الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

وزارة التعليم العالي و البحث العلمي

جامعة زيان عاشور الجلفة

كلية الحقوق و العلوم السياسية

أطروحة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه الطور الثالث

الشعبة : حقوق

التخصص قانون أعمال

# آثار ظهور عقود الأعمال على مبدأ حرية التعاقد


من إعداد

حدة تمزور


نوقشت بتاريخ 2023/05/17 من طرف اللجنة المكونة من

| الاسم واللقب | الرتبة العلمية | مؤسسة الإنتماء | الصفة |
|---|---|---|---|
| سماعيل بن حفاف | أستـــــــــاذ | جامعة الجلفـــة | رئيســـــا |
| منصـــــور داود | أستـــــــــاذ | جامعة الجلفـــة | مشرفا و مقررا |
| مليكة حجـــاج | أستاذة محاضرة "أ" | جامعة الجلفـــة | مشرفا مساعدا |
| صباح عسالـــــي | أستـــــــــاذة | جامعة الجلفـــة | ممتحنـــــا |
| محمـــد سويلـــم | أستاذ محاضر "أ" | جامعة غردايـــة | ممتحنـــــا |
| محمـــد البـــرج | أستاذ محاضر "أ" | جامعة غردايـــة | ممتحنـــــا |
| أحمـــد بن الصادق | أستاذ محاضر "أ" | جامعة الجلفـــة | مدعـــــوا |

السنة الجامعية 2022- 2023 م

بسم الله الرحمن الرحيم

# إهـداء

## أهدي هذا العمل :

**إلى** الكريمين أبي رحمه اللّه و أمي حفظها اللّه .

**إلى** أخي الغالي محمد ، و أختي الغالية و بناتها .

**إلى** زوجي الغالي الذي آمن بي و منحني الثقة لأصل إلى ما أريد ومن

أجل ذلك كان لي عونا و داعما دون ملل أو كلل

**إلى** نور عيني .....إلى من عرفت بقدومه أن للفرح و للحياة معنى آخر

لم أعرفه من قبل .....إليك أنت يا إبني و أميري هيثم

# شكر و تقدير

**الحمد لله قبل كل شيء**

**الحمد لله الذي أخرجني من ظلمات الجهل إلى نور العلم**

أتقدم بجزيل الشكر و التقدير

**للأستاذ الدكتور داود منصور**

على ما قدمه لي من توجيه و نصح وحرصه على تقديم الأفضل طيلة

مدة البحث ، و أتمنى له التوفيق في مسيرته العلمية و العملية

كما أشكر جميع الأساتذة الكرام **أعضاء لجنة المناقشة** على

تفضلهم بقبول مناقشة هذه الأطروحة .

# مقدمـــــــة

إن العقود الكلاسيكية كانت أقل انسجاما مع ما تتصف به بيئة الأعمال من تعقيد و تشعب نتيجة الانفتاح الاقتصادي أمام العالم الخارجي و التعامل في إطار التجارة الدولية ، مما دفع رجال الأعمال إلى ابتداع عقود تعتبر أكثر ملائمة مع هذه البيئة ، تعرف باسم عقود الأعمال ، و هي عقود تتضمن التزامات تطبق عليها جميع النصوص التي يشملها قانون الأعمال بمعناه الواسع (القانون التجاري ، قانون الشركات التجارية ، قانون النقد و القرض ، حرية المنافسة و الأسعار ، تدابير حماية المستهلك ، القانون الجنائي للأعمال ...) .

فلقد كان لاتساع نطاق المعاملات و امتدادها إلى خارج حدود الدول ، تأثير مباشر على قواعد القانون التجاري التي لم تعد تتلاءم مع العلاقات في مجال الأعمال ، مما أدى إلى ظهور قانون آخر أوسع يشمل كل النصوص القانونية التي تنظم جوانب متعددة من هذه العلاقات من جهة ، و من جهة أخرى فرض تشكل قانون الأعمال ظهور عقود الأعمال كأشكال جديدة من العقود تتجاوز المفهوم التقليدي للعقد و هي عقود تعتبر أكثر انسجاما مع مجال الأعمال الذي يقوم على منطق السوق و قواعد المال .

فإذا كان مفهوم العقد بشكل عام ينصرف إلى اتفاق شخصين أو عدة أشخاص آخرين بمنح أو فعل أو عدم فعل شيء ما [1]، تلبية لرغبات الأفراد ، فعقود الأعمال هي تلك العلاقات القانونية التي تبرم في السوق بين المتعاملين الاقتصاديين ، لتلبية حاجاتهم التي قد تتعلق بالتواجد في السوق أو التوسع فيه،فعقود الأعمال بهذا المعنى تظهر كوسيلة يعتمد عليه المتعاملين لفرض السيطرة على الأسواق بمختلف أنواعها من

[1] – المادة رقم 54 من القانون رقم 10/05 المؤرخ في 20 جوان 2005 ، **الجريدة الرسمية** عدد 44 ،الصادرة بتاريخ 26 جوان 2010 يعدل و يتمم الأمر رقم 58/75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني ، **الجريدة الرسمية** عدد 78 الصادرة بتاريخ 30 أكتوبر 1975.

جهة ومن جهة أخرى ، تعتبر الوسيلة التي بواسطتها يتم التزاحم و التنافس بين مختلف الفاعلين في المجال الاقتصادي[1] .

و إذا أردنا التمييز بين عقود الأعمال كمفهوم اقتصادي و العقد بمفهومه التقليدي في إطار القانون المدني، فإن أهم اختلاف بينهما هو المصلحة المراد حمايتها ، فإذا كانت العقود التقليدية لا تعنى إلا بمصالح الأطراف المتعاقدة فإن عقود الأعمال تتعدى مصلحة الأشخاص المتعاقدة لتشمل اقتصاديات الدول ، كما لا تنصرف أثار العقد المدني إلا إلى أطرافه كأصل طبقا للمادة 108 من القانون المدني[2]، لكن تطبيق هذه القاعدة على عقود الأعمال يؤدي إلى عرقلة تنفيذها و عرقلة ترتيب آثارها بل ويعرقل تحقيق فعاليتها فلا تؤدي دورها الاقتصادي المرجو منها .

ترتبط نشأة و ظهور عقود الأعمال بالأنظمة الرأسمالية التي تكرس الحرية الاقتصادية القائمة على فكرة الملكية الخاصة لوسائل الإنتاج و حرية التصرف فيها، حيث يكون المتعامل الاقتصادي حرا في ما يمتلكه من موارد إنتاج و من سلع أو خدمات أو حتى حقوق الملكية الفكرية ، و يكمل فكرة الملكية الخاصة مبدأ حرية التعاقد من خلال حرية المتعامل الاقتصادي في التصرف في هذه الوسائل و في تحديد الشروط التي يتعاقد بموجبها مع غيره من المتعاملين الاقتصاديين ، بل و في اختيار الأشخاص الذين يتعامل معهم في السوق [3].

كما ترتبط نشأة عقود الأعمال بحاجة المتعاملين في محيط الأعمال ، و تتنوع و تختلف باختلاف المجال و الحاجة التي أنشأت من أجلها ، و اتساع النشاط الاقتصادي واختلاف نمطه من إنتاج و توزيع

[1] – بوعش وافية ، **محاضرات في عقود الأعمال** ، موجهة لطلبة سنة أولى ماستر ، جامعة محمد الصديق بن يحي جيجل ، بدون سنة نشر ص 04.

[2] – تنص المادة 108 من القانون المدني على أنه : " **ينصرف العقد إلى المتعاقدين و الخلف العام ، ما لم يتبين من طبيعة التعامل ، أو من نص القانون أن هذا الأثر لا ينصرف إلى الخلف العام كل ذلك مع مراعاة القواعد المتعلقة بالميراث** " .

[3] – بوعش وافية ، محاضرات في عقود الأعمال ، المرجع السابق ، ص 23.

فهناك عقود التجارة ، و عقود التمويل ، وعقود نقل التكنولوجيا ، إلى جانب تصنيفات أخرى لعقود الأعمال حيث لا يمكن حصرها .

فمتى كانت الحاجة إلى المال فإن عقود التمويل المتمثلة في عقد الاعتماد الايجاري أو عقد تحويل الفاتورة أو أي عقد آخر يدخل في إطار عقود التمويل ، توفر للمؤسسات السيولة المالية بعيدا عن التعقيدات و الضمانات المرهقة التي تفرضها وسائل التمويل التقليدية ، ومتى كان هدف المؤسسة الاستفادة من الضمانات ، تبرم عقود التأمين أو ضمان الاستثمار ، أما إذا احتاجت المؤسسات الاقتصادية إلى تطوير نشاطها فإن عقود نقل التكنولوجيا وعقود التسيير أو المناجمنت تساعد المؤسسات الاقتصادية على تطوير نشاطها من خلال الاستفادة من خبرات المتعاملين ذوي الشهرة العالية مما يؤثر بدوره على تطوير الاقتصاد ككل ، كما تحقق عقود التوزيع ، و عقود التجارة الالكترونية ،و البيع التجاري الربح السريع وتوسيع النشاط إلى أسواق أخرى .

كما ظهر عقد البوت (BOT)كنوع من عقود الأعمال الذي تعتمد عليه الدول في انجاز البنى التحتية للمشروعات الاقتصادية الضخمة كالموانئ و الطرق و المطارات و شبكات الاتصال والكهرباء بالإضافة إلى البنى التحتية الاجتماعية ( التعليم ، الصحة ...) التي كانت الدولة تتولى انجازها نظرا لضرورتها للمجتمعات ، لكن أمام خبرة و كفاءة القطاع الخاص في بناء وتشغيل و إدارة المرافق العمومية أسندت له الدولة هذه المهام مقابل استغلال المشروع تجاريا لاسترداد تكاليف انجازه و تحقيق أرباح مناسبة و ذلك لمدة زمنية محددة تسترد الدولة بعد انتهائها المرفق المنجز [1].

إن ممارسة النشاط الاقتصادي في بيئة الأعمال تحكمه قواعد عرفية من وضع المتعاملين الاقتصاديين بعيدا عن المشرع وتدخلاته ، مما أبعد عقود الأعمال عن دائرة العقود المسماة ، حيث لم تحظى أغلب هذه

[1] – سامية حساين ، تطور النظام القانوني لعقود الأعمال في القانون ، **الملتقى الوطني الموسوم ب مبدأ سلطان الإرادة في عقود الأعمال بين الحرية و التقييد** ، جامعة امحمد بوقرة بومرداس ، 06، 07 نوفمبر 2017 ، ص 09 .

العقود بالتنظيم حتى في الدول التي ظهرت فيها ، بل مازالت في أغلب الدول الليبرالية محل نقاش بين الفقهاء مما أدى إلى عدم استقرار قواعدها إلى الآن [1]، إلا البعض منها ، حيث استدعى تأثيرها المباشر على الاقتصاد ضرورة ضبطها ضمن تشريعات بعض الدول من بينها التشريع الجزائري .

ففي ظل الإصلاحات الاقتصادية التي شهدتها الجزائر في فترة التسعينات تبنى التشريع الجزائري بعض عقود الأعمال ، فأدرج بعضها ضمن القواعد العامة ، و خصص لبعضها نصوصا تؤطرها وتنظمها كالأمر رقم 09/96 الذي تضمن تنظيما شاملا و دقيقا لعملية الاعتماد الايجاري بمختلف صورها [2] ، فهو لم يقتصر على الجانب التنظيمي فقط بل نظم جانب العلاقات الناشئة بين أطرافه ، كخطوة كبيرة في هذا المجال.

