الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

مجلس قضاء: تيبازة
الـغـرفـــة: التجارية / البحرية

باسم الشعب الجزائري

نسخة عادية

قـرار

إن مـجـلس قضـاء تيبازة بجلسـته العلـنية المنـعقـدة بـقـاعة الجلسات لـقصر العـدالة في العشرون من شهـر أفريـل سنـة ألفيـن وواحد و عشـرون

برئـاسـة السـيد (ة): ..... رئيســا مقررا
و بعضوية السيد(ة): ..... مستشارا
و بعضوية السيد(ة): ..... مستشارا
وبـمحضر السيد (ة): ..... نـائـب عـــام
وبمساعـدة السيد (ة): ..... أمـين ضبـط

رقم القضية: 02726/20
رقم الفهرس: 01258/21
جلسة يـــوم: 20/04/21

بيـــن:
مجمع كينغنام شركة مسهامة أجنبية موربة جنوبية ممثل من طرف مدير المشروع

ضـــــد /

الشركة ذات المسؤولية المحدودة لاشغال الري و حماية البيئة الممثلة من طرف مسيرها مصرف السلام الجزائر ممثل من طرف مديره

صـــدر القـرار الآتـي بيـانه في الـــقضـــية المنـــشـورة لـديه تحـت رقـــم: 02726/20

بين:

1): **مجمع كينغنام شركة مسهامة أجنبية موربة جنوبية ممثل من طرف مدير المشروع** — **مرجع** — **حـاضر**

العنوان : **.....**
المباشر للخصام بواسطة الأستاذ (ة): **ز.هـ**

من جهـــة

و بين:

1): **الشركة ذات المسؤولية المحدودة لاشغال الري و حماية البيئة الممثلة من طرف مسيرها** — **مرجع ضده** — **حـاضر**

العنوان : **.....**
المباشرللخصام بواسطة الأستاذ (ة): .....

2): **مصرف السلام الجزائر ممثل من طرف مديره** — **مرجع ضده** — **معتبر حاضر**

العنوان : **.....**
المباشر للخصـام بـنفسـه

من جهـة أخرى

**** بيـــــان وقـــائع الدعوى ****

بموجب عريضة رجوع الدعوى بعد النقض لدى أمانة ضبط مجلس قضاء تيبازة الغرفة التجارية بتاريخ 05 نوفمبر 2020 تحت رقم 2726-20 أعاد المدعي في الرجوع بعد النقض مجمع كينغنام شركة مساهمة أجنبية(كورية جنوبية) ممثلا قانونا من طرف مدير المشروع بواسطة الأستاذ هشام زعلاني ضد المدعى عليها في الرجوع بعد النقض الشركة ذات المسؤولية المحدودة لاشغال الري و حماية البيئة ممثلة من طرف مسيرها وكذا المدّعى عليه مصرف السلام الجزائر ، شركة ذات أسهم ممثلا من قبل مديره العام الكائن بوكالة باب الزوار 1602 ، جاء فيها : أنه قام برفع دعوى الرجوع بعد النقض و هذا بعد صدور قرار المحكمة العليا بالنقض بتاريخ 13-09-2018 ملف رقم 1255975 والذي جاء في منطوقه تقضي المحكمة العليا بقبول الطعن بالنقض شكلا و بابطال القرار الصادر عن مجلس قضاء تيبازة غرفته التجارية و البحرية بتاريخ 13-12-2016 تحت رقم 02297-16 و إحالة القضية و الاطراف على نفس المجلس مشكلا من هيئة اخرى ليفصل فيها من جديد وفقا للقانون ، و في الشكل قبول دعوى الرجوع بعد النقض لورودها ضمن الاجال و الاشكال المحددة قانونا إذ أنّ الدعوى الحالية

