازلة، ومن ثم فإنه لا وجود لأي تعارض بين محتوى الفقرتين المذكورتين، أو لبس أو غموض، من شأنه أن يجعل إمكانية التوفيق بين مدلولهما غير متاحة، على نحو يدل على قيام إحدى الحالات المبررة قانونا للجوء لتأويل العقد، وتأسيسا عما ذكر، فالمحكمة مصدرة القرار المطعون فيه، التي وعلى الرغم من وضوح ألفاظ الفقرتين الآنفتي الذكر، وعدم ثبوت توفر أي حالة من الحالات المتحدث عنها، أولت العقد على النحو الذي انتهجته في تعليلات قرارها، وأعملت بندا واستبعدت آخر، تكون قد خرقت مقتضيات الفصول 230 و461 و464 من قانون الإلتزامات والعقود، وجعلت قرارها عرضة للنقض » وبعد الإحالة والتعقيب قضت محكمة الاستئناف التجارية بتأييد الحكم المستأنف بقرارها المطعون فيه بالنقض.

في شان الوسائل الأولى والثانية والثالثة والرابعة. حيث ينعى الطالب على القرار خرق الفقرتين الأولى والثانية من البند 2 والبند 3 من عقدي الضمان وخرق مقتضيات الفصول 24 و25 و27 و28 و110 و112 و123 و129 و230 و321 من قانون الالتزامات والعقود و5 من قانون المسطرة المدنية وسوء التعليل الموازي لانعدامه وعدم الجواب على دفوع أثيرت بصفة نظامية وخرق حقوق الدفاع بدعوى، أنه بموجب عقدي

الضمان لأول طلب محل النزاع التزم البنك المطلوب التزاما لا رجعة فيه وبدون شرط بأن يسدد لفائدة الطالب وبدون تأخير وعند أول طلب المبلغ المشار إليه بالطلب وأن الطالب وجه للمطلوب بتاريخ 2014/07/22 طلب تفعيل عقدي الضمان الذي لا ينازع فيه، وإنما ينازع في عدم إرفاقه بتبليغ موجه للشركتين يتضمن الإخلالات المنسوبة إليهما مع الإشعار بالتوصل، والقرار المطعون فيه وقف على أن بنود عقدي الضمائتين واضحة ولا لبس فيهما، لكنه لم يقم باستقراء والوقوف على حقيقة تنازل المطلوب على أي مناقشة أو التمسك