كما أثر التوجه الاقتصادي الجديد للدولة الجزائرية على قانون العقود بما يلاءم تلك المرحلة الاقتصادية التي عرفتها البلاد في مطلع التسعينات ، حيث ظهر تنظيم المبادرات الاقتصادية أكثر مرونة ، بإنشاء عقد التسيير بموجب القانون رقم 01/89 الذي يتمم القانون المدني [3] ضمن العقود الواردة على العمل الذي يتم من خلاله إسناد إدارة النشاطات الاقتصادية إلى شركات متخصصة و ذات شهرة معترف بها ، وفي نفس السياق أضاف بموجب المرسوم التشريعي رقم 08/93 الذي يتمم و يكمل القانون التجاري [4] ،عقد تحويل الفاتورة ضمن السندات التجارية ، من أجل حل مشكلة تحصيل الديون التجارية التي تعاني منها المؤسسات الاقتصادية .

---

[1] – سامية حساين ، المرجع السابق ، ص 05.

[2]– الأمر رقم 09/96 المؤرخ في 10 جانفي 1996 المتعلق بالاعتماد الايجاري ، **الجريدة الرسمية** عدد 3 الصادرة بتاريخ 14 جانفي 1996 .

[3]– القانون رقم 01/89 المؤرخ في 07 فيفري 1989 ، متمم للأمر رقم 58/75 ، يتضمن القانون المدني ، **الجريدة الرسمية** عدد 6 الصادرة بتاريخ 8 فيفري 1989 .

[4]– المرسوم التشريعي رقم 08/93 المؤرخ في 23 أفريل 1993 ، متمم للأمر رقم 59/75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 ، يتضمن القانون التجاري ، **الجريدة الرسمية** عدد 27 الصادرة بتاريخ 27 أفريل 1993 .

فالمشرع الجزائري اكتفى بتنظيم عقد الاعتماد الايجاري و عقد تحويل الفاتورة و عقد التسيير لضرورات اقتصادية ، تاركا بقية عقود الأعمال للقواعد العامة و للأعراف التي جرى العمل بها في مجال الأعمال ، شأنه شأن العديد من التشريعات التي لم تتمكن من تنظيم أغلب عقود الأعمال ، بسبب خصوصية هذه العقود التي جعلت القوانين عاجزة عن وضع حلول لكل انشغالات المتعاملين الاقتصاديين من الناحية العملية و هي كثيرة ، و بالتالي ظلت عقود الأعمال خاضعة لقواعد من صنع المتعاملين الاقتصاديين و هي قواعد تراعي خصوصية هذه العقود ظهرت كعادات وأعراف ، و الأكثر من ذلك أدى غياب التنظيم القانوني لأغلب عقود الأعمال إلى صياغة عقود نموذجية من أجل توحيد تلك القواعد التي أراد المتعاملين الاقتصاديين تطبيقها على تعاملاتهم .

إن نشأة عقود الأعمال على يد المتعاملين الاقتصاديين بعيدا عن الأنظمة القانونية ، و في بيئة الأعمال التي تتصف بأنها تتعارض مع فكرة التنظيم و التقييد ، و أمام ضرورة احترام العقود مهما كانت لمبادئ النظام العام ، و في ظل تطور دور الدولة و سعيها إلى توجيه العقود نحو المصلحة الاقتصادية العامة عند إبرامها ، تظهر ضرورة البحث عن نطاق حرية التعاقد في عقود الأعمال خاصة في ظل الدور الاقتصادي الهام الذي تؤديه هذه العقود .

إن مبدأ حرية التعاقد الذي استمر منذ القرن السابق عشر إلى غاية القرن التاسع عشر مسيطرا على النظام التعاقدي في مجمله ، تراجع أمام التدخلات المتزايدة للدولة و المشرع ، حيث لم يعد هذا المبدأ ملائما كأساس للمعاملات في ظل التطورات الاقتصادية و الاجتماعية التي ظهرت في العصر الحديث وبحكم المستجدات التي ارتبطت بهذا التطور زادت القيود المفروضة على مبدأ حرية التعاقد من خلال تدخل المشرع لتوجيه العقد ، و اتسع المجال لتدخل القاضي في بناء مضمون العقد إلى جانب المتعاقدين بغرض تحقيق العدالة التعاقدية و حماية الطرف الضعيف في العقد ، خاصة في ظل العقود التي تتسم بانعدام

التكافؤ الاقتصادي كعقود الأعمال ، حيث أن التصور البسيط لمرحلة تكوين العقد التي يسيطر عليها مبدأ حرية التعاقد دون منازع لا يتناسب مع هذه العقود و لا يحقق المساواة و العدالة العقدية فيها .

و من جهة أخرى يؤدي انعدام التكافؤ الاقتصادي في بيئة الأعمال إلى استغلال العلاقات بين المتعاملين الاقتصاديين في السوق ، للقيام بالممارسات التعسفية ، سواء تلك التي تتعلق باستغلال وضعية الهيمنة على السوق ، أو ممارسة التعسف في استغلال وضعية التبعية الاقتصادية ، الأمر الذي سمح للمشرع بالتدخل لتنظيم وتوجيه هذه العلاقات من أجل تكريس و ضمان حرية المنافسة كهدف أساسي ، ومن أجل ضمان استقرار هذه العلاقات من خلال تحقيق التوازنات العقدية بصورة غير مباشرة ، عبر أسلوب إجباري منعي متميز ، يفرض التزامات جديدة غير معروفة في قانون العقود على المتعاقدين مع منع وحظر كل الممارسات المقيدة للمنافسة ، و هو ما يتعارض مع حرية المتعاقدين في تحديد آثار العقد كصورة من صور تقييد الحرية العقدية.

يتدخل المشرع لضبط و توجيه النشاط الاقتصادي باسم النظام العام التنافسي المستوحى من النظام العام الاقتصادي التوجيهي ، و الذي يعتبر جوهر القانون الاقتصادي المعاصر الذي يربط بين الاقتصاد والقواعد القانونية كنتيجة للتطورات التي شهدها قانون المنافسة ، هذا الأخير الذي تتجسد مهمته الأساسية في حماية المنافسة ، من خلال حظر الممارسات المقيدة للمنافسة و مراقبة عمليات تجميع المؤسسات الاقتصادية ، و هو ما يسمى بالنظام العام الاقتصادي التنافسي[1]، فإذا كان إبرام العقود بشكل عام مرتبط بضرورة احترام النظام العام و إلا كانت باطلة ، فإن المتعاملين الاقتصاديين ملزمين باحترام النظام العام الاقتصادي التنافسي في العلاقات التعاقدية التي تجمع بينهم.

[1] – مختور دليلة ، تطبيق أحكام قانون المنافسة في إطار عقود التوزيع ، **أطروحة دكتوراه في العلوم** ، **تخصص قانون** ، جامعة مولود معمري تيزي وزو ، 2015 ، ص 3 .

تظهر أهمية دراسة موضوع أثار ظهور عقود الأعمال على مبدأ حرية التعاقد من **الناحية القانونية** في تقييم مدى تأثير ظهور عقود الأعمال –كشكل من أشكال العقود التي تتجاوز المفهوم التقليدي للعقد – على المبادئ العامة للقانون و مدى مرونة و قابلية قانون العقود للتطور وفق ما تقتضيه هذه العقود من جهة ، و من جهة أخرى تتيح لنا هذه الدراسة تسليط الضوء على المنظومة القانونية المتعلقة بعقود الأعمال و تحديد مواطن القصور فيها، من خلال الكشف عن كل النقائص و الثغرات القانونية التي تعيق انتشار و تطور عقود الأعمال في السوق الجزائرية و المساهمة في اقتراح الحلول القانونية للإشكاليات التي يطرحها تطبيق عقود الأعمال في الجزائر .

أما من **الناحية الاقتصادية** فتهتم هذه الدراسة بإبراز دور عقود الأعمال في تحقيق الفعالية الاقتصادية للمؤسسات الاقتصادية خاصة الصغيرة و المتوسطة ، التي أصبح لها دور هام في مخطط التنمية الاقتصادية الذي تبنته الجزائر من أجل تشجيع الاستثمار و خلق روح المبادرة و الابتكار و توفير مناصب الشغل للشباب المستثمر ، إلى جانب دورها الفعال إلى جانب المؤسسات الاقتصادية الكبيرة في تحقيق الأنشطة الاقتصادية و الاجتماعية، خاصة في ظل الانفتاح الاقتصادي الذي يشهده العالم و الذي دفع الدول النامية إلى التخطيط و وضع استراتيجيات للنهوض باقتصادياتها ، من بينها فكرة المؤسسات الصغيرة والمتوسطة و تدعيم وجودها و استمرارها عن طريق توفير التمويل اللازم لها ، و العمل على تطوير نشاطها من خلال الاستفادة من خبرات و تجارب عالمية وعلامات مشهورة .

تهدف هذه الدراسة إلى :

- تحديد نطاق تطبيق مبدأ حرية التعاقد في إطار بيئة الأعمال .
- تسليط الضوء على الدور الاقتصادي لعقود الأعمال .
- تسليط الضوء على مكانة عقود الأعمال في القانون الجزائري .

- تقييم تجربة المشرع الجزائري في تنظيم بعض عقود الأعمال .
- تسليط الضوء على العراقيل التي تعيق تطبيق عقود الأعمال في الجزائر سواء من الناحية القانونية أومن الناحية الاقتصادية.

إن اختيارنا لهذا الموضوع نابع من رغبة شخصية في إعداد دراسة حول موضوع حديث يفتقر إلى الدراسات السابقة ، و يعتبر موضوع عقود الأعمال بصفة عامة من المواضيع الحديثة التي تقل فيها الدراسات القانونية ، و من ثمة تبقى العديد من الأسئلة المرتبطة به تبحث عن إجابات ، و يعتبر إزالة الغموض عنها هدف كل باحث يملك شغف البحث و الاطلاع .

و من ناحية أخرى يربط هذا الموضوع بين عقود الأعمال التي لها تأثير مباشر على الاقتصاد الوطني و أحد أهم مبادئ النظرية العامة للعقد ، مما يجعل البحث فيه يشكل إضافة للبحث العلمي على الصعيدين القانوني و الاقتصادي .

يثير موضوع هذا البحث عدة إشكاليات ، بسبب حداثته من جهة و أهميته من جهة أخرى سواء من الناحية القانونية أو من الناحية الاقتصادية ، و من خلال هذا البحث سوف نحاول مناقشة إحدى هذه الإشكاليات التي تتعلق بما يلي : نظرا لأهمية مبدأ حرية التعاقد في العقود بصفة عامة وعقود الأعمال بصفة خاصة ، وبالنظر لأهمية هذه العقود في تحقيق التنمية الاقتصادية وتطوير الاستثمارات ، **فما مدى إعمال مبدأ حرية التعاقد في عقود الأعمال ؟**

تثير هذه الإشكالية الرئيسية عدة تساؤلات يمكن مناقشتها من خلال هذا البحث ، تتمثل أساسا في:

– كيف تم التوفيق بين متطلبات تعزيز مبدأ حرية التعاقد في عقود الأعمال و ضرورات تقييده من خلال الأحكام المنظمة لهذا النوع من العقود،خاصة في ظل سعي المشرع لاستغلالها في عملية التنمية الاقتصادية و ترقية الاستثمار؟

– إلى أي مدى تأثر مبدأ الرضائية كمبدأ عام بالشكليات الاستثنائية التي يخضع لها إبرام عقود الأعمال ؟

– هل يمكن تطبيق نظرية الإذعان على عقود الأعمال ، خاصة في ظل عدم التكافؤ الاقتصادي الذي تتسم به بيئة الأعمال ؟

– ما مدى استجابة عقود الأعمال لقواعد المنافسة، وما هو دور آليات قانون المنافسة في معالجة اختلال توازن الالتزامات في عقود الأعمال ؟

من أجل الإجابة على الإشكالية المطروحة اعتمدنا على المنهج التحليلي الذي يتلاءم مع أهداف الدراسة التي تستدعي تحليل النصوص القانونية و الآراء الفقهية التي لها علاقة مباشرة أو غير مباشرة بحرية التعاقد و عقود الأعمال ، مع توظيف المنهج الوصفي لأجل وصف المصطلحات المتعلقة بالدراسة وتحليل المعطيات و تفسيرها ، وكذا الاستعانة بالمنهج المقارن في الحدود التي تقتضيها الدراسة ، من أجل المقارنة بين الأحكام المتعلقة بتنظيم عقود الأعمال في مختلف التشريعات .