مسجلة في الاجل القانوني المحدد في المادة 367 قانون الإجراءات المدنيّة و الادارية و الذي يسري من تاريخ محضر التبليغ الرسمي لقرار المحكمة العليا و ان مجمع كينغنام تحصل على صفقة من وزارة السكن و التهيئة العمرانية لغرض دراسة و انجاز تهيئة المدينة الجديدة سيدي عبد الله و تم ابرام عقد مقاولة من الباطن بينه و المدعى عليها في الرجوع بعد النقض شركة ذات مسؤولية محدودة مؤسسة انجاز اشغال الري و حماية البيئة بتاريخ 05-08-2012 و ان عقد المقاولة يهدف لدراسة و انجاز البنية التحتية و للجدران الحاملة بالردم المقوي لاجزاء من المشروع و باشرت الاشغال بناءا على امر بداية الاشغال الصادر عنه أي عن المدعي بتاريخ 25-08-2012 و بتاريخ 08-09-2015 تم فسخ العقد الاصلي اي الصفقة التي ابرمها مع وزارة السكن و التهيئة العمرانية و بتاريخ 11-05-2015 طلب من المدعى عليها في الرجوع بعد النقض بتوقيف الاشغال بسبب التاخيرات في الحصول على المصادقة على الملحق التعديلي الرابع للعقد الرئيسي من طرف وزارة السكن و التهيئة العمرانية و اقامت المدعى عليها في الرجوع بعد النقض دعوى قضائية فصدر حكم عن المحكمة بتاريخ 12-07-2016 فهرس 16-04351 قضى باسترداد المدعية لمبلغ الكفالة المودعة لدى بنك السلام الجزائر وكالة باب الزوار والمقدّرة ب 72.549.386,91 دج وعلى اثر استانف هذا الحكم صدر قرار بتاريخ 13 ديسمبر 2016 رقم الفهرس 2912-2016 أيد الحكم المستأنف المذكور أعلاه إلاّ أنّ هذا الحكم تمّ نقضه بقرار المحكمة العليا لعدم رده على مسألة قانونية يرتبط بها انعقاد الاختصاص للقضاء من عدمه للفصل في الموضوع و امرها بالرد مسبقا على الدفع بعدم الاختصاص المثار من طرفه . و ان المحكمة استندت في حكمها على المادة 106 من القانون المدني التي تنص على ان العقد شريعة المتعاقدين الا انها خرجت عن احكام هذه المادة اي خرجت عن البنود التعاقدية المتفق عليها من طرفي النزاع في بروتوكول الاتفاق المبرم بينهما المتعلق بحل النزاعات و الذي تضمنه البند 22 من بروتوكول الاتفاق المبرم بين الطرفين الخاص بالمنازعات لتحديد مختلف الخطوات الملزمة للطرفين الواجب اتباعها لحل اي نزاع يثور بينهما بشأن تنفيذ العقد المبرم بينهما طبقا للمادة 106 من القانون المدني التي تنص على مبدأ العقد شريعة المتعاقدين ، قدم دفعا على اساس البند 22-1 من العقد المبرم بين الطرفين يرمي ينص على تكريس الطرفان أقصى جهود لتسوية أيّ نزاع عن طريق التفاوض بالتراضي إذ يمكن للأطراف تعيين خبير باتفاق مشترك ويدلي هذا الأخير برأيه في النزاع بصفته خبير وليس بصفته حكما ولا يفرض الحل المقترح من قبل الخبير أيّ إلتزام على الطّرفين .

وهذا البند يؤدي لعدم قبول الدعوى لسبق اوانها اذ انه بالرجوع للمادة 22-1 من العقد المبرم بين الطرفين في 05-08-2012 فانها تشترط اللجوء الى ايجاد حل ودي لاي نزاع ينشأ عن تنفيذ العقد او بمناسبته و انه من اجل هذا الغرض يستلزم تعيين خبير لاقتراح الحل الودي الذي يراه مناسبا و لهذا يلتمس رفض لدعوى شكلا تستوجب اللجوء اولا للحل الودي وهي شروط كان لابد من استيفائها و استنفاذها مع اثبات ذلك قبل للجوء للقضاء و الذي بدون تحقق هذه الشروط يعد غير مختص وإنّ المحكمة لم تناقشه ولم ترد عليه ، البند 22-2 ينص على شرط التحكيم إذ أنّ اي خلاف يستعصي حله بموجب اتفاق مشترك سواء اكان بتدخل خبير ام لا كما ذكر اعلاه يحال على التحكيم في الجزائر يعرض احد الطرفين على الطرف الاخر التبليغ الكتابي او طلب احالة النزاع على التحكيم و إنّه دفع بعدم اختصاص المحكمة لوجود شرط تحكيمي في العقد ونصت المادة 1045 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أن يكون القاضي غير مختص بالنظر في موضوع النزاع إذا كانت الخصومة التحكيمية قائمة أو إذا تبين له وجود إتفاقية التحكيم على أن تثار من أحد الأطراف وإنذ الشرطين للتصريح بعدم الإختصاص متحققان في دعوى الحال وهو شرط التحكيم وإثارته من قبل أحد الأطراف .