بأي دفع متخذ من الصفقة وأن التزامه يظل منتجا لأثاره في حال وقوع إحدى الحالات التي يتنازل عن التوصل بالتبليغ بشأنها وهي : أ – كل تعليق للصفقة أو تعديل قد يطرأ عليها وعلى وجه الخصوص كل تمديد للأجل أو الثمن. ب – فسخ الصفقة. ج- عدم تنفيذ الطالب لالتزاماته في إطار الصفقة. د- كل أمهال يمنحه الطالب للمتعاقد أو كل تنازل عن التمسك بحق أو إجراء أو جبر للضرر يحق للطالب ممارسته ضد المتعاقد أو كل اهمال من طرفه في تفعيل حق إجراء أو جبر الضرر. هـ – تسليم كل كفالة أو ضمان أو ضمانة يتوفر عليها الطالب علاقة بأي من التزامات المتعاقد معه بموجب أحكام الصفقة أو كل إبراء أو تنازل في هذا الصدد. و- كل اجراء او اغفال من جانب المتعاقد معه بموجب اتفاق اخر مبرم مع البنك الذي يبقى التزامه قائما ومنتجا لكافة آثاره حتى في حالة وجود تقصير أو إهمال من طرف الطالب بخصوص تقديمه لطلب تفعيل الضمانتين أو حتى في حالة عدم القيام بأي إجراء نتيجة إغفال من جانب المتعاقد معه لتنازله عن التمسك بتحقق أي شروط وقفية مسطرة بعقدي الضمان، والقرار المطعون فيه لو وقف على استقراء بنود عقدي الضمان وقام بالاطلاع على التنازلات الصريحة للمطلوب لما علل قضاءه بما جاء به » ان الثابت أن بنود تفعيل الضمانتين يتوقف على تحقيق شروط وقفية اتفق عليها الأطراف في عقدي الضمان والتي يجب على المستفيد احترامها في حالة تفعيله للضمانتين ومطالبة البنك العارض بالمبالغ المتعلقة بهما وهي : أن يرفق المكتب (و. ك. م.) طلب تفعيل الضمان وجوبا بنسخة من وثيقة تثبت أن هذا الأخير قام بتوجيه إنذار للشركات المكفولة مع الإشارة الى الالتزامات التعاقدية الغير المحترمة من طرفهم والمنتجة لتفعيل الضمان، والثابت من خلال الرسالة الأولى الموجهة للبنك والمؤرخة في 2014/07/22 مرفقة فقط بالضمانة المطلوب تفعيلها دون باقي الوثائق المشترطة لتفعيل الضمانة وان الطلب يجب أن يرفق بنسخة من إعلان صادر عن المكتب موجه إلى المتعاقدة يتضمن طبيعة الالتزامات التي لم يتم احترامها مؤرخا على الأقل بثلاثين يوما قبل تاريخ طلب التفعيل مع الإشعار بالتوصل من طرف المتعاقدة وهو ما لم يحترمه المكتب المستأنف. وان طلب المكتب المستأنف لم يرفق بنسخة من إعلان صادر عنه وموجه الى المتعاقدة يتضمن طبيعة الالتزامات التي لم يتم احترامها مؤرخة على الأقل 30 يوما قبل تاريخ طلب التفعيل مع الإشعار بالتوصل من طرف المتعاقدة وأن الرسالة الأولى الموجهة إلى البنك المستأنف عليه كانت مرفقة فقط بصورتي من عقدي الضمانة وأن رسالة التفعيل التي وجهت الى البنك المستأنف عليه بتاريخ 2014/09/05 كانت مرفقة فقط بصورة من عقدي الضمان « ، ذلك أن المطلوب لا يمكنه التمسك بضرورة قيام الطالب بإمداده عند طلب تفعيل عقدي الضمان بما يفيد تبليغ الشركتين المكفولتين بإنذار يتضمن الإشارة إلى الالتزامات التعاقدية التي لم يتم احترامها من طرفهما، لأن الشرط المتعلق بقيام الطالب بتبليغ الشركتين بطلب التفعيل يتضمن طبيعة الالتزامات التي لم يتم احترامها من طرفهما، تنازل عنه المطلوب، ما دام قد تنازل عن التمسك بأي شرط من عقدي الضمان، وبالتالي فان إرادة الأطراف المتعاقدة لم تترك لهذا الأخير تعليق طلب تفعيل الضمان على أي شرط حتى في حالة وجود إغفال أو تقصير أو إهمال من طرف الطالب عند تقديمه لطلب تفعيل الضمان، والقرار المطعون فيه بما نحاه أساء تطبيق بنود عقدي الضمان خارقا بذلك ما تم التعاقد عليه، خاصة الفقرتين الأولى والثالثة من البند 2 من عقدي الضمان والفصلين 110 و230 من قانون الالتزامات والعقود وسيء التعليل الموازي لانعدامه.

كما أنه تمسك بمقتضى مذكرته بعد النقض المدلى بها بجلسة 2020/11/21 بأنه سبق له أن وجه مراسلة عن طريق الفاكس إلى شركة CEGELEC وشركة **جينيرال الكتريك انترنسيونال** بتاريخ 2014/07/22 لكل واحدة منهما يطلب منها تنفيذ تعهدها بتمديد كفالتها البنكية لمدة شهر، وفي حالة عدم قيامها بذلك طالبها بتفعيل تلك الضمانة التي ستنقضي مدتها، وذلك في أجل أقصاه نهاية الأسبوع المقبل، وتوصلتا بها في نفس اليوم عن طريق نظام السويفت، وبنفس التاريخ راسل المطلوب يعلمه أن تاريخ انتهاء الضمانة البنكية المتفق عليها هو 2014/08/31، وأنه في حالة عدم تمديد عقدي الضمان، فانه يطالب بتفعيل الضمان، توصل بها في 2014/07/23، وأن المطلوب بتاريخ 2014/09/04 وجه له رسالة يخبره فيها بأن طلب التمديد قبل من طرف شركة سيجليك ولم ترد عليه المطلوبة شركة **جينيرال الكتريك انترنسيونال**، دون أن يرد بمقبول على طلبه الأساسي والمتعلق بتفعيل الضمانتين، ذاكر أن رسالته المؤرخة في 2014/07/22 لا تتعلق بتاتا بطلب تمديد أجل انقضاء الضمانتين البنكيتين محل النزاع، بل تتعلق بطلب تفعيل الضمانتين والتي لم يجب عنهما المطلوب، والقرار المطعون فيه لم يرد بمقبول على مراسلة المطلوب المؤرخة في 2014/09/04 أعلاه- والتي تؤكد بأن **شركة (س.)** قبلت طلب الطالب بتفعيل الضمانة فيما المطلوبة **شركة جينيرال الكتريك** لم ترد على طلبه ولم تبد أي اعتراض أو منازعة عند حضورها أمام المحكمة مصدرة القرار المطعون فيه على تبليغها بطلب تفعيل عقدي الضمان، بل سطرت بمذكرتها بأن الطلب لا يستهدف المساس بذمتها المالية وأن الرسالة المذكورة تخضع لأحكام الفصل 24 من قانون الالتزامات والعقود الناص على أنه » يكون العقد الحاصل بالمراسلة تاما في الوقت والمكان اللذين يرد فيهما من تلقى الإيجاب بقبوله. والعقد الحاصل بواسطة الرسول أو وسيط يتم في الوقت والمكان اللذين يقع فيهما رد من تلقى الإيجاب للوسيط بأنه يقبله » وأن المطلوب لم يحترم الفصول 24 و25 و27 و28 من قانون الالتزامات والعقود لما رفض تفعيل الضمانتين البنكيتين بالرغم من كونه نقل عبر رسالته المذكورة كون شركة سيجليك قبلت