من أجل معالجة الإشكالية المطروحة ارتأينا تقسيم الدراسة إلى بابين :

الباب الأول تطرقنا فيه إلى **تراجع مبدأ حرية التعاقد في إبرام عقود الأعمال** من خلال تقسيمه إلى فصلين ، حيث تطرقنا في الفصل الأول منه إلى أولى القيود المفروضة على مبدأ حرية التعاقد في مرحلة إبرام عقود الأعمال و هي : تحديد صفة المتعاقد في عقود الأعمال كقيد على حرية المتعاقد في اختيار المتعاقد وذلك من خلال مبحثين ، المبحث الأول تحديد صفة المتعاقد في عقود الأعمال : وسيلة للبحث عن المتعاقد المناسب ، و المبحث الثاني : تحديد صفة المتعاقد في عقود الأعمال : وسيلة لتحقيق المصلحة الاقتصادية العامة .

و بالنسبة للفصل الثاني فقد تضمن القيد الثاني المتعلق بحرية التعاقد في بعدها الشكلي و هو مرتبط أيضا بمرحلة تكوين عقود الأعمال و عنونته تراجع مبدأ الرضائية في عقود الأعمال : قيد على مبدأ حرية التعاقد في بعدها الشكلي ، و الذي تمت مناقشته من خلال تقسيمه إلى مبحثين ، المبحث الأول : أحكام عقود الأعمال بين الرضائية و الشكلية ، المبحث الثاني : آثار تراجع مبدأ الرضائية في عقود الأعمال .

أما في الباب الثاني فقد تطرقنا إلى **تراجع مبدأ حرية التعاقد في تحديد أثار عقود الأعمال** من خلال تقسيمه إلى فصلين حيث يتعلق الفصل الأول من هذا الباب بتدخل قانون المنافسة للحد من الحرية التعاقدية في عقود الأعمال تحقيقا للتوازن العقدي ، و قسمته إلى مبحثين ، عنوان المبحث الأول هو مظاهر اختلال توازن الالتزامات في عقود الأعمال من منظور قانون المنافسة ، أما المبحث الثاني فعنوانه آليات قانون المنافسة لمعالجة اختلال توازن الالتزامات في عقود الأعمال .

و الفصل الثاني يتعلق بتدخل القاضي للحد من الحرية التعاقدية في عقود الأعمال تحقيقا للتوازن العقدي ، ففي المبحث الأول منه تطرقت إلى مظاهر اختلال توازن الالتزامات في عقود الأعمال والمبحث الثاني تطرقت فيه إلى سلطة القاضي في معالجة اختلال التوازن في عقود الأعمال .

# الباب الأول:

# تراجع مبدأ حرية التعاقد في إبرام عقود الأعمال

تؤسس العقود على مبدأ سلطان الإرادة في كل مراحلها من تكوينها إلى تنفيذها ، فمرحلة تكوين العقد تؤسس على مبدأ حرية التعاقد الذي يعتبر من أهم نتائج مبدأ سلطان الإرادة ، وهو يشمل ثلاث مجالات ، حرية المتعاقد في التعاقد أو عدم التعاقد ، و حرية المتعاقد في اختيار المتعاقد معه ، و أيضا حرية المتعاقدين في تحديد مضمون العقد ، و على هذا الأساس تتأثر مرحلة تكوين العقد بما يفرضه المشرع من قيود على مبدأ حرية التعاقد ، سواء مست هذه القيود جوهر العقد أو شكله ، بحيث أن الإرادة لن تكون حرة إذا كان تحققها يرتبط باحترام شكلية محددة .

تعتبر عقود الأعمال من العقود المهمة التي لها تأثير مباشر على الاقتصاد الوطني من خلال مساهمتها في تمويل الاستثمارات و كذا تطوير نشاط المؤسسات و تزويدها بأحدث تقنيات الإنتاج و التوزيع ، وأمام ذلك اهتم المشرع الجزائري بتنظيم بعض هذه العقود ، مما أثر على الحرية التعاقدية التي يضيق مجالها كلما أراد المشرع توجيه العقد من أجل تحقيق المصلحة الاقتصادية العامة ، عبر تقييد حرية المتعاقد في اختيار المتعاقد معه ، و الذي يظهر بصورة واضحة في تدخل المشرع في تقرير صفة المؤجر في عقد الاعتماد الايجاري وكذا صفة الوسيط في عقد تحويل الفاتورة ، فصفة المتعاقد في هذه العقود تحمل في تكوينها مجموعة من الشروط و الإجراءات تتجاوز حرية المتعاقد في اختيار المتعاقد .

يقصد بمبدأ الرضائية كفاية توافق إرادتي الطرفين لانعقاد العقد دون الحاجة إلى شكلية معينة ، إلا أنه قد يفرض المشرع استثناءا شكل معين في بعض التصرفات القانونية ، كأن يفرض شكلية الكتابة إما كشرط لصحة العقد أو لإثباته ، و هذا المبدأ العام و الاستثناءات الواردة عليه يعمل به في إطار عقود الأعمال أين تصطدم حرية المتعاقدين في اختيار الشكل الذي يتم به إثبات تصرفاتهم بفرض الكتابة عند القيام ببعض الالتزامات ، إذ يفرض القانون تقديم الدليل الكتابي كما هو الشأن في عقد الاعتماد الايجاري

وعقد الفرانشيز ، فحرية التعاقد ذات بعدين أحدهما يمس جوهر العقد و الثاني يتعلق بشكل العقد و كل ما يتعلق بشكلية إبرام العقد أو إثباته من شروط يعد تقييدا لحرية التعاقد .

و على هذا الأساس ترتبط مرحلة إنشاء عقود الأعمال بنوعين من القيود التي تفرض على مبدأ الحرية التعاقدية ، سواء فيما يتعلق بتقييد حرية المتعاقد في اختبار المتعاقد من خلال تحديد صفة المتعاقد و التي تبدو أكثر وضوحا في عقدي الاعتماد الايجاري وعقد تحويل الفاتورة باعتبارهما يقومان على الاعتبار الشخصي (**الفصل الأول** ) ، بينما يتعلق القيد الثاني بالشكليات التي فرضتها تشريعات عقود الأعمال سواء في المرحلة السابقة على التعاقد أو خلال ذلك ، خصوصا بعد تأثر عقود الأعمال بالحركة التشريعية التي تتميز بتزايد الشكلية بجميع صورها في التصرفات القانونية ، مقابل تراجع مبدأ الرضائية (**الفصل الثاني**) .

## الفصل الأول

## تحديد صفة المتعاقد في عقود الأعمال : استثناء عن مبدأ حرية التعاقد

إن تحديد صفة المتعاقد في عقود الأعمال تعد قيدا على حرية المتعاقد في اختيار المتعاقد ، و هي إحدى أساليب تقييد الحرية التعاقدية و وسيلة لتوجيه مرحلة إبرام العقد من أجل تحقيق المصلحة العامة .

يظهر تأثير تحديد صفة المتعاقد على مرحلة إبرام عقود الأعمال ، من خلال تحديد الشروط المتعلقة بالمتعاقد ، ومن خلال الاعتماد على الأسلوب الإداري لتكوين صفة المتعاقد ، حيث لجأ المشرع إلى تقييد حرية المتعاقد في اختيار المتعاقد في هذه العقود ( عقد الاعتماد الايجاري و عقد تحويل الفاتورة ) حرصا منه على التحكم في صفة المتعاقد ، لما تمثله هذه الصفة من أهمية على الصعيد الاقتصادي .

فالمشرع لم يمنح لكل شخص الحق في كسب صفة الطرف المتعاقد في عقود الأعمال بل أراد أن يصنع هذه الصفة ، من خلال فرض اشتراطات معينة تتعلق بالشكل القانوني للمتعاقد ، بالإضافة إلى اشتراط الجوانب الفنية و المالية التي يعول عليها في تكوين هذه الصفة ، كما أضاف الجوانب الإدارية لما ربط ممارسة هذه النشاطات بضرورة الحصول على الرخصة و الاعتماد الإداري ، حيث أن لهذه التقنيات التعاقدية مع كل الشروط المتعلقة بتكوين صفة المتعاقد أثر مشترك على تراجع الحرية التعاقدية في عقود الأعمال (**المبحث الأول** ) .

بالرجوع إلى القواعد العامة نجد أن المشرع يسعى لتنظيم العلاقة التعاقدية بغرض تحقيق المصلحة الخاصة للمتعاقدين ، وفي سبيل ذلك يطلق العنان لحرية إرادة الأطراف قدر الإمكان فهم أدرى واحرص على مصالحهم الخاصة ، إلا أن الأمر يختلف بالنسبة لتنظيم عقود الأعمال الذي يستهدف غايات عامة حيث لا يعتمد المشرع على إرادة الأطراف الحرة بل على تقييد هذه الإرادة قدر الإمكان من أجل توجيه هذه العقود لمطابقة المصلحة العامة ، فتركيز الدولة على توجيه مرحلة إبرام عقود الأعمال جاء من أجل تحقيق

المصلحة الاقتصادية العامة ، التي لا يحسن تحقيقها إلا متعاقد تتوفر فيه صفات معينة ، و لن يمر ذلك دون التأثير على أحكام العقود خاصة فيما يتعلق بتجديد مفهوم المصلحة ، حيث لم يعد العقد وسيلة لتحقيق المصلحة الخاصة فقط في ظل استخدام الدولة للعقد من أجل تحقيق المصلحة العامة (**المبحث الثاني**).

## المبحث الأول

## تحديد صفة المتعاقد في عقود الأعمال : وسيلة لتحديد المتعاقد المناسب

يظهر تحديد صفة المتعاقد بصفة أساسية في كل من عقدي الاعتماد الايجاري و تحويل الفاتورة وهما من العقود التي نظمها المشرع الجزائري ، إلى جانب عقد التسيير ، الذي و رغم تنظيمه ضمن قواعد القانون المدني إلا أن المشرع لم يهتم بتحديد صفة المتعاقد بالنسبة لهذا العقد [1].

و لعل رغبة المشرع في التحكم في تقرير صفة المتعاقد في هذه العقود يرجع إلى دورها في المجال الاقتصادي ، حيث أن كل من عقد الاعتماد الايجاري و عقد تحويل الفاتورة يعتبران مصدران تمويليان للمؤسسات الاقتصادية يمكن الاعتماد عليهما كبديل لمصادر التمويل التقليدية التي ترهق هذه المؤسسات بشروطها القاسية .