و اعتبرت المحكمة أنّ هذا الشرط جاء مخالفا لاحكام المادة 1008 قانون الإجراءات المدنية و الادارية التي تستوجب لصحته ان يتضمن شرط التحكيم تعيين المحكمين او تحديد كيفية تعيينهم ، قاضي أول درجة قد جانب الصواب لخضوع الشرط التحكيمي في نزاع الحال لأحكام التحكيم التجاري الدّولي المنصوص عليه بالمادة 1039 وما يليها من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الذي خصه المشرع بأحكام خاصة .

طبقا للمادة 1039 من القانون المذكور أعلاه يعد التحكيم دوليا بمفهوم هذا القانون ، التحكيم الذي يخص النزاعات المتعلقة بالمصالح الاقتصادية لدولتين على الاقل فالمعيار ليعد التحكيم دوليا طبقا للقانون الجزائري يجب أن يتعلق النزاع بمصالح اقتصادية لدولتين على الاقل و لا يهم بعد ذلك ان يجري التحكيم في الخارج او في الجزائر او يطبق بشأنه القانون الجزائري او غيره من القوانين و ان المادة 1041 من نفس القانون في فقرتها الاولى ان الامر متروك كلية لحرية و تقدير الاطراف كما يتبين من فقرتها الثانية انه في غياب التعيين و في حالة صعوبة تعيين المحكمين يجوز للطرف الذي يهمه التعجيل رفع الامر الى القضاء الذي يتحدد اختصاصه محليا حسب التفصيل الوارد في هذه الفقرة ولكون التحكيم في قضية الحال ذا طبيعة دولية فإنّ شرط التحكيمي الوارد في ملحق العقد المبرم بين الطرفين يبقى صحيح حتى لم يتضمن أية إشارة إلى تعيين المحكمين فالقانون واضح ففي القواعد الخاصة بالتحكيم التجاري الدولي الأمر متروك لإرادة الطرفين وفي حالة عدم الاتفاق يتم اللجوء إلى القضاء . وإنّه ما جاء في المادتين 1009 فقرة اولى و 1012 فقرة 3 أنّ اللجوء للقضاء في حالات الصعوبة و في جميع الحالات النزاعية يتاكد منه صحة اختيار الاطراف طريقة تعيين المحكمين بالاحالة مسبقا على القضاء وإنّ مخالفة الفي حكمها محل الإستئناف وخاصة لمبدأ العقد شريعة المتعاقدين طبقا للمادة 106 من القانون المدني . طبقا لعقد الكفالة البنكية المحرر تنفيذا للبند 7 من العقد المبرم بين الطرفين بعد استلام ضمان بنكي من المقاول من الباطن يدفع له المقاول تسبيقا . ومبلغ الضمان يضمن إسترداد التسبيق عن طريق الإقتطاع . إنّ شروط رفع اليد على الكفالة غير متوافرة في قضية الحال طلما لم يتم الوفاء بالمبلغ الكلي للتسبيق باعتبار أنّها غير مستنفذة لغرضها ولم يحن موعد استردادها، ورفع اليد عليها يؤدي إلى حرمانه من ضمان إسترجاعه للتسبيقات التي لم يتم تسديد الجزء الأكبر منها ولم يتم الاتفاق عليها أبدا لغير هذا الغرض . كان على المحكمة الإستئناس برأي المحكمة العليا فيما قضت به من إعتبار الكفالة البنكية عند أوّل طلب تحكمها الأعراف الدولية ومنه فإنّ الحكم المستأنف يشوبه قصور في التّسبيب . بقي من مبلغ التسبيق مبلغ 51.869.266,51 دج لم يسدّد بعد من أصل مبلغ 72.549.386,91 دج .