طلب الطالب بتفعيل الضمانة فيما لم ترد المطلوبة شركة **جينيرال الكتريك انترنسيونال**، مما يجعل من الواجب على المحكمة المصدرة للقرار المطعون فيه تطبيق مقتضيات الفصول الأنف ذكرها على النازلة.

كما تمسك الطالب بمقتضى مذكرته التعقيبية المؤرخة في 2021/02/01 بأن المطلوب لا يمكن له أن يتنكر لرسالته المؤرخة في 2014/09/04 ومن واجبه احترام المراسلات الصادرة عنه، وأن النازلة ينطبق عليها الفصل 24 من قانون الالتزامات والعقود الذي نص على أن العقد الحاصل بالمراسلة يعتبر تاما في الوقت والمكان اللذين يرد فيهما من تلقى الإيجاب بقبوله، وأنه كيف يمكن للمطلوب أن ينقل إرادة الشركتين المكفولتين على طلب الطالب المؤرخ في 2014/07/22 الموجه إليهما لولا توصلهما منه (الطالب) بطلب التفعيل عن طريق نظام سويفت الذي لا يمكن للمطلوب أن يتجاهله بسوء نية والذي يثبت احترام الطالب للشروط المنصوص عليها بالبند 1.2 من عقدي الضمان، وأن مراسلة المطلوب المؤرخة في 2014/09/04 تحمل إقرارا غير قضائي بتنفيذ الطالب واحترامه للبند 2.1، إذ أنه لولا توصل الشركتين المكفولتين بطلب التفعيل المؤرخ في 2014/07/22 أي قبل 30 يوما على الأقل قبل انقضاء أجل الضمانتين بتاريخ 2014/08/31 وهو ما يؤكد صحة ما يتمسك به الطالب، هو حضور المطلوبة شركة **جينيرال الكتريك انترناسيونال** ضمن أطراف الدعوى وعدم منازعتها في توصلها من الطالب بطلب التفعيل وعدم اعتراضها على ذلك، بالإضافة إلى كون شركة سيجليك قبلت طلب التفعيل الموجه إليها عن طريق نظام سويفت، وأن المطلوب لم ينازع في مراسلاته المستشهد بها بمذكرات الطالب المدلى بها أمام المحكمة مصدرة القرار المطعون فيه، خاصة مراسلة 2014/09/04 التي تضمن إقراراً منه ملزم له وواجب الأخذ به كحجة للقول باحترام الطالب لمقتضيات البند 2.1 المتمسك به من طرفه، وهو الأمر الذي لم يقف عنده القرار المطعون فيه الذي لم يرد بمقبول على ما تمسك به الطالب على النحو المذكور بمقتضى مذكرتيه المدلى بهما بجلستي 2020/11/21 و2021/02/01، مما يعتبر خرقاً لحقوق الدفاع وسوء التعليل المعد بمثابة انعدامه وخرقا للفصول 24 و25 و27 و28 و404 و407 من قانون الالتزامات والعقود.