و قد اعتمد المشرع للتحكم في تقرير صفة المتعاقد في هذه العقود على فرض شروط تعكس قدرة المتعاقد على القيام بهذا الدور (**المطلب الأول**) كما أضاف الإجراءات الإدارية و ذلك بفرض الرخصة والاعتماد الإداري لإضفاء الشرعية على الشخص المؤهل لممارسة النشاط ، و رتب على مخالفة هذه الإجراءات جزاءات إدارية و مدنية وحتى جزائية (**المطلب الثاني**) .

[1] – بعجي أحمد ،" تحديد صفة المتعاقد في عقود الأعمال "، الملتقى الوطني الموسوم ب : **مبدأ سلطان الإرادة في عقود الأعمال بين الحرية و التقييد** ،كلية الحقوق جامعة امحمد بوقرة بومرداس ، 06 ، 07 نوفمبر 2017 ، ص 72 .

## المطلب الأول

## شروط تحديد صفة المتعاقد في عقود الأعمال

في عقود الأعمال لا يكفي أن تتوفر في صفة المتعاقد الشروط الموضوعة التقليدية اللازمة لإبرام العقود على غرار الأهلية وسلامة الرضا من العيوب ، بل لابد من وجود شروط تتلاءم مع حجم هذه العقود التي توصف بأنها عقود ثقيلة لها دور هام في تطوير الاقتصاد الوطني .

و هو ما يبرر فرض المشرع الشكل القانوني في صفة المتعاقد (**الفرع الأول**) ، بالإضافة إلى فرض الجوانب الفنية والمالية التي يعول عليها في تقرير هذه الصفة (**الفرع الثاني**) .

### الفرع الأول

### شرط الشكل القانوني في صفة المتعاقد

حرص المشرع على البحث عن المتعاقد المناسب للقيام بعمليات الاعتماد الايجاري من خلال اشتراط أن يتخذ المؤجر الممثل في مؤسسة قرض ، شكل شركة مساهمة ، حيث تمثل شركة المساهمة النموذج الأمثل للقيام بالعمليات الضخمة على غرار عمليات الاعتماد الايجاري (**أولا**) ، كما أن شركات المساهمة تعتبر هي الشكل القانوني المناسب للقيام بمهام الشركة الوسيط في عقد تحويل الفاتورة ، فهي تقوم إلى جانب نشاط التمويل بتحصيل و تسيير و ضمان الديون ، و هي مهام لا يستطيع القيام بها سوى المؤسسات الضخمة ، التي تتخذ عادة شكل المؤسسات المالية أو شركات المساهمة (**ثانيا**).

**أولا : صفة المؤجر في عقد الاعتماد الايجاري:**

المؤجر في عقد الاعتماد الايجاري هو كل شخص اعتباري يباشر عمليات الاعتماد الايجاري عن طريق شراء الأصول الإنتاجية من المورد و القيام فورا بتأجيرها للمستأجر[1]، و قد حرص المشرع على البحث عن النوعية في صفة المؤجر التمويلي حتى يكون مؤهلا لإبرام عقد الاعتماد الايجاري .

لقد عرف الفقهاء عقد الاعتماد الايجاري بالنظر إلى الناحية الاقتصادية ، بأنه عبارة عن عملية تمويل تقوم من خلالها المؤسسات المالية بتأجير معدات و آلات إنتاج للمشاريع الصناعية أو التجارية أو الزراعية و غيرها لمساعدتها على تطوير مشروعاتها و زيادة إنتاجها أو لتحديث وسائلها و آلاتها[2]، حيث تقوم المؤسسات التي تمارس نشاط الاعتماد الايجاري[3]بشراء هذه الأصول بناءا على رغبة المستأجر التمويلي و بالمواصفات و الشروط التي تناسبه و من المورد الذي يعينه ، ويقوم في مقابل ذلك بدفع أقساط دورية مع إمكانية خيار الشراء في نهاية فترة التأجير [4].

أما المشرع الجزائري فقد عرف عقد الاعتماد الايجاري في المادة الأولى من الأمر رقم 09/96 المتعلق بالاعتماد الايجاري على أنه :" **عملية تجارية ومالية يتم تحقيقها من قبل البنوك والمؤسسات المالية أو شركة تأجير مؤهلة قانونا و معتمدة صراحة بهذه الصفة ، مع المتعاملين الاقتصاديين الأجانب**

---

[1]- شريف مصطفى كمال طه ،**النظام القانوني للتأجير التمويلي ( دراسة نقدية في القانون الفرنسي )**، الطبعة الأولى ، دار الفكر الجامعي ، مصر ، 2015 ، ص 40.

[2]- عيسى بخيت ، طبيعة عقد الإيجار التمويلي و حدوده القانونية ( دراسة مقارنة ) ، **مذكرة مقررة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق** في إطار مدرسة الدكتوراه تخصص عقود ومسؤولية ، جامعة امحمد بوقرة ، بومرداس ، 2011/2010 ،ص 18.

[3]- يرجع ظهور أولى شركات الاعتماد الايجاري إلى خمسينات القرن الماضي ، وذلك في الولايات المتحدة الأمريكية على يد أحد رجال الصناعة الأمريكية بسبب العرض الذي تقدمت له به القوات المسلحة الأمريكية لتوريد كميات ضخمة من الأغذية المحفوظة تفوق القدرة الإنتاجية لمصنعه الصغير ، مما دفعه إلى التفكير في طريقة لتوفير معدات وآلات إنتاج لإتمام الصفقة دون الحاجة إلى شرائها ، ومن خلال دراسته للموضوع توصل إلى احتراف تأجير المعدات الإنتاجية للمشاريع الاقتصادية ، وذلك من خلال تأسيس أول شركات الاعتماد الايجاري سنة 1952 التي عرفت باسم "United States Laesing Corporation"" ، نفس المرجع ، نفس الصفحة .

[4]- René Rodiere –Jean- louis , rivers- lange, **droit bancaire** ,éditions Dalloz, Paris 1975,p394.

**أشخاصا طبيعيين كانوا أو معنويين تابعين للقانون الخاص أو العام....."** ، و في نفس السياق نص في المادة 06/116 منه على : " **يمكن للبنوك والمؤسسات المالية أن تجري العمليات التابعة لنشاطها كالعمليات التالية : ...عمليات الإيجار العادي للأموال المنقولة وغير المنقولة فيما يخص البنوك و المؤسسات المالية المخولة بإجراء عمليات إيجار مقرونة بحق خيار بالشراء** " .

و عليه يكون المشرع قد حصر صفة المؤجر في عقد الاعتماد الايجاري في مؤسسات القرض المتمثلة في البنوك و المؤسسات المالية وشركات الاعتماد الايجاري ، و استبعد الأشخاص الطبيعية من ممارسة عمليات الاعتماد الايجاري ، بل و فرض أن يتخذ الشخص المعنوي شكل شركة تجارية و بالضبط شكل شركة مساهمة .

**أ/ استبعاد الأشخاص الطبيعية لصالح الأشخاص المعنوية :**

إن عمليات الاعتماد الايجاري لا يمكن أن يقوم بها سوى ثلاث أصناف من المتعاقدين : البنوك المؤسسات المالية ،شركات التأجير ، المسماة بمؤسسات القرض وهي تشترك في إبرام العمليات المصرفية التي تعتبر عملية الاعتماد الايجاري من بينها باعتباره عملية قرض ، فعقد الاعتماد الايجاري يجمع بين مفهوم القرض و الإيجار لذلك سماه المشرع ضمن الأمر رقم 11/03 المتعلق بالنقد والقرض [1] بالقرض الإيجاري[2].

و لقد عرف الأمر رقم 11/03 المتعلق بالنقد و القرض البنوك [3]بحسب موضوعها على أنها : المخولة دون سواها بالقيام بجميع العمليات المبينة في المواد 66 و 68 بصفتها مهنتها العادية ، فالبنوك

[1]- الأمر رقم 11/03 المؤرخ في 26 أوت 2003 ، المتعلق بالنقد والقرض ، **الجريدة الرسمية** عدد 52، الصادرة بتاريخ 27 أوت 2003 المعدل والمتمم .

[2]- حسني صلاح الدين ، شروط تكوين عقد الاعتماد الايجاري ، ( دراسة مقارنة ) ، **مذكرة لنيل شهادة الماجستير تخصص قانون الأعمال المقارن** ، جامعة وهران 2012/2011 ، ص 22.

[3] – عرف الفقهاء البنك بأنه : " منشأة تنصب عملياتها الرئيسية على تجميع النقود الفائضة على حاجة الجمهور، أو منشآت الأعمال أو الدولة بغرض إقراضها للآخرين وفق أسس معينة ، أو استثمارها في أوراق مالية معينة " ، حوالف عبد الصمد ، الإطار القانوني لعقد الاعتماد

تقوم بجميع العمليات المصرفية و المتمثلة في : تلقي الأموال من الجمهور ، عمليات القرض ، إدارة وسائل الدفع و وضعها تحت تصرف الزبائن .

بينما سمح للمؤسسات المالية بالقيام بعمليات القرض فقط دون بقية العمليات المصرفية ، و لذلك فهي تمنح القروض من أموالها الذاتية أو باللجوء إلى الاقتراض بما أنه لا يمكنها تلقي الودائع من الجمهور وهو ما نصت عليه المادة 71 من الأمر رقم 11/03 المتعلق بالنقد و القرض [1] .

أما شركات الاعتماد الإيجاري فهي تختص بنوع واحد من عمليات القرض و هو القرض الإيجاري فنشاطها أضيق من نشاط المؤسسات المالية ، حيث تختص هذه الأخيرة بجميع أنواع القروض ، رغم أن المشرع أدرجها ضمن فئة المؤسسات المالية ، و بذلك تخضع هذه الشركات لقانون النقد و القرض [2]، و قد حدد المشرع بموجب النظام رقم 06/96 كيفيات تأسيسها و شروط اعتمادها [3].

كذلك الحال بالنسبة للمشرع الفرنسي [4] الذي جعل القيام بعمليات الاعتماد الايجاري حكرا على الأشخاص المعنوية الممثلة في الشركات التجارية التي تتخذ شكل بنك أو مؤسسة مالية تحت طائلة البطلان مستبعدا بذلك الأشخاص الطبيعية من مجال ممارسة نشاط الاعتماد الايجاري [1].

---

ـالايجاري ( الليزينغ ) – دراسة مقارنة – **مذكرة لنيل شهادة الماجستير تخصص عقود و مسؤولية** ، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان 2009/2008 ، ص 54 .

[1] – تنص المادة 71 من الأمر رقم 11/03 المتعلق بالنقد و القرض على أنه : " لا يمكن المؤسسات المالية تلقي الأموال من العموم ، و لا إدارة وسائل الدفع أو وضعها تحت تصرف زبائنها ، و بإمكانها القيام بسائر العمليات الأخرى " .

[2]– نفس المرجع ، ص 55.

[3]– النظام رقم 06/96 المؤرخ في 03 جويلية 1996 الذي يحدد كيفيات تأسيس شركات الاعتماد الإيجاري و شروط اعتمادها ، **الجريدة الرسمية** عدد 66 الصادرة بتاريخ 03 نوفمبر 1996 .

[4] – لقد أصدر المشرع الفرنسي أول قانون ينظم عقد الاعتماد الايجاري بتاريخ 1962/07/02 ، و الذي أطلق عليه تسمية " Crédit-bail " أي الإئتمان الايجاري ، و لقد كانت عوامل انتشار عقد الاعتماد الايجاري في فرنسا مختلفة جذريا عما كان عليه الحال في الولايات المتحدة الأمريكية التي تميزت بالرخاء الاقتصادي وتوفر السيولة المالية في مقابل ما كانت تعانيه فرنسا من اختناق مالي و أزمة اقتصادية ، و ذلك ساهم في انتشار النموذج الفرنسي للاعتماد الايجاري الذي لا يحتاج إلى سيولة مالية كما أن تبني هذا النموذج تشريعيا جعل معظم مشرعي العالم يتأثرون بالنظام التشريعي الفرنسي، حوالف عبد الصمد ، المرجع السابق ، ص 7.