يلتمس المدعي في الشكل التصريح بقبول دعوى الرجوع بعد النقض الحالية و في الموضوع إفراغ قرار المحكمة العليا بالنقض بتاريخ 13-09-2018 ملف رقم 1255978 وإلغاء الحكم الصادر عن محكمة القليعة بتاريخ 12-07-2016 رقم الفهرس 4351-16 ومن جديد التصدي أصليا الحكم بعدم قبول دعوى المدعية الأصلية امام المحكمة شكلا لرفعها امام القضاء قبل أوانها للدفع بوجود شرط تحكيمي في العقد و احتياطيا رفض الدعوى لعدم تأسيسها و إلزام المرجع ضدها في الحالتين برد مبلغ الكفالة الذي حصلت عليه بدون وجه حق احتياطيا جدا تعيين خبير لتحديد مبلغ الكفالة المتبقى لتصفيتها والحكم بالمصاريف القضائية طبقا للقانون .

اجابت الشركة ذات المسؤولية المحدودة لاشغال الري و حماية البيئة او تي ا شبي او المدعى عليها الأولى في الرجوع بعد النقض بواسطة الاستاذة مريم مهار انها لا يمكنها التحقق من ورود دعوى الرجوع الحالية في الاجال نظرا لعدم تمكينها من ملف الموضوع ، لاسيما محضر التبليغ المشار اليه في عريضة المدعي ، تترك لهيئة المجلس سلطة التحقق من ورود الدعوى في الاجال و من ثم قبولها او رفضها طبقا للمادة 367 من قانون الإجراءات المدنية و الادارية .

ولقد ابرمت مع المدعي في الرجوع بعد النقض عقد مقاولة من الباطن من اجل تجسيد مشروع انجاز المدينة الجديدة سيدي عبد الله مؤرخ في 05-08-2012 و قامت بايداع كفالة ضمان بقيمة 72.549.386,91 دج لدى المدعى عليه الثاني في الرجوع بعد النقض و باشرت الاشغال بموجب امر بداية الاشغال المؤرخ في 21-08-2012 و بتاريخ 08-09-2015 تم فسخ العقد الاصلي بين المدعي في الرجوع بعد النقض و وزارة التهيئة و العمران و بالنتيجة فسخ العقد المبرم بينها و المدعي في الرجوع فرفعت دعوى من اجل استرداد مبلغ الكفالة المودع لدى المدعى عليه الثاني في الرجوع بعد النقض فصدر الحكم المؤرخ في 12-07-2016 الذي قضى لصالحها و تم تاييده بالقرار المؤرخ في 13-12-2016 و ان هذا القرار تم الطعن فيه بالنقض امام المحكمة العليا و صدر القرار المؤرخ في 13-09-2018 الذي قضى بنقض و ابطال القرار المؤرخ في 13-12-2016 و ان نقض المحكمة العليا للقرار المطعون فيه لا يعني