أيضا فالطالب توصل من المطلوب بتاريخ 2014/09/04 برسالة أخرى مغايرة لرسالته الأولى المؤرخة في 2014/09/04 تؤكد نفس مضمون هذه الأخيرة والتي يقر فيها بأنه توصل من الطالب بطلبي تفعيل عقدي الضمان محل النزاع بتاريخ 2014/07/22 ومنذ هذا التاريخ لم يطالبه بأي شيء وانتظر بسوء نية إلى تاريخ 2014/09/04 ليشعره برفض طلب التفعيل، وهو ما يثبت أنه لا يتحلى بمبدأ حسن النية الذي يفرض عليه تنفيذ تعهده بحسن نية، خاصة وأن طلب التفعيل هو خطاب ضمان يلزمه بالأداء عند أول طلب، وأن امتناعه عن تفعيل الضمانتين تحت ذريعة عدم تقيد الطالب بالتزاماته المضمنة 2.1 من عقدي الضمان غير جديرة بالاعتبار لكون الطالب تقيد بالبند المذكور وذلك بتبليغ الشركتين المكفولتين بطلب التفعيل وفق ما ذكر ووفق المراسلة الصادرة عن المطلوب المؤرخة في 2014/09/04، وبذلك هو ملزم بالوفاء مباشرة بعد توصله من الطالب بطلب التفعيل، ما دام الأمر يتعلق بخطاب ضمان ينشئ حقا مباشرا ونهائيا ومستقلا عن آية علاقة أخرى، وأن المطلوب هو من أخل بالتزامه لما امتنع عن الاستجابة لطلب الطالب بتفعيل الضمانتين بالرغم من تبليغ الشركتين بطلب التفعيل وفق البند 2.1 من عقدي الضمان ولكون المطلوب تنازل عن التمسك بالشرط المذكور حتى في حالة وجود تقصير أو إهمال أو إغفال من الطالب عند تقديمه لطلبي التفعيل، والقرار المطعون فيه لم يطبق مقتضيات البند 3 من عقدي الضمان على النزاع ما دام ثبت له تحقق تبليغ الشركتين المكفولتين وفق ما تم تفصيله برسالة المطلوب المؤرخة في 2014/09/04 الذي لم ينازع مطلقا أو يحتج في توصله من الطالب بطلب تفعيل الضمانتين المؤرخ في 2014/07/22 وأقر بوقوع التبليغ للشركتين المكفولتين وذلك بموجب رسالته المؤرخة في 2014/09/04 التي يعد ما جاء فيها إقراراً صريحا بسلوك الطالب لمسطرة تبليغ الشركتين بطلب التفعيل وسلوكه أيضا لمسطرة التفعيل وفق ما يقتضيه عقدي الضمان، والقرار المطعون فيه تتبع تمسك المطلوب دون الوقوف على رسالته الأخيرة، مما يجعله خارقا للشروط التراكمية المنصوص عليها في البند 3 من عقدي الضمان والتي التزم بموجبها المطلوب بشكل صريح بأن لاحق له عند توصله بطلب تفعيل عقدي الضمان من الطالب بأن يطالبه بأي شرط أو اعتراض عن الأداء لأي سبب كان، خاصة بعد إقراره بتوصله بما يفيد تبليغ الشركتين، وأن امتناعه في تفعيل الضمانتين تثبت سوء نيته في التقاضي وإخلاله بالتزامه الناتج عن البند 2.1 من عقدي الضمان الذي يلزمه بالوفاء عند أول طلب، والمحكمة مصدرة (القرار المطعون فيه لم تقف على تقاضي المطلوب بسوء نية ولم ترد بمقبول على ما أثاره الطالب أمامها وفق مراسلة البنك المؤرخة في 2014/09/04 وتتبع المطلوب في مزاعمه المجردة من أي إثبات عندما اعتبر أن طلبات التفعيل الموجه من الطالب للمطلوب لا تتوفر على الشروط الأساسية المنصوص عليها في الفقرة الأولى من البند 2 من عقدي الضمان، فيه خرق للبند 3 من عقدي الضمان والفصول 230 و231 من قانون الالتزامات والعقود و5 من قانون المسطرة المدنية.