بينما سمح المشرع المصري قبل تعديل القانون رقم 1995/95 المتعلق بالتأجير التمويلي للأشخاص الطبيعية بممارسة عمليات التأجير التمويلي و نص على ذلك صراحة في المادة الأولى التي عرفت المؤجر التمويلي بأنه : "**كل شخص طبيعي أو اعتباري يباشر عمليات التأجير التمويلي بعد قيده طبقا لأحكام هذا القانون ، ويجوز أن يكون المؤجر بنكا إذا رخص له بذلك مجلس إدارة البنك المركزي بالشروط والأوضاع التي يحددها قرار الترخيص بذلك** "[2]، لكنه بعد إدراكه خطورة ممارسة الأشخاص الطبيعية للنشاط المصرفي عدل هذه المادة بموجب القانون رقم 2001/16 و قصر نشاط التأجير التمويلي على الأشخاص الاعتبارية في شكل شركات أموال بشرط الحصول على ترخيص من مجلس إدارة البنك المركزي المصري[3] .

**ب/اتخاذ الشكل القانوني لشركة المساهمة :**

لقد جعل المشرع الجزائري ممارسة نشاط الاعتماد الايجاري حكرا على مؤسسات القرض ، سواء كانت بنكا أو مؤسسة مالية أو شركة اعتماد ايجاري ، و هي مؤسسات تتخذ شكل شركة مساهمة وبذلك يكون المشرع قد استبعد جميع أنواع الشركات من مزاولة هذا النشاط ، باعتبار أن شركات المساهمة هي النموذج الأمثل للقيام بالعمليات الضخمة التي تتطلب أموال كثيرة[4].

---

[1]- حسني صلاح الدين ، المرجع السابق ، ص 26 .

[2]- نفس المرجع ، 28 .

[3]- حوالف عبد الصمد ، المرجع السابق ، ص 56 .

[4]- خدوش الدراجي ، الاعتماد الايجاري العقاري (دراسة مقارنة) ، **مذكرة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه تخصص قانون أعمال** ، جامعة محمد خيضر بسكرة ،2018/2017 ، ص 234 .

تعد شركة المساهمة شركة تجارية حسب الشكل[1] وهي من شركات الأموال ، وقد عرفها المشرع بموجب نص المادة 592 من المرسوم التشريعي رقم 08/93 المعدل للقانون التجاري: " **شركة المساهمة هي الشركة التي ينقسم رأسمالها إلى حصص، وتتكون من شركاء لا يتحملون الخسائر إلا بقدر حصتهم ،ولا يمكن أن يقل عدد الشركاء عن سبعة (7)** " .

تؤسس البنوك و المؤسسات المالية الخاضعة للقانون الجزائري وجوبا في شكل شركات مساهمة واستثناءا في شكل تعاضدية بعد أن يدرس المجلس جدوى ذلك كما هو الشأن بالنسبة للصندوق الوطني للتعاون الفلاحي الذي رخص له بممارسة الأعمال المصرفية [2]، كما أنه و بمفهوم المخالفة لا يلزم البنوك والمؤسسات المالية الأجنبية الراغبة في إقامة فروع داخل الجزائر اتخاذ شكل شركة مساهمة على أساس أنها لا تتمتع بالشخصية المعنوية وبالتالي باتخاذ أي شكل قانوني و تبقى شبابيك أجنبية تابعة لشركات مصرفية أجنبية[3].

إضافة لذلك فإن المشرع الفرنسي يسمح لمؤسسات القرض اتخاذ أشكال أخرى كشكل شركة تضامن أو شركة توصية بسيطة أو شركة ذات أسهم ، و سمح حتى بأشكال قانونية من نوع خاص كالتعاونيات وصندوق القرض البلدي [4].

---

[1] – تنص المادة 544 المعدلة بموجب المادة 2 القانون رقم 09/22 المؤرخ في 05 ماي 2022 المتضمن تعديل القانون التجاري ، **الجريدة الرسمية** عدد 22 ، الصادرة بتاريخ 14 ماي 2022 ، على أن : " **يحدد الطابع التجاري للشركة إما بشكلها أو موضوعها** .

**تعد شركات التضامن و شركات التوصية و الشركات ذات المسؤولية المحدودة و شركات المساهمة وشركات المساهمة البسيطة تجارية بحسب شكلها و مهما يكن موضوعها** ".

[2]– النظام رقم 02/05 المؤرخ في 2005/03/05 الذي يعدل ويتمم النظام رقم 01/95 ، **الجريدة الرسمية** عدد 47 الصادرة بتاريخ 2005/07/06 ، المتعلق بالعمليات المصرفية .

[3]– أعميور فرحات ، تنظيم الالتحاق بالمهنة البنكية في التشريع الجزائري ، **أطروحة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه في علوم الحقوق** ، تخصص قانون خاص ، جامعة الحاج لخضر باتنة ، 2017/2016 ، ص 18.

[4]– أعميور فرحات ، المرجع السابق ، ص 18 .

**ثانيا : صفة الوسيط في عقد تحويل الفاتورة :**

لكي تتحقق عملية تحويل الفاتورة لابد من وجود ثلاثة أطراف ، و هم الدائن الأصلي الذي يتحول إلى منتمي ، والوسيط الذي يحل محل الدائن الأصلي ، والمدين الذي يتحول من مدين إلى المنتمي إلى مدين للوسيط ، حيث تبرز أهمية الطابع الثلاثي لعقد تحويل الفاتورة في حلول الوسيط محل المنتمي لتحصيل كافة ديونه من الموردين الذين تربطهم بهذا الأخير علاقة دائنية [1]، غير أن ما يميز عقد تحويل الفاتورة عن بقية العقود ثلاثية الأطراف أن أطرافه الثلاثة يكونون في مراكز قانونية خاصة ومتباينة لكل طرف حقوقه و واجباته التي تختلف عن حقوق و واجبات الأطراف الأخرى [2] .

و نظرا لأهمية نشاط تحويل الفاتورة على الصعيدين الاقتصادي و المالي ، وخطورته على القطاع المصرفي ، حرص المشرعين الفرنسي و الجزائري على البحث عن المتعاقد المناسب من خلال فرض الشكل القانوني للقيام بمهمة ودور الوسيط ، و الذي سنتطرق له لكن بعد تحديد تاريخ ظهور عقد تحويل الفاتورة و تعريفه في التشريعين الجزائري و الفرنسي .

**أ/ تاريخ ظهور عقد تحويل الفاتورة :**

يرجع ظهور عقد تحويل الفاتورة إلى القرن الثامن عشر، حيث كانت بدايته في انجلترا نتيجة للظروف التي صاحبت هذه الحقبة من تضخم في حجم البضائع و كسادها في الأسواق مما دفع بالوكلاء إلى تخزين

[1]- ميلاط عبد الحفيظ ، النظام القانوني لتحويل الفاتورة ، **أطروحة دكتوراه قانون خاص** ، جامعة أبو بكر بلقايد ، تلمسان 2012/2011 ، ص 195.

[2]- Larroumet , Christian, **les opérations juridiques à trois personnes en droit privé**, thèse de doctorat ,université de Bordeaux , faculté de droit et des séance économiques 1976, p 156.

البضائع لمصلحة المصدرين مع قيامهم بدفع قيمتها لهم بقصد بيعها فيما بعد ، ومن هنا ظهر الدور التمويلي الذي يقوم به الوكلاء للمنتجين والبائعين ، بعد أن كان عمله مجرد عمل نيابي تمثيلي [1].

و هذا ما شجع البنوك التي كانت ترفض في البداية منح الاعتمادات المصرفية خوفا من الكساد والركود الاقتصاديين للمنتجين على شراء الحقوق التجارية ، وتسابقت إلى فتح فروع لها متخصصة في تحصيل وضمان الحقوق التجارية للمصدرين ، كبديل عن الاعتمادات المصرفية التي تحمل ضمانات أقل من عقد تحويل الفاتورة ، و كان أولى هذه الفروع في الولايات المتحدة الأمريكية " First National Bank of Boston" [2].

و في أواسط القرن العشرين انتقل هذا النظام إلى أوروبا ، حيث أنشأت شركات كبرى تخصصت فيه أولها المؤسسة الفرنسية للفاكتورينغ " la Société Française de Factoring(SFF)" عام 1964 بمساهمة عدة بنوك فرنسية [3]، التي أرادت المساهمة في رواج هذه التقنية ذات الدور المالي والاقتصادي الهام، بعدما كان ممارسة شركة تحويل الفاتورة لنشاط التمويل سببا في رفض البنوك في فرنسا لهذه التقنية في بداية ظهورها، أما بعد ذلك تم تقبلها تدريجيا لعدة أسباب نذكر منها : [4]

– الخدمة الكاملة التي تقدمها هذه الشركات للمؤسسات التجارية والصناعية ( التمويل ، تسيير الحقوق تغطية خطر الإعسار ) تجعل المنتمي يتخلص من ديونه بعملية واحدة و باللجوء إلى جهاز واحد .

---

[1]– ذكري عبد الرزاق محمد ، **عقد شراء فواتير الديون التجارية من الوجهتين العملية و القانونية** ، بدون طبعة ، دار الجامعة الجديدة مصر ، 2010 ، ص 12.

[2]– ميلاط عبد الحفيظ ، المرجع السابق ، ص 11.

[3] – كما ساهمت البنوك في فرنسا في تأسيس عدة شركات أخرى لتحويل الفاتورة من بينها :– الشركة الفرنسية للتحصيل و الفوترة : هي إحدى فروع "القرض العالمي" الذي تساهم فيه مجموعة من شركات التأمين و البنوك ، الشركة الفرنسية لتنمية التجارة الدولية : تأسست عام 1965 ، تمارس عمليات تحويل الفواتير للاستيراد و التصدير ، مادیو لیلی ، دور عملية تحويل الفواتير في تنمية التجارة الدولية ، جامعة مولود معمري ، تيزي وزو ، **أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم** ، تخصص قانون 2019/2018 ، ص 219، 220.

[4] – مادیو لیلی ، المرجع السابق ، ص 219 ،220 .

– عادة الشركات التي تعتبر أهم عملاء البنوك لا تلجأ إلى شركات تحويل الفواتير لأن خزينتها تكون مزدهرة بسبب تنظيمها و لو فعلت ذلك فهي لن تدفع العمولة التي تفرضها شركات تحويل الفواتير .

– عمليات التمويل التي تقوم بها شركات تحويل الفواتير لا يمكن أن تكون بعيدا عن اللجوء للبنوك من أجل تمويل نفسها مرة أخرى أو تكتفي بتسيير الحقوق المحولة إليها مع ترك عملية التمويل للبنوك.

و من ثم انتشر على صعيد التجارة الدولة ، فتم تشريع اتفاقية "**أوتاوا** " لخصم الديون بتاريخ 1988/05/28 التي تتألف من 23 مادة تطرقت إلى تعريف عقد تحويل الفاتورة و وظائفه و ما قد يثار من إشكالات تنتج عنه أو عند تنفيذه [1].