تاسيس دفوع و طلبات المدعي في الرجوع بعد النقض و انما كان بسبب عدم مناقشتها من طرف قضاة المجلس و الرد عليها أي على هذه الدفوع سواء بالقبول او الرفض مما عرض القرار للنقض و الابطال . و ان المدعي في الرجوع بعد النقض حضر امام المحكمة الابتدائية و لم يقدم دفوعه الشكلية و صدر الحكم في اول درجة و بالتالي فان اثارته لهذه الدفوع الشكلية لاول مرة على مستوى الاستئناف يؤدي الى عدم قبولها طبقا للمادة 50 من ق ا م و الادارية فان المدعي يتمسك بالبند 22 - 1 و 22 - 2 من عقد المقاولة من الباطن لتطبيقها على النزاع الحالي في حين ان النزاع يتعلق بالكفالة و التي تخضع لاتفاقية الكفالة المؤرخة في 27-10-2012 و التي لم تتضمن في بنودها اي شرط للجوء الى التحكيم او التسوية الودية و لا يجوز الاحتجاج ببنود عقد المقاولة من الباطن باعتبار انه فسخ بالتبعية نتيجة فسخ العقد الاصلي بتاريخ 08-09-2015 و بالنسبة للبند 22 - 1 المتعلق بالتسوية الودية فانه جوازي و ليس ملزم بدليل استعمال عبارة " يمكن للاطراف " و " لا يفرض الحال اي التزام على الطرفين " و سعت للحل الودي بدليل انتظارها 7 اشهر بعد استلام المدعي للفاتورة لكن بدون جدوى قبل ان ترفع الدعوى الاصلية فان النزاع الحالي بين الطرفين ينصب على استرداد الكفالة و ليس نزاع على الاشغال و بالتالي هي مسألة قانونية يفصل فيها القاضي و ليس الخبير و عند الرجوع بعد النقض ها هو يثير احكام التحكيم التجاري الدولي وإثارته لاول مرة بعد النقض طبقا للمادة 368 ف 2 قانون الإجراءات المدنية و الادارية فان تبرير المدعي في الرجوع بعد النقض بان التحكيم يعتبر دوليا على اساس ان النزاع يتعلق بمصالح اقتصادية لدولتين هو تبرير غير مؤسس كون ان ذلك و ان كان يصدق على الصفقة الاصلية فانه لا يصدق على عقد المقاولة من الباطن المبرم معها ، فهذه الاخيرة لا تمثل الدولة الجزائرية و لا مصالحها الاقتصادية كما أنّ المدعي متوطن بالجزائر اختار بموجبه ان يتم التحكيم في الجزائر وفقا للتنظيم الجزائري فان الدفع بان التحكيم الدولي هو الواجب التطبيق على النزاع غير مؤسس و يتعين رفضه ، و بالرجوع الى قواعد التحكيم الوطني لاسيما المادة 1008 قانون الإجراءات المدنية و الادارية فانه يجب ان يتضمن شرط التحكيم تحت طائلة البطلان تعيين المحكم او المحكمين او تحديد كيفيات تعيينهم و انه بالرجوع الى البند 22 - 2 من عقد المقاولة من الباطن نجد انه جاء خاليا من تعيين المحكمين او كيفيات تحديدهم مما يجعل شرط التحكيم الوارد فيه باطلا و يتعين استبعاده ، إذ أنّه لا نجد عبارة صريحة تتحدث عن ان تعيين المحكمين أو ان كيفيات تعيينهم يتم من قبل الجهة القضائية المختصة ، فالبند جاء خاليا تماما من الاشارة الى عبارة " المحكمين و كيفيات تعيينهم " فان المادة 1009 قانون الإجراءات المدنية و الادارية تقضي بانه في حالة وجود صعوبة في تشكيل محكمة التحكيم يعين المحكم او المحكمون من قبل رئيس المحكمة و بالتالي فان الاصل هو تعيين المحكمين من قبل الاطراف و ليس الجهة القضائية و ان دفوع المدعي في الرجوع بان تعيين المحكمين يرجع للجهة القضائية غير مؤسس و يتعين رفضه مما يتعين استبعاد الشرط التحكيمي لبطلانه و من ثمة انعقاد الاختصاص للقضاء للفصل في النزاع الحالي و بالنتيجة رفض دفع المدعي لعدم التاسيس . إنّ الكفالة المصرفية محل النزاع الحالي لا تحكمها الاعراف الدولية و ان قرار المحكمة العليا المؤرخ في 08-07-2010 لا ينطبق على قضية الحال كما تحاول ان تدفع به المدعية في الرجوع بعد النقض و ان الكفالة المصرفية الدولية يكون احد اطرافها بنكا اجنبيا يصدرها البنك المحلي بناءا على طلب بنك اجنبي او احد فروع البنك المحلي او الاجنبي في الخارج يطلب فيها من البنك المحلي اصدار الكفالة لمستفيد قد يكون مقيم داخل الوطن او غير مقيم و في قضية الحال لا يوجد بين اطراف النزاع بنك اجنبي فانها تعتبر كفالة مصرفية وطنية تخضع للقانون الجزائري بالرجوع الى اتفاقية الكفالة محل النزاع استندت على احكام القانون المدني لاسيما المادة 654 منه و ان العقد الاصلي و بالنتيجة عقد المقاولة من الباطن قد تم فسخهما و بالتالي فان ذلك يؤدي الى انقضاء عقد الكفالة بالتبعية باعتباره عقد تبعي في وجوده و نفاذه للعقد الاصلي و هو عقد المقاولة من الباطن و ان فسخ عقد المقاولة من الباطن المبرم بين الطرفين لم يكن بسببها اي لم يكن بسبب العارضة بل جاء نتيجة فسخ العقد الاصلي بين المدعي و وزارة السكن و العمران و بالتالي فان بقاء الكفالة سارية المفعول يصبح بدون جدوى فانه تمسك المدعي ببقاء الكفالة لغاية تسديد مبلغ التسبيق عن طريق الاقتطاع غير مؤسس كون العقد