كما أن المطلوب تعمد بتدليس منه تحقق الشرط الفاسخ، لأنه لو كان حسن النية وأراد تفعيل عقدي الضمان لكان أخبر الطالب بعد

توصله بطلب التفعيل بتاريخ 2014/07/22 بضرورة إرفاق طلبه بما يفيد تبليغ الشركتين المكفولتين منه وذلك قبل انقضاء أجل انتهاء عقدي الضمان في 2014/08/31 مع الإشارة إلى الالتزامات التعاقدية التي لم تتم مراعاتها من طرفهما، ولم ينتظر إلى ما بعد انقضاء عقدي الضمان ليقوم بإخباره بمقتضى مراسلته المؤرخة في 2014/09/04 بأنه يرفض تفعيل عقدي الضمان محل النزاع وأنه بموجب الفصل 123 من قانون الالتزامات والعقود فان تحقق الشرط لا ينتج أي أثر إذا حصل بتدليس ممن كانت له فيه مصلحة، وهو ما أكدته محكمة النقض في قرارها عدد 4070 في الملف عدد 2000/1613 بتاريخ 2001/11/21. وأنه وفق الفصل 112 من ذات القانون، فان الالتزام يبطل إذا كان وجوده معلقا على محض إرادة الملتزم وينص الفصل 129 من نفس القانون على أنه » يبطل الالتزام إذا ترك تحديد الأجل لإرادة المدين أو كان مناطا بأمر يتوقف حصوله على مشيئته « ، وأن تعليق تفعيل الضمانتين على إرادة المطلوب خاصة بعد توصله من طرف الطالب بطلب التفعيل بتاريخ 2014/07/22 وانتظاره كمدين إلى ما بعد انقضاء أجل الضمانتين البنكيتين في 2014/08/31 ليخبر الطالب في رسالته المؤرخة في 2014/09/04 بكونه يرفض تفعيل الضمان لكونه غير مرفق بما يفيد تبليغ المكفولتين يجعل القرار المطعون فيه تتبع المطلوب في مزاعمه للقول بتأييد الحكم المستأنف وللقول بأن طلبات التفعيل الموجهة من الطالب للمطلوب لا تتوفر على الشروط المنصوص عليها في الفقرة الأولى من البند 2 من عقدي الضمان لكونه غير مرفق بتبليغ المكفولتين، وهو تعليل فيه خرق للفصول 112 و123 و129 من قانون الالتزامات والعقود ولم يطبق القانون بشكل سليم مما تعين معه نقضه.

لكن، حيث أوردت المحكمة مصدرة القرار المطعون فيه ضمن تعليلاته « أن الثابت أن بنود تفعيل الضمانتين يتوقف على تحقيق شروط وقفية اتفق عليها الأطراف في عقدي الضمان والتي يجب على المستفيد احترامها في حالة تفعيله للضمانتين ومطالبة البنك العارض بالمبالغ المتعلقة بهما وهي: أن يرفق المكتب (و. ك. م.) طلب تفعيل الضمان وجوبا بنسخة من وثيقة تثبت أن هذا الأخير قام بتوجيه إنذار للشركات المكفولة مع الإشارة إلى الالتزامات التعاقدية الغير المحترمة من طرفهم والمنتجة لتفعيل الضمان، والثابت من خلال الرسالة الأولى الموجهة للبنك والمؤرخة في 2014/07/22 مرفقة فقط بالضمانة المطلوب تفعيلها دون باقي الوثائق المشترطة لتفعيل الضمانة وأن الطلب يجب أن يرفق بنسخة من إعلان صادر عن المكتب موجه إلى المتعاقدة يتضمن طبيعة الالتزامات التي لم يتم احترامها مؤرخا على الأقل بثلاثين يوما قبل تاريخ طلب التفعيل مع الإشعار بالتوصل من طرف المتعاقدة وهو ما لم يحترمه المكتب المستأنف.