أما في الدول العربية فمازال عقد تحويل الفاتورة في طور النشأة ، فلم تنص عليه تشريعات هذه الدول ماعدا التشريع الجزائري الذي نص عليه ضمن السندات التجارية بموجب المرسوم التشريعي رقم 08/93 الذي يتمم و يكمل القانون التجاري ، و هو الأمر الذي يطرح إشكالية كبيرة حول طبيعة هذه التقنية و تصنيفها ضمن السندات التجارية رغم عدم إمكانية تداوله بالطرق التجارية المألوفة في السندات التجارية.

و قد عرف المشرع الجزائري عقد تحويل الفاتورة بموجب المادة 543 مكرر 14 من المرسوم التشريعي رقم 08/93 الذي يتمم و يكمل القانون التجاري على أنه : " **عقد تحل بمقتضاه شركة متخصصة تسمى " وسيط" محل زبونها المسمى "المنتمي" عندما تسدد فورا لهذا الأخير المبلغ التام لفاتورة لأجل محدد ناتج عن عقد و تتكفل بتبعة عدم التسديد و ذلك مقابل أجر**" [2].

[1]– مصطفى تركي حومد الجوراني ، **آثار عقد الفاكتورينغ في التشريعين الأردني و العراقي (دراسة مقارنة )** ، رسالة ماجستير في القانون الخاص ، جامعة الشرق الأوسط العراق 2015 ، ص 17 .

[2] – لقد تأثر المشرع الجزائري في هذا التعريف بالقانونين البلجيكي و الفرنسي ، و جاء نتيجة ذلك المزج بين نظام الفاتورة القابلة للاحتجاج المعروفة في القانون الفرنسي ، و نظام تظهير الفاتورة المعروف في القانون البلجيكي من جهة ، و بين عقد تحويل الفاتورة من جهة أخرى ، بن

أما المشرع الفرنسي فقد عرفه في اللائحة المتعلقة بتعريف الاصطلاحات الاقتصادية و المالية الصادرة بتاريخ 1973/11/29 بأنه : " **العقد الذي بمقتضاه تتحقق عملية إدارية مالية لحسابات عملاء المشروعات ، عن طريق تملك هذه الحقوق و تحصيلها لحساب المحصل الخاص ، وتحمل الخسائر المحتملة إذا كان هذا التعامل مع عملاء معسرين** " [1].

لكن ما نلاحظه على كلا التعريفين عجزهم عن استيعاب و حصر كامل جوانب العقد ، و ذلك يرجع إلى تعقيد هذا الأخير كونه عقد مركب يتكون من مجموعة من العقود ضمن ما يعرف في الفقه بالاتفاق الإطار ، إضافة إلى تشتت أحكامه بين القانون المدني و القانون التجاري والقانون البنكي وبصفة عامة في قانون الأعمال ، ومن هنا جاءت صعوبة تعريفه [2].

**ب/ الشكل القانوني للوسيط في عقد تحويل الفاتورة :**

لقد حدد المشرع الجزائري بموجب المرسوم التنفيذي رقم 331/95 شروط تأهيل الشركات التي تمارس تحويل الفاتورة و شكلها القانوني [3] ، حيث نص بمقتضى المادة 99 من هذا المرسوم على أنه يجب أن

---

عشي أمال ، دور عقد تحويل الفاتورة في تمويل و تحصيل الحقوق التجارية ، **مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في القانون العام** ، جامعة قسنطينة، 2014/2013 ، ص 17.

[1] – ميلاط عبد الحفيظ ، المرجع السابق ، ص 27 .

[2] – بن عشي أمال ، المرجع السابق ، ص 18 .

[3]– المرسوم التنفيذي رقم 331/95 المؤرخ في 1995/10/29 المتعلق بتأهيل الشركات التي تمارس تحويل الفاتورة ، **الجريدة الرسمية** عدد 64، الصادرة بتاريخ 1995/10/29 .

تتخذ الشركة محولة الفواتير [1]في الجزائر شكل شركة مساهمة ، أو شركة ذات مسؤولية محدودة ، المؤسسة ذات الشخص الوحيد و ذات المسؤولية المحدودة ، و تخضع للتشريع و التنظيم المطبقين على الشركات التجارية .

و إذا كانت شركة المساهمة هي الشركة التي ينقسم رأسمالها إلى أسهم وتتكون من شركاء لا يتحملون الخسائر إلا بقدر حصتهم ، ولا يقل عدد الشركاء فيها عن سبعة ، كما رأينا ذلك سابقا ، فإن الشركة ذات المسؤولية المحدودة ، المؤسسة ذات الشخص الوحيد و ذات المسؤولية المحدودة ، هي الشركة التي تؤسس في صورة شخص واحد أو عدة أشخاص لا يتحملون الخسائر إلا في حدود ما قدموا من حصص[2].

لتكون بذلك الشركة الوسيط شركة تجارية تخضع لأحكام القانون التجاري و للقيد في السجل التجاري مع تحمل كل ما يترتب عليه من التزامات [3] ، و هي تشترك مع البنوك والمؤسسات المالية من حيث قيامها بتقنية التمويل ، و تقدم زيادة على ذلك خدمات أخرى ، فأثر هذا العقد يمتد ليشمل إلى جانب تسديد الشركة الوسيط للحقوق الثابتة في الفواتير قيامها بخدمات إدارة المديونيات ، فعقد تحويل الفاتورة ليس فقط وسيلة تمويل بل هو كذلك تقنية للتسيير التجاري[4] .

[1] – لقد استخدم المشرع الجزائري بموجب المادة 91 من المرسوم التنفيذي 331/95 السالف الذكر عبارة " الشركة محولة الفواتير " للدلالة على الشركة الوسيط ، و هي عبارة تبدو غامضة و غير صحيحة ، فالشركة الوسيط ليست هي محولة الفواتير بل هي من تحول إليها الفواتير التجارية عن طريق عقد تحويل الفاتورة ، فضلا على أن هذه التسمية تشير إلى تناقض المشرع الجزائري بشأن تسمية الشركة التي تمارس نشاط تحويل الفواتير ، حيث سماها بموجب المرسوم التشريعي المعدل و المتمم للقانون التجاري "الشركة الوسيط "، فكان على المشرع توخي الدقة وعدم التناقض في هذه النصوص ، بن عشي أمال ، المرجع السابق ، ص 63 .

[2] – المادة 564 من القانون التجاري الجزائري .

[3]– بن عشي أمال ، المرجع السابق ، ص 64 .

[4] – بن عشي أمال ، المرجع السابق ، ص 14 .

أما المشرع الفرنسي فقد قصر شكل الشركة الوسيط ، في المؤسسات المالية ، و اشترط لإنشائها وسيرها نفس الشروط الخاصة بإنشاء البنوك والمؤسسات المالية بموجب القانون رقم 1991/9999 المؤرخ في 19 ديسمبر 1999 المتعلق بنشاط المؤسسات الائتمانية ورقابتها ، الذي أخضعها لرقابة بنك فرنسا عن طريق المجلس الوطني للقرض و السند ، وذلك لأن عملية تحويل الفواتير تنتمي إلى العمليات المصرفية التي لا يمكن أن تمارس إلا من طرف مؤسسات القرض باعتبارها تسبيقا ماليا [1].

فلقد كان لأهمية نشاط تحويل الفاتورة على الصعيدين الاقتصادي و المالي ، وخطورته على القطاع المصرفي ، مبررا لحرص المشرعين الفرنسي و الجزائري على حصر القيام بمهمة ودور الوسيط سوى المؤسسات الضخمة ، التي تتخذ عادة شكل المؤسسات المالية أو شركات المساهمة .

## الفرع الثاني

## شرط الاعتبار الشخصي في صفة المتعاقد

هناك الكثير من العقود التي يعتد فيها بالاعتبار الشخصي للمتعاقد ، لما لصفة المتعاقد من أثر على العقد ، فشخصية المتعاقد المراد التعاقد معه تكون محل اعتبار لمن يريد التعاقد إما لأسباب نفسية خاصة بالمتعاقد ، أو لأسباب و اعتبارات اجتماعية ، أو جوانب أخلاقية يحملها الشخص المراد التعاقد معه ، و قد تكون شخصية المتعاقد محل اعتبار لبواعث أخرى أوسع نطاقا قد تكون اقتصادية أو حتى سياسية [2].

لقد جعل المشرع صفة المؤجر التمويلي محل اعتبار حيث امتدت شروطه إلى اشتراط الجوانب المالية والفنية التي تعكس قدرة المتعاقد على القيام بعمليات الاعتماد الايجاري (**أولا**) ، كما تعد صفة الوسيط في

[1]- ماديو ليلى ، المرجع السابق ، ص 194.

[2]- هيلان عدنان احمد ، الاعتبار الشخصي في التعاقد ، **مجلة كلية القانون للعلوم القانونية والسياسية** ، كلية القانون ، جامعة العراق المجلد 8 ، العدد 29 ، السنة 2019 ، ص 23.

عقد تحويل الفاتورة محل اعتبار لما لصفة الشركة الوسيط من أهمية تتعلق بقدرتها على القيام بنشاط التمويل عن طريق تحصيل و تسيير و ضمان الديون **(ثانيا)** .

**أولا : مظاهر الاعتبار الشخصي في صفة المؤجر في عقد الاعتماد الايجاري**

في إطار البحث عن النوعية في صفة المتعاقد ضمن عقد الاعتماد الايجاري لم يكتفي المشرع باشتراط الشكل القانوني للمتعاقد ، و الجوانب المالية التي تعكس قدرة المتعاقد على تنفيذ تعهداته ، بل امتدت شروطه إلى الجوانب المهنية و الأخلاقية التي يجب أن يتصف بها مسيري مؤسسات القرض بصفة عامة للحفاظ على مناخ الأعمال من المظاهر غير الأخلاقية التي تنعكس سلبا على المتعاملين الاقتصاديين وعلى الاقتصاد الوطني بصفة عامة [1].

ففي الواقع أن التشريعات البنكية قد أولت أهمية بالغة لشخصية مؤسسي و مسيري البنوك سواء العامة أو الخاصة ، من خلال اشتراط عدة شروط تعكس مظاهر الاعتبار الشخصي ، و تشكل خروجا غن الاعتبار المالي الذي تتميز به شركات المساهمة [2]، تتمثل هذه الشروط في : المؤهلات المهنية ،والمؤهلات الأخلاقية .

**أ/ المؤهلات المهنية :**

يعتبر شرط الكفاءة المهنية من الشروط الأساسية اللازمة التي تأهل مسيري البنوك لتأدية وظائفهم بطريقة تحمي المصرف وعملاءه من أي خسارة ، و تتحقق سلطة الضبط من توفر هذه المؤهلات عن

[1]- بعجي أحمد ، المرجع السابق ، ص 75، 76 .

[2]- بوخرص عبد العزيز ، خروج المشرع الجزائري عن أحكام شركة المساهمة في تأسيس البنوك و المؤسسات المالية ، **مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية و السياسية** ، جامعة محمد بوضياف المسيلة ، الجزائر ، العدد 11 ، سبتمبر 2018 ، ص 449.

طريق التصريحات التي يلتزم المسيرين بتقديمها لكون ممارسة النشاط المصرفي مقيد بمجموعة من الضوابط لانتقاء أشخاص يملكون أفضل المؤهلات المهنية و الفنية [1].

لأجل ذلك يتعين على كل شخص سواء كان مؤسس أو مسير أو ممثل لبنك أو مؤسسة مالية أن يجمع بين المعرفية العلمية و الخبرة التقنية في مجال البنوك حتى يكون مؤهلا لإدارة بنك قادر على المنافسة في السوق ، إضافة إلى القدرة على التسيير السليم للمؤسسة البنكية قصد تجنب مخاطرها[2].