بينهما تم فسخه و بالنتيجة لا وجود لاشغال و لا فواتير يتم الاقتطاع منها مما يجعل موضوع الكفالة غير موجودا و بالنتيجة انقضائها ، الكفالة خولت للمدعي في حالات عدم تنفيذ العارضة او تنفيذها الناقص و او المعيب لالتزاماتها التعاقدية و في قضية الحال من الثابت انها لم تخل بالتزاماتها و ان الفسخ كان من طرف المدعي في الرجوع مما يجعل طلبات رد مبلغ الكفالة غير مؤسس و بالنتيجة فان طلبات تعيين خبير غيرمؤسس و يتعين رفضه و قد تم الحكم لها باسترجاع بها الكفالة بتاريخ 12-07-2016 في حين ان فسخ العقد كان قد تم بتاريخ 08-09-2015 اي انها طالبت بها بعد مرور ما يقارب السنة اذ بقيت محتجزة من طرف المدعي بصفة تعسفية و دون اي اساس قانوني و ان العقد المضمون بهذه الكفالة تم فسخه مما اضر بها كثيرا فضلا عن رفض المدعي في الرجوع تسديد مبلغ الاشغال المنجزة المتبقية لتزيد من حجم الاضرار .

تلتمس المدعى عليها في الشكل الأمر متروك لهيئة المجلس في قبول دعوى الرجوع بعد النقض شكلا و في الموضوع تأييد الحكم الصادر عن محكمة القليعة بتاريخ 12-07-2016 رقم الفهرس 16-4351 في كل مقتضياته مع تحميل المدعي في الرجوع بعد النقض المصاريف القضائية .

أضاف المدعي في الرجوع بعد النقض بمقال تعقيبي بواسطة هشام زعلاني انه قد تم تبليغها للمدعى عليها بمحضر رسمي بقرار المحكمة العليا بالنقض كما تم تبليغ المدعى عليه الثاني و ان أصل محضري التبليغ الرسمي المثبتين ان دعوى الرجوع بعد النقض قد جاءت في الاجل المحددة في المادة 367 من ق ا م و الإدارية ، ان الاختصاص النوعي من النظام العام لهذا فقد جاء صراحة في قرار المحكمة العليا بالنقض المؤرخ في 13-09-2018 ملف رقم 1255978 الذي نقض قرار المجلس الصادر بتاريخ 13-12-2016 تحت رقم 16-02912 بان العارض اثار دفعا شكليا بعدم اختصاص القضاء و قدم طلبا للمجلس هادفا للتصريح بعدم اختصاصه و سبب ذلك يكون ان طرفي العقد قد اختارا طريقا بديلا لحل نزاعهم المحتمل و هو التحكيم و ذلك بادراج شرط تحكيمي في العقد المبرم بينهما و ان المجلس ذكر ذلك في بيان الوقائع غير انه لم يناقش هذا الدفع و هو الوجه الذي بنت عليه نقضها لقرار المجلس و ان عقد الكفالة يشترك مع العقد الاصلي في بنوده فان عقد الكفالة البنكية قد كرس له العقد الاصلي المتضمن شرط التحكيم على الاقل مادة منه و هي مادته السابعة (07) حتى لو كان العقد الاصلي باطلا بطلانا مطلقا فان الشرط التحكيمي يبقى قائما و صحيحا للسماح بعرض النزاع على التحكيم و تحاول المدعى عليها ان تقيد هذا الشرط بالتحكيم طبقا للقواعد العامة و ليس التحكيم الدولي فالنزاع يتعلق بعقد من الباطن بين شركتين من القطاع الاقتصادي الخاص لدولتين هما الجزائر كوريا تم ابرامه لغرض تنفيذ عقد اصلي متعلقة به مصالح دولتين كون المتعاقدين ينتميان للبلدين المذكورين هما الجزائر و كوريا الجنوبية و يساهمان في تحقيق المصالح الاقتصادية لبلديهما مما يضفي على التحكيم المتفق عليه طابع تحكيم تجاري دولي طبقا لنص المادة 1039 ق ا م و الإدارية ،كما أنّ الكفالة البنكية عند اول طلب و التي تحكمها الأعراف الدولية و تؤكده بنود عقد الكفالة محل النزاع و هي غير معهودة في القواعد العامة انها ينطبق عليها تماما هذا الاجتهاد القضائي .