وأن طلب المكتب المستأنف لم يرفق بنسخة من إعلان صادر عنه وموجه إلى المتعاقدة يتضمن طبيعة الالتزامات التي لم يتم احترامها مؤرخة على الأقل 30 يوما قبل تاريخ طلب التفعيل مع الإشعار بالتوصل من طرف المتعاقدة وأن الرسالة الأولى الموجهة إلى البنك المستأنف عليه كانت مرفقة فقط بصورتي من عقدي الضمانة وأن رسالة التفعيل التي وجهت إلى البنك المستأنف عليه بتاريخ 2014/09/05 كانت مرفقة فقط بصورة من عقدي الضمان وأن الطلبات الموجهة للبنك المستأنف عليه من طرف المكتب المستأنف لا تتوفر أيضا على الشروط الأساسية المنصوص عليها في الفقرة الأولى من البند الثاني من عقدي الضمان والتي توجب إرفاق طلب تفعيل الضمان بتبليغ موجه للشركتين المضمونتين بالاخلالات المنسوبة إليهما مع الإشعار بالتوصل وهو شرط يتوقف عليه تفعيل الضمانة وأن هذا الشرط واضح من خلال الرسائل المدلى بها وأن المستأنف لم يحترمه كما هو ظاهر من مرفقات رسالته الموجهة إلى البنك بتاريخ 2014/07/22 وهو كاف وحده لعدم تفعيل الضمانتين بغض النظر عن تحقق باقي الشروط الأخرى وأن ما تمسك به المستأنف من إشعار **شركة سجيليك وشركة (ج. إ. إ)** عن طريق سويفت بتاريخ 2014/07/31 فانه لم يحترم هو الآخر عقدي الضمانة لكون شروط العقد واضحة في انه يجب إرفاق الطلب بنسخة من الإعلان والحال أنه باستقراء الرسائل الموجه إلى البنك المستأنف عليه يتضح انه لم يتم إرفاق الطلب الموجه إلى البنك بنسخة من هذا الإعلان مما يعتبر إخلال بشروط تفعيل الضامنتين ويكون ما تمسك به المستأنف بهذا الخصوص على غير أساس »، وهو تعليل اعتبرت فيه المحكمة أن امتناع الطالب عن تفعيل الضامنتين البنكيتين كان مبررا، طالما أن التزام المطلوب في تفعيل الضمانتين كان معلقا على شروط واقفة تتمثل في إرفاق الطالب طلب تفعيل الضمانتين وجوبا بنسخة من وثيقة تثبت أنه قام .بتوجيه إشعار للشركتين المضمونتين مع الإشارة فيه إلى الالتزامات التي لم يحترمنها، والطالب لم يرفق طلب تفعيل الضمانتين الموجه للمطلوب بتاريخ 2014/7/22 بنسخة من إشعار موجه لكل من **شركة (ج. إ. إ) و سجيليك** يتضمن طبيعة الالتزامات التي لم يتم احترامها من قبلهما، مؤرخا على الأقل بثلاثين يوما قبل تاريخ طلب الأداء، واستخلصت ذلك من الرسالة الموجه للمطلوب بتاريخ 2014/07/22 وهو استخلاص له أصل ثابت بأوراق الملف والتي بالرجوع اليها يلفى من الإشعار المذكور أنه لم يرفق بنسخة من الإعلان الواقف عليه تفعيل الضمانتين واقتصر الطالب على إرفاقه بنسخة من عقدي الضمان. التعليل الذي طبقت فيه المحكمة صحيح أحكام الفصل 107 من قانون الالتزامات والعقود الناص على أن « الشرط تعبير عن الإرادة يعلق على امر مستقبل

وغير محقق الوقوع، أما وجود الالتزام أو زواله » طالما أن التزام المطلوب بتفعيل الضمانتين كان متوقفا على شرط إرفاق الطلب بالإعلان المنوه عنه، وهي بما نحته تكون قد التزمت إرادة الطرفين بموجب البند 1/2 كشريعة للمتعاقدين ولم تسيء بذلك تطبيق بنود العقد ولم تخرقها، كما لم تخرق الفصول 110 و112 و123 و129 من قانون الالتزامات والعقود ما دام أن الشرط الواقف عليه التزام المطلوب لم يتوقف على محض إرادة هذا الأخير، ولا على مشيئته، وإنما هو إعلان يصدر عن الطالب وليس عن المطلوب، وما دام ليس في الملف ما يثبت تنازل المطلوب عنه، ولم يكن ليثنيها عن ذلك ما تمسك به الطالب من تنازل البنك في الحالات الواردة في البند 3.2 من عقدي الضمان طالما لا تتعلق بشرط تفعيل الضمان المشار إليه أعلاه، وموقف المحكمة هذا فيه رد على تمسك الطالب بمقتضى مذكرتيه المدلى بهما لجلستي 2020/11/21 و2021/02/01 ما دام أن المحكمة اعتبرت أن عدم إرفاق طلب تفعيل الضمانتين بنسخة من الإعلان يصدر عن الطالب يتضمن طبيعة الالتزامات التي لم تحترمها الشركتين المضمونتين وبثلاثين يوما على الأقل قبل توجيه الطلب للمطلوب يجعل امتناع هذا الأخير عن تفعيل الضمانتين مبررا، والنعي بعدم الجواب خلاف الواقع، وفيه رد ضمني على تمسك الطالب بتنازل البنك المطلوب عن الشرط المذكور وتطبيق سليم لعقد الضمانة الذي أكد في بنده 3.2 إرفاق الطالب لرسالة تفعيل الضمانة بالإنذار الموجه للمكفولتين مع الوصل بالاستلام دون إعطاء الحق للبنك في التحقق من عدم احترام الالتزامات المثارة من طرف الطالب ليس إلا. ولم تخرق البند 3 من عقد الصفقة ولا الفصول 24 و25 و27 و28 و231 و404 و405 و407 من قانون الالتزامات والعقود ولا حق الطالب في الدفاع ولا الفصل 3 من قانون المسطرة المدنية ما دام أن الطالب كان عالما أن طلب تفعيل الضمانة متوقف على إرفاقه بنسخة من الإنذار المشار إليه أعلاه التي لا علاقة لها بالبنك ما دام أن الطالب يعلم بشرط تفعيل عقد الضمانة وقت إبرامه، فجاء القرار معللا تعليلا سليما وغير خارق للمقتضيات المحتج بخرقها، والوسائل على غير أساس ما عدا ما هو خلاف الواقع، فهو غير مقبول.