و هي الشروط ذاتها التي يجب أن يتصف بها المؤسسين و المسيرين أو الممثلين لشركة الاعتماد الايجاري وذلك حسب نص المادة 04 من النظام رقم 06/96 الذي يحدد كيفيات تأسيس شركات الاعتماد الايجاري و شروط اعتمادها حيث تنص على أنه : " **لا يجب أن يكون المؤسسين و المسيرين أو الممثلين لشركة الاعتماد الايجاري محل المنع المنصوص عليه في المادة 125 من قانون 10/90 و كذلك يجب أن يتمتعوا بالشروط المنصوص عليها في التنظيم 05/92** " ، و عموما فقد تم التأكيد مجددا على ما نصت عليه المادة 125 من قانون 10/90 المتعلق بالنقد و القرض (الملغى ) وذلك في المادة 91 من الأمر رقم 11/03 المتعلق بالنقد و القرض بخصوص إثبات نزاهة وأهلية و تجربة مسيري المؤسسات البنكية .

و تجدر الإشارة إلى أن صفة المسير تشمل المؤسسين و كل من له دور في تسيير أو تمثيل الشركة أو له الحق في التوقيع باسمها ولحسابها وهو ما يظهر من خلال أحكام الأمر رقم 11/03 المتعلق بالنقد والقرض

[1]– بعجي أحمد ، تأثير التوجيه التشريعي على النظرية العامة للعقد ، **أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه** ، تخصص القانون المدني و قانون التأمين ، جامعة الجزائر 01 2019/2018 ، ص 313 .

[2]–المواد 03 و 05 من النظام رقم 05/92 ، المؤرخ في 22 مارس 1992 ، يتعلق بالشروط التي يجب أن تتوفر في مؤسسي البنوك والمؤسسات المالية و مسيريها وممثليها ، **الجريدة الرسمية** عدد 08 ، الصادرة بتاريخ 07 فيفري 1993 .

و النظام رقم 05/92 المتعلق بشروط مؤسسي البنوك والمؤسسات المالية ومسيريها وممثليها الذي حدد بموجب المادة 02 منه المقصود بالتسميات التالية:

- **المؤسسات** : يقصد بها شركات المساهمة التي تقوم بالأعمال المصرفية و المؤسسات المالية .

- **المؤسسون** : هم الأشخاص الطبيعيون و ممثلو الأشخاص المعنويين الذين يشاركون بطريقة مباشرة أو غير مباشرة في أي عمل غرضه تأسيس مؤسسة .

- **المتصرفون الإداريون**: هم الأشخاص الطبيعيون الأعضاء في مجلس الإدارة و ممثلي الأشخاص المعنويين في مجلس إدارة مثل هذه المؤسسات و رؤسائها .

- **المسير**: هو كل شخص طبيعي له دور تسيري في مؤسسة كالمدير العام أو المدير أو أي إطار مسئول يتمتع بسلطة القيام بالتزامات تصل إلى صرف الأموال أو المجازفة أو الأوامر بالصرف نحو الخارج .

**– الممثل** : هو كل شخص يمثل مؤسسة ولو مؤقتا سواء كان له حق التوقيع أم لا .

- **المستخدمون المسيرون** : و يقصد بهم المتصرفون الإداريون .

و قد جاء في مضمون التعليمة رقم 05/2000 التطبيقية النظام رقم 05/92 المتعلق بشروط مؤسسي البنوك والمؤسسات المالية ومسيريها وممثليها [1] تفصيل للبيانات المتعلقة بشرط الكفاءة المهنية للمسيرين ضمن المؤسسات البنكية ، من خلال تقديم الوثائق و المستندات التي تثبت مؤهلات المسيرين سواء كانوا أعضاء مجلس المديرين أو مجلي الإدارة أو مجلس المراقبة و كذا خبرتهم المهنية [2].

[1]- Instruction N°2000-05 du 30/04/2000 , portant condition pour L'exercice des fonction de dirigeant des banques et des établissements financiers ainsi que représentation et des succursales des banque et établissements financiers étrangers, www. Bank .of. algeria.dz.

[2]- أنظر المادة 04 من نفس التعليمة

إن الغرض من الحرص على انتقاء مسيرين للمؤسسات البنكية على قدر من التأهيل العلمي و المهني هو تحقيق الأمن المصرفي و الوقاية من الأخطاء المهنية البنكية التي تمس بسمعة البنوك ، و تقديم خدمات مصرفية نوعية ، لذلك فإن تصرف مسيري البنوك والمؤسسات المالية دون احترام شروط ممارسة مهنتهم يعرضهم لعقوبات متفاوتة في الشدة تتمثل في الإيقاف عن العمل لمدة تتراوح ما بين ثلاث أشهر و ثلاث سنوات أو الطرد من العمل حسب الحالة[1] و قد تصل هذه العقوبة إلى درجة سحب الاعتماد في حالة الأخطاء المهنية الجسيمة [2] .

و نشير إلى أن الأحكام المتعلقة بتنظيم شرط الكفاءة المهنية للمسيرين ضمن المؤسسات البنكية سواء تعلق الأمر بالنظام رقم 05/92 المتعلق بشروط مؤسسي البنوك والمؤسسات المالية ومسيريها وممثليها، أو التعليمة رقم 05/2000 التطبيقية له ، يعاب عليها من عدة نواحي أهمها :

– عدم الدقة في تحديد طبيعة المؤهلات و درجة الكفاءة المطلوبة في مسيري البنوك والمؤسسات المالية .

– عدم تقييد الخبرة المطلوبة بمدة زمنية معينة .

– اختيار المسيرين يتم دون اختبار الكفاءة المهنية .

– شرط الكفاءة المهنية غير معمم على جميع المستخدمين المسيرين ، و هو ما يظهر من خلال استخدام عبارة " وجود على مستوى المؤسسة البنكية شخصا على الأقل يتمتع بمسؤوليات عليا "[3] .

لذلك فإن عدم ضبط الشروط المطلوبة في مسيري المؤسسات البنكية يؤدي إلى تمييع عنصر الكفاءة المهنية مما يفتح المجال أمام تسيير البنوك و المؤسسات المالية من طرف أشخاص يملكون كفاءات أقل

[1]– أنظر المواد 10 و 11 من النظام رقم 05/92 السالف الذكر يتعلق بالشروط التي يجب أن تتوفر في مؤسسي البنوك والمؤسسات المالية ومسيريها وممثليها.

[2]– انظر المادة 08 فقرة 04 من التعليمة **رقم** 05/2000 التطبيقية النظام رقم 05/92 ، نفس المرجع .

[3]– أعميور فرحات ، المرجع السابق ، ص 39،40.

مستوى مما تقتضيه المهنة البنكية ، كما أن الغموض والعمومية التي تكتنف هذه النصوص يوسع من سلطة الجهاز الإداري المسئول عن اختيار مسيري المؤسسات البنكية [1].

كما ركز المشرع على كفاءة وتجربة المساهمين الرئيسيين المشكلين " النواة الصلبة " ضمن مجموعة المساهمين في المجال المصرفي والمالي ، بالإضافة إلى قدرتهم المالية التي تسمح بامتلاكهم حصة معتبرة في رأس مال المؤسسة البنكية ، و فرض ضرورة تقديم تعهد كتابي يتم في شكل اتفاق بين المساهمين يتعهدون فيه بالتكافل والتضامن مع المؤسسين الآخرين لتغطية العجز الذي يمكن أن يلحق البنك أو المؤسسة المالية وذلك لأنهم يمثلون ركيزة البنك أو المؤسسة لذلك سماه المشرع ب:" النواة الصلبة "[2].

**ب/ المؤهلات الأخلاقية :**

في البداية تجدر الإشارة إلى أنه لا تأخذ في الاعتبار شخصية المساهم في شركات المساهمة و ذلك لأن مسؤوليته محدودة ، بالإضافة لقابلية الأسهم للتداول ، خلافا لشخصية المساهم في القطاع المصرفي الذي يعتبر قطاع حساس و مليء بالمخاطر و لذلك و تفاديا للمخاطر التي تهدده جعل المشرع من مؤسسي البنك ومسيريه و المساهمين محل اعتبار[3] فاشترط فيهم إضافة إلى كفاءتهم المتعلقة بأهليتهم وتجربتهم المصرفية متطلبات الشرف و الأخلاق أو ما يعرف بالشرفية (L'honorabilité) [4].

[1]- أعميور فرحات ، المرجع السابق ، ص 40 .

[2]- خدروش الدراجي ، المرجع السابق ، ص 255 .

[3]- شنعة أمينة ، النظام القانوني لتأسيس المؤسسات البنكية في التشريع الجزائري ، **مجلة الحقوق و الحريات** ، جامعة أحمد زبانة غليزان ، الجزائر ، مجلد 09 عدد 02 2021/10/31 ، ص896 .

[4] - بوخرص عبد العزيز ، المرجع السابق ، ص 150.

وقد تم النص على ما يعرف بالشرفية ضمن قانون النقد و المال الفرنسي و اعتبرها شرطا أخلاقيا بمقتضاه يجب أن لا يكون المسيرين قد تعرضوا لأحكام جزائية لارتكاب جرائم معينة و لا يكونوا كذلك قد تعرضوا للإفلاس دون رد اعتبارهم [1].

و على هذا الأساس منع المشرع الجزائري بموجب المادة 80 من الأمر رقم 11/03 المتعلق بالنقد والقرض أن يكون مؤسسا لبنك أو مؤسسة مالية أو عضوا في مجلس إدارتها و أن يتولى مباشرة أو بواسطة شخص آخر إدارة بنك أو مؤسسة مالية أو تسييرها أو تمثيلها ، بأي صفة كانت أو يخول حق التوقيع عنها إذا حكم عليه بسبب ما يأتي : جناية ، اختلاس أو غدر أو سرقة أو نصب أو إصدار شيك دون رصيد أو خيانة الأمانة ، حجز عمدي بدون وجه حق ارتكب من مؤتمنين عموميين أو ابتزاز أموال أو قيم الإفلاس ، مخالفة الأحكام المتعلقة بالصرف ، حكم عليه بسبب تزوير محررات التجارية أو المصرفية الخاصة مخالفة قوانين الشركات ، إخفاء أموال استلمها اثر ارتكاب مخالفة من المخالفات السابقة ، كل مخالفة ترتبط بالاتجار بالمخدرات و الفساد وتبييض الأموال و الإرهاب ، كذلك إذا حكم عليه من قبل قضائية أجنبية بحكم حائز لقوة الشيء المقضي فيه يشكل إحدى الجنايات أو الجنح السابقة في القانون الجزائري أيضا إذا أعلن إفلاسه دون رد اعتباره أو إذا حكم بمسؤوليته المدنية بصفته عضو في شخص معنوي مفلس في الجزائر أو في الخارج ما لم يرد اعتباره.

و يمكن أن نلاحظ أن هذه الجرائم لا تختلف كثيرا عن الجرائم التي تشكل موانع للقيد في السجل التجاري و كأنه تأكيد من المشرع على الصفة التجارية لمسيري مؤسسات القرض [2]، و من ثم يجب أن يتوفر في هؤلاء الشروط المنصوص عليها في القانون التجاري و هو ما أكدته المادة 04 من النظام رقم 05/92 المتعلق بشروط مؤسسي البنوك والمؤسسات المالية ومسيريها وممثليها.

[1]- – حسني صلاح الدين ، المرجع السابق ، ص 49 .

[2]- نفس المرجع ، ص 44.