يلتمس المدعي إلزام المرجع ضدها برد مبلغ الكفالة و المقدر بـ 72.549.386,91 دج .

أضافت المدعى عليها الاولى في الرجوع بمذكرة جوابية بواسطة الأستاذة مريم مهار ان قرار المحكمة العليا صدر في 13-09-2018 اي ان المدعي قام بتبليغ قرار النقض للاطراف بدلا من السعي لاعادة السير في الدعوى بعد النقض و انه طبقا للمادة 229 ق ا م و الادارية يسري اجل سقوط الخصومة المنصوص عليه في المادة 223 في حالة الاحالة بعد النقض ابتداء من تاريخ النطق بقرار النقض من طرف المحكمة العليا و بالرجوع الى المادة 223 المذكورة تسقط الخصومة بمرور سنتين تحسب من تاريخ صدور الحكم او صدور امر القاضي الذي كلف احد الخصوم القيام بالمساعي و ان المدعي لم يسع لاعادة السير في الدعوى في اجالها طبقا للمادة 229 ق ا م و الادارية باعتبار ان القرار المحكمة العليا صدر في 13-09-2018 و الدعوى الحالية سجلت في 05-11-2020 اي بعد فوات اجل سنتين و ان التبليغ الذي قام به المدعي في

مواجهتها لم يكن بهدف اعادة السير في الدعوى طبقا للمادة 223 ف 2 ق ا م و الادارية مما يتعين معه استبعاده و بالنتيجة القول بسقوط بالخصومة طبقا للمادتين المذكورتين اعلاه و خلافا لما دفع به المدعي فان اتفاقية الكفالة لا تشترك مع عقد المقاولة في بنوده و انه بتفحص بنود اتفاقية الكفالة نجدها خالية تماما من ذكر شرط التحكيم او الحل الودي ، مما يتعين معه رفض دفع المدعي لعدم التأسيس و ان النزاع الحالي يتعلق بالكفالة التي تنظمها اتفاقية الكفالة و ليس عقد المقاولة فضلا عن ان مستحقات العارضة تبررها وضعية الاشغال المنجزة و المسلمة للمدعي و المؤشر عليها بالاستلام و كذا ثبوت ان الفسخ لم يكن بسببها مما يبرر مستحقاتها و ان شرط التحكيم يخضع للقواعد العامة و انه جاء مخالفا لنص المادة 1008 مما يستوجب القضاء ببطلانه و ان الكفالة الحالية لا تحكمها الاعراف الدولية لغياب عنصر البنك الاجنبي ضمن اطراف الدعوى و ما دام ان البنك في قضية الحال محلي فان الكفالة تعتبر وطنية و تخضع للقانون الوطني لا سيما المواد 654 و 648 من القانون المدني .

تلتمس المدعى عليها في الشكل القضاء بعدم قبول إعادة السير في الدعوى بعد النقض لسقوط الخصومة و في الموضوع بافادتها بما جاء في طلباتها السابقة .

أضاف أيضا المدعي في الرجوع بعد النقض بمقال تعقيبي ثاني ان الدفع بسقوط الخصومة المنصوص عليها في المادتين 222 فقرة 2 و 223 ق ا م و الادارية هذا الدفع الشكلي لا اساس له و هذا الدفع بوجوب ان تتم قبل اية مناقشة في الموضوع كون المدعى عليها في الرجوع بعد النقض قد تحصلت على نسخة من محضر تبليغ قرار المحكمة العليا و تعلم علم اليقين حينما قدمت مذكرتها الجوابية الأولى ان اجل السنتين المقررة للسقوط كان قد فات و ان تثير دفعها في الوقت المناسب المحدد بقاعدة امرة في القانون و بما انها لم تفعل اي لم تقدم دفعها بالسقوط قبل اية مناقشة في الموضوع و أضحى دفعها الشكلي الذي قدمته في مذكرتها الجوابية الثانية غير مقبول و ان عقد الكفالة يشترك مع العقد الأصلي في بنوده و منها البند المتضمن الشرط التحكيمي فان عقد الكفالة البنكية قد كرس له العقد الأصلي المتضمن شرط التحكيم و هي مادته السابعة (07) بعد استلام ضمان بنكي من المقاول مما يجعل العقدين مترتبطين ويخضع في حالة النزاع بين الطرفين للتحكيم التجاري الدولي و طالما لم يتم الوفاء بالمبلغ الكلي للتسبيق تبقى الكفالة غير مستنفذة لغرضها و لم يحن موعد استردادها فلا يمكن قانونا و لا تنفيذا للعقد ان يدفع مبلغها لها كما تم بموجب القرار الذي نقضته المحكمة العليا .