في شان الوسيلة الخامسة

حيث ينعى الطالب على القرار عدم الارتكاز على أساس قانوني سليم وسوء التعليل الموازي لانعدامه وخرق الفصول 181 و230 و466 و475 من قانون الالتزامات والعقود بدعوى، أن عقدي الضمان هما خطاب ضمان ينشئ للمستفيد حقا مباشرا ونهائيا ومستقلا عن كل علاقة أخرى ومن تم يختلف عن الكفالة من حيث الآثار التي يرتبها على أطرافه، والقرار المطعون فيه لم يقف على حقيقة إرادة الأطراف المتعاقدة وما التزم به المطلوب بموجب عقدي الضمان بان يسدد للطالب بشكل لا رجعة فيه عند أول طلب يقدمه الطالب يكون مكتوبا وموقعا من طرفه أو من طرف من يمثله، والقرار المطعون فيه اعتبر عقدي الضمان مجرد كفالتين عاديتين بتعليله « يتضح أن بنود عقد الضمانتين واضحة لا لبس فيها إذ يتعين على المكتب المستأنف إرفاق الطلب بنسخة من التبليغ الموجه إلى المتعاقد يتضمن طبيعة الالتزامات التي لم يتم احترامها مؤرخ في 30 يوما قبل تاريخ طلب الأداء والتحقق من كون رسالة الأداء مرفقة بتبليغ الشركة المضمونتين مع الإشعار بالتوصل أو ما يفيد وقوعه والفقرة الثانية من البند الثالث منعت على البنك فقط التحقق من الإخلالات المنسوبة للشركتين المذكورتين لكنها أبقت على حقه في التحقق من كون رسالة الأداء مرفقة بتبليغ الشركتين المضمونتين مع الإشعار بالتوصل أو ما يفيد وقوعه وهو ما لم يقم به المكتب المستأنف كما هو واضح من خلال الرسائل الموجهة للبنك المستأنف عليه والتي أرفقت فقط بصورتي عقد الكفالة فقط وان الحكم المطعون فيه لما اعتبر مجمل ما ذكر أعلاه يكون صادف الصواب ويتعين تأييده »، وهو تعليل يتضح منه أن المحكمة لم تدرك حقيقة خطاب الضمان لما اعتبرت بأنه مجرد عقد كفالة وأساءت إعطاء عقدي الضمان مدلولهما الحقيقي وفق مقتضيات الفصل 466 من قانون الالتزامات والعقود والذي يلزم المحكمة فهم الألفاظ المستعملة بعقدي الضمان حسب معناها الحقيقي ومدلولها المعتاد في مكان إبرام العقد، وبذلك لما اعتبرت الأمر يتعلق بعقدي كفالة تكون قد غيرت المعنى الحقيقي المتفق عليه بعقدي الضمان والذي هو خطاب الضمان وهو ما أكدته محكمة النقض في قرارها عدد 231 بتاريخ 2001/01/31 في الملف عدد 99/369. ذاكرا أن عقدي الضمان محل النزاع غير قابلين للانقسام وفق الفصل 181 من قانون الالتزامات والعقود، والقرار المطعون فيه لما غير إرادة الأطراف المتعاقدة وفق عقدي الضمان بأن جعلها وفق مفهوم عقد الكفالة يكون قد خرق قاعدة العقد شريعة المتعاقدين. ومن جهة أخرى فالمطلوب سبق له أن قام بتفعيل الضمانة البنكية عدد 10160001317 بين نفس الأطراف بدون أي اعتراض منه على عدم تبليغ المكفولتين بأي إنذار وفق ما نحاه في الدعوى الحالية، وأن العرف قاعدة قانونية يفترض في القاضي العلم به ويطبق على النازلة ولا يحتاج إلى إثبات من أطراف الدعوى، والقرار المطعون فيه لم يقف على حقيقة ما تمسك به الطالب من قيام المطلوب بتفعيل الضمانة أعلاه وضمانات أخرى بدون أي احتجاج منه لأي سبب كان وأنه وفق الفصل 475 من قانون الالتزامات والعقود لا يسوغ للعرف والعادة أن يخالفا القانون أن كان صريحا، والقرار لما لم يدرك المفهوم الحقيقي لعقدي الضمان وغير مفهومهما من خطاب الضمان لدى أول طلب إلى مجرد كفالة بنكية عادية وقضى بتأييد الحكم المستأنف لم يجعل لما