إنّ المدعى عليه الثاني تغيب عن جلسات المجلس .

وبعد تبادل الأطراف لمذكّراتهم الجوابية وبعد إيداع الرّئيسة المقرّرة لتقريرها المكتوب وضعت القضيّة في المرافعة لجلسة 06-04-2021 ثمّ وضعت القضية في المداولة لجلسة 13-04-2021 وتمّ تمديدها لجلسة 20-04-2021 للنّطق بالقرار الآتي بيانه:

**** وعليـه فـإن المجـلـس ****

بعد الإطّلاع على عريضة رجوع الدّعوى بعد خبرة والمذكّرات الجوابيّة للأطراف.

بعد الإطلاع على المواد : 18 ، 19 ، 20 ، 412 ، 419 من قانون الإجراءات المدنيّة و الإداريّة .

بعد الإطّلاع على المواد 106 ، 107 ، 124 و 182 من القانون المدني.

بعد الإطلاع على أوراق الملف .

بعد الإستماع إلى الرئيسة المقرّرة في تلاوة تقريرها المكتوب .

بعد المداولة قانونا .

في الشّكل :

حيث أنّ رجوع الدّعوى بعد الطعن بالنقض جائت خارج الآجال القانونية إذ أنّ القرار الصادر عن المحكمة العليا بتاريخ 13-09-2018 رقم الفهرس 00766-2018 المرفق بالملف محل رجوع الحال تمّ إستلامه في 24-10-2018 كما هو ثابت من الملاحظة الواردة على هامشه إذ ورد تسلم القرار بتاريخ 24-10-2018 تحت رقم 67 مع العلم أنّ تسجيل دعوى الرجوع بعد

النقض تمّ بتاريخ 05-11- 2020 تحت رقم 2726- 2020 كما هو ثابت من وصل تسجيل الدعوى المرفق بالملف مما يتعين التصريح بأنّ دعوى الرجوع بعد الطعن بالنّقض جائت خارج الآجال القانونية المنصوص عليها بالمادة 367 من قانون الإجراءات المدنيّة والإداريّة التي تنص على أن " تخطر جهة الإحالة بموجب عريضة تتضمن البيانات المطلوبة في عريضة إفتتاح الدّعوى ، مرفقة بقرار النّقض ، ويجب إيداع العريضة تحت طائلة عدم القبول المثار تلقائيا ، قبل إنتهاء اجل شهرين من التبليغ الرّسمي لقرار المحكمة العليا للخصم شخصيا ، ويمدّد هذا الأجل إلى ثلاثة أشهر عندما يتم التبليغ الرسمي إلى الموطن الحقيقي أو المختار . ويسري هذا الأجل حتّى في مواجهة من بادر بالتبليغ الرّسمي .

حيث أنّ الأجال المنصوص عليها بالمادة المذكورة أعلاه تعد من النظام العام إذ تثار تلقائيا .

حيث أنه بناء على كل ما تقّدم يتعين القضاء بعدم قبول رجوع الدعوى بعد الطعن بالنقض لورودها خارج الآجال القانونية طبقا لأحكام المادة 367 فقرة 1 المذكورة أعلاه .

حيث أنّ المصاريف القضائية يتحملها المدعي في الرجوع .

**** لهـــذه الأسـبـاب ****

فصلا في القضايا التجارية قضى المجلس علنيّا ، نهائيّا ،اعتباريا حضوريّا للمدعى عليه الثاني وحضوريا لباقي الأطراف:

في الشّكل : عدم قبول رجوع الدّعوى بعد الطعن بالنقض . وتحميل المدّعي المصاريف القضائيّة .

بذا صدر هذا القرار و تم النطق به في الجلسة المنعقدة بالتاريخ المذكور اعلاه و لصحته أمضاه الرئيسة المقررة و أمين الضبط.

الرئيـس (ة) المقرر(ة) أميـن الضبـط