قضى به أي أساس قانوني وسيء التعليل الموازي لانعدامه وخارقا لمقتضيات الفصول 181 و230 و466 و475 من قانون الالتزامات والعقود مما تعين معه نقضه

لكن، حيث أوردت المحكمة مصدرة القرار المطعون فيه ضمن تعليلاته « يتضح أن بنود عقد الضمانتين واضحة لا لبس فيها إذ يتعين على المكتب المستأنف إرفاق الطلب بنسخة من التبليغ الموجه إلى المتعاقد يتضمن طبيعة الالتزامات التي لم يتم احترامها مؤرخ في 30 يوما قبل تاريخ طلب الأداء والتحقق من كون رسالة الأداء مرفقة بتبليغ الشركة المضمونتين مع الإشعار بالتوصل أو ما يفيد وقوعه والفقرة الثانية من البند الثالث منعت على البنك فقط التحقق من الإخلالات المنسوبة للشركتين المذكورتين لكنها أبقت على حقه في التحقق من كون رسالة الأداء مرفقة بتبليغ الشركتين المضمونتين مع الإشعار بالتوصل أو ما يفيد وقوعه وهو ما لم يقم به المكتب المستأنف كما هو واضح من خلال الرسائل الموجهة للبنك المستأنف عليه والتي أرفقت فقط بصورتي عقد الكفالة فقط وأن الحكم المطعون فيه لما اعتبر مجمل ما ذكر أعلاه يكون صادف الصواب ويتعين تأييده »، وهو تعليل اعتبرت فيه المحكمة صوابا أن الأمر يتعلق بضمانتين ولم يرد في تعليلها أنهما كفالتين واعتبارها (أي المحكمة) ذلك تكون قد كيفت العقدين طبقا للقانون وإرادة الطرفين باعتبارهما كفالتين لأول طلب تنشأ التزاما مستقلا بذمة الضامن بغض النظر عن وضعية المضمون إلا أن هذا الالتزام وان كان مستقلا فانه يبقى مقيدا بالشروط التي ارتضاها طرفيه وهما الضامن والمستفيد من الضمانة، والمحكمة لما ثبت لها أن الطرفين علقا تفعيل الضمانة على شرط واقف يتمثل في إرفاق طلب التفعيل بإنذار موجه للمضمون يتضمن طبيعة الالتزامات التي لم يتم احترامها مؤرخ ب 30 يوما قبل تاريخ طلب الأداء مصحوبا بوصل بالاستيلام الخاص بالمتعاقد معه (المضمون) دون أن يستوفي الطالب الشرط المذكور واعتبرت المطلوب محقا في عدم تفعيل الضمانة لأول طلب تكون قد راعت مقتضيات الفصل 230 من قانون الالتزامات والعقود ولم تخرق الفصل 181 من نفس القانون ما دام أن التزام الضامن (البنك) هو التزام مستقل عن التزام المضمون ولا الفصلين 466 و 475 من ذات القانون ما دام أن المحكمة أعملت عقد الضمانة حسب ما تضمنته بنوده وأعملت مقتضيات الفصل 230 الآنف ذكره ملتزمة بإرادة طرفي العقد. فجاء القرار مبنيا على أساس قانوني سليم ومعللا تعليلا سليما وغير خارق للمقتضيات المحتج بخرقها، والوسيلة على غير أساس .

<u>لهذه الأسباب</u>

قضت محكمة النقض برفض الطلب مع إبقاء المصاريف على المصاريف على الطالب.