كما تنص المادة 06 من نفس النظام على ضرورة تحلي المسير بشروط النزاهة والأخلاقيات المنصوص عليها أعلاه سواء حال تعيينه أو أثناء ممارسة مهنته ، وأنه على رؤساء و أعضاء مجلس الإدارة والمديرين العامين لهذه المؤسسات إثبات توافر الشروط المنصوص عليها بكل الطرق القانونية و تباشر اللجنة البنكية رقابة مدى احترام هذه الشروط [1].

و قد نصت المادة 03 من النظام رقم 02/06 المحدد لشروط تأسيس بنك و مؤسسة مالية و شروط إقامة فرع بنك و مؤسسة مالية أجنبية [2] على المعطيات و العناصر التي يجب أن يتضمنها ملف طلب تأسيس بنك أو مؤسسة مالية و من بينها نوعية و شرفية المؤسسين و ضامنيهم المحتملين ، وهو غير متعارف عليه في شركات الأموال ، إذ أن الاعتبار الشخصي يكون في شركات الأشخاص حيث تشترط فيهم الكفاءة والشرف والنزاهة [3] .

بل و يكون المساهمين في المؤسسات البنكية محل اعتبار خلافا للمساهم في شركات المساهمة التي لا تقوم على الاعتبار الشخصي للمساهمين و قد أشرنا لذلك سابقا ،حيث يطلب من المساهمين في المؤسسات البنكية تقديم مجموعة من البيانات والمعلومات التي تتعلق بهويتهم وأهليتهم القانونية بالإضافة إلى المعلومات التي تتعلق بالجانب الأخلاقي ومن ثم يجب أن يبينوا ما إذا كانوا محل متابعة قضائية أو تحقيق أو إجراء إداري خلال العشر سنوات الأخيرة أو ينتظر أن يتم متابعتهم للفترة القريبة القادمة[4].

و في رأينا إن اهتمام المشرع بشخصية المساهم في البنوك والمؤسسات المالية ، يعكس رغبته في الحفاظ على استقرار هذه المؤسسات و وضعها المالي ، و هو هدف لا يمكن أن يتحقق إلا من خلال اختيار و

[1]- بعجي أحمد ، تحديد صفة المتعاقد في عقود الأعمال ، المرجع السابق ، ص 75.

[2] – النظام رقم 02/06 المؤرخ في 24 سبتمبر 2006 الذي يحدد شروط تأسيس بنك و مؤسسة مالية و شروط إقامة فرع بنك و مؤسسة مالية أجنبية ، **الجريدة الرسمية** عدد 77 الصادرة بتاريخ 02 ديسمبر 2006 .

[3]- خدروش الدراجي ، المرجع السابق ، ص 253،255. .

[4]- أعميور فرحات ، المرجع السابق ، ص 44.

لو بطريقة غير مباشرة ، أشخاص ذوي كفاءات مهنية و خبرة عالية في مجال تسيير وإدارة هذه المؤسسات دون إهمال شروط النزاهة و الشرف كضمان للحفاظ على سمعة القطاع المصرفي ، فنجاح أو إخفاق هذه المؤسسات و قدرتها على المنافسة في السوق له صلة بالجانب الأخلاقي الذي يكون أساس سمعة هذه المؤسسات .

**ثانيا : مظاهر الاعتبار الشخصي في صفة الوسيط في عقد تحويل الفاتورة**

يتحرى المشرع الاعتبار الشخصي في صفة الشركة الوسيط باعتبارها الطرف الممول في عملية تحويل الفواتير، فهي تقوم إلى جانب نشاط التمويل بتحصيل و تسيير و ضمان الديون ، مما يجعل نشاطها ذو أهمية كبيرة على الصعيدين المالي و الاقتصادي ، و على هذا الأساس فرض المشرع جملة من الالتزامات والضوابط التي يجب أن تلتزم بها الشركة الوسيط بعد تأهيلها و المنصوص عليها في المادة 99 المرسوم التنفيذي رقم 331/95 المتعلق بتأهيل الشركات التي تمارس تحويل الفاتورة و تتمثل في :

- تقديم المعلومات التفصيلية عن الوضعية المالية للوزارة المكلفة بالمالية، ويتم ذلك نهاية كل سنة حتى تتمكن هذه الأخيرة من الإطلاع على حفاظ الشركة الوسيط على الحد الأدنى من الأصول الصافية الفعلية المطلوبة .
- ضرورة إبلاغ الوزارة المكلفة بالمالية بالوثائق والعقود التي تبرمها الشركة مع المنخرطين و تمكينها من الاطلاع عليها .
- الحفاظ على الحد الأدنى من الأصول الصافية الفعلية المنصوص عليها في المادة 92 من نفس المرسوم و المخصصة لعمليات تحويل الفواتير.

لقد أراد المشرع من خلال هذه الالتزامات تمكين الوزارة المكلفة بالمالية من فرض رقابتها على شركات تحويل الفواتير ، حيث تستطيع سحب التأهيل الممنوح لهذه الشركات في حال إخلال

هذه الأخيرة بشروط التأهيل المنصوص عليها ضمن التنظيم ، ويكون هذا التصرف من قبيل التدابير الإدارية التي يقوم بها الوزير المكلف بالمالية دون تدخل من القضاء ، و ذلك تحسبا للضرر الذي قد يلحق بمصالح منتمي الشركة التي تواصل ممارسة نشاطها دون احترام شروط التأهيل [1].

كما نشير إلى أن صفة الوسيط ليست و حدها محل اعتبار في عقد تحويل الفاتورة ، فشخصية المنتمي كذلك تعتبر محل اعتبار بالنسبة للوسيط ، حيث يأخذ هذا الأخير بعين الاعتبار وضعية المؤسسة التي يقبل التعجيل بقيمة الفواتير لها و تحمل خطر عدم الرجوع ، فيتحرى رأسمالها وشكلها القانوني خاصة إذا كانت شركة مساهمة ، و رقم أعمالها ، ونسبة أرباحها و قابليتها للتطور[2].

و من خلال ما سبق يمكن أن نعتبر أن فرض الاعتبار الشخصي في عقود الأعمال هو ضرورة اقتضاها الدور الاقتصادي الذي لا يمكن أن تحققه شركات كبرى و قوية تملك مؤهلات مادية ويتمتع مسيروها بمؤهلات أخلاقية و كفاءة مهنية تضمن نجاح تأدية هذا الدور ، ومن هنا تبرز أهمية الاعتبار الشخصي في صفة المتعاقد في عقد الاعتماد الايجاري و عقد تحويل الفاتورة لذلك ففي هذه العقود وخروجا عن القاعدة العامة في إبرام العقود فإنه لا يكفي لإبرامها نوفر الشروط العامة بل لابد من توفر المعايير التي حددها المشرع في شخص المتعاقد محل الاعتبار .

## المطلب الثاني

## فرض الإجراءات الإدارية لتقرير صفة المتعاقد

إن الإجراءات الإدارية المتمثلة في الرخصة و الاعتماد الإداري أصبحت اليوم وسيلة تؤطر المجال التعاقدي حيث أصبح لها حضورا مؤثرا إلى جانب الشروط الموضوعية ، لأن تدخل الدولة عبر سلطات

[1]- ماديو ليلى ، المرجع السابق ، ص 204 .

[2]- بعجي احمد ، تحديد صفة المتعاقد في عقود الأعمال ، المرجع السابق ، ص 75.

الضبط الاقتصادي التي تتولى مهمة الضبط استحدث نظاما جديدا للتعاقد لا يتم إلا من خلال مشاركة الأسلوب الإداري في تكوين صفة المتعاقد.

إن اعتماد المشرع على الأسلوب الإداري لتقرير صفة المتعاقد في عقد الاعتماد الايجاري وعقد تحويل الفاتورة هو بمثابة إضفاء الشرعية على المتعاقد الذي تتوفر فيه شروط ممارسة النشاط ، أو بمثابة الإطار القانوني الذي يؤطر ممارسة هذه النشاطات (**الفرع الأول**)، و أي خروج عن هذا الإطار يترتب عليه متابعات قانونية إدارية وجزائية (**الفرع الثاني** ) .

## الفرع الأول

## الإجراءات الإدارية

إن المشرع كلما أراد توجيه العقد من أجل المصلحة العامة اعتمد على الأسلوب الإداري لتقرير صفة المتعاقد ، عبر تدخل سلطات الضبط الاقتصادي بصورة مسبقة من خلال إجراء الرخصة و الاعتماد الإداري .

تستخدم الدولة الإجراءات الإدارية كوسيلة رقابية على النشاط الفردي ، فتمنح من خلالهما الحق للمتعاقد لمباشرة النشاط ، فهي بمثابة آلية تعتمد عليها الإدارة لتحديد امتلاك المتعاقد أو عدم امتلاكه لأهلية التعاقد ، و تعتبر عمليات الاعتماد الايجاري و عمليات تحويل الفواتير من بين النشاطات التي قيد المشرع ممارستها بضرورة الحصول على الرخصة (**أولا**) والاعتماد الإداري (**ثانيا**) .

**أولا : الترخيص :**

يعتبر الترخيص الإداري وسيلة من وسائل الضبط الإداري و الاقتصادي ، الهدف منه الحفاظ على النظام العام بمفهومه التقليدي و الحديث من خلال تقييد حرية ممارسة بعض الأنشطة و تنظيمها ، وقد استخدمه المشرع لتقييد ممارسة النشاط المصرفي بما فيه نشاط الاعتماد الايجاري باعتباره عملية قرض كما

جاء في الأمر رقم 11/03 المتعلق بالنقد و القرض ، و هو ما سيتم توضيحه من خلال التطرق إلى تعريفه و شروطه و إجراءاته .

**أ/ تعريف الترخيص** :

يعرف الترخيص الإداري المسبق بأنه : كل عمل أو تصرف قانوني صادر عن سلطة إدارية أو شبه إدارية تمارس من خلاله رقابتها على الحريات و النشاطات الفردية ، و عرف كذلك نظام الرخصة على أنه: الوسيلة الوحيدة المعتمدة التي تستطيع الإدارة من خلالها مراقبة النشاطات الخطيرة والتحكم في مستعمليها و هناك تعريف ثالث اعتبره عمل إداري يتخذ شكل قرار إداري صادر من جهة إدارية يتوقف على منحه ممارسة نشاط لا يمكن أن يمارس من دونه[1].

فالترخيص هو وسيلة لتقييد حرية ممارسة بعض الأنشطة و تنظيمها ، الهدف منه وقاية المجتمع من الأخطار التي قد تترتب من ممارسة هذه الأنشطة ، بل ذهب البعض إلى القول أن الدولة تفرض نظام الترخيص المسبق لتتخلص من مسؤوليتها عن الخطأ الإداري المصلحي المرتبط بكفالة النظام العام[2].

فالمشرع بالإضافة لتدخلاته الكثيرة في العلاقات العقدية استعمل الإدارة من أجل فرض الرقابة على نشاط الأفراد من أجل الحصول على كل الضمانات للنظام القانوني ، فالإدارة هي وسيلة تستخدمها الدولة من أجل إلزام الأفراد و مواصلة مشروع الدولة أي أن الدولة تستعمل أهداف خاصة للوصول إلى هدف اجتماعي ومن هنا جاء مصطلح **عيممة العقد** الذي يقصد به : الرقابة التي تفرضها الدولة على نشاط

[1]- جديد حنان ، الرخص الإدارية ودورها في الضبط الاقتصادي ، **أطروحة دكتوراه تخصص القانون العام للأعمال**، جامعة غرداية 2018/2017 ، ص 15،16.

[2]- نفس المرجع، ص 17،18 .

الأفراد باستخدام أجهزة تابعة لها و التي تخضع للقانون العام ، و بصفة أدق هي غزو القانون العام للقانون الخاص [1].

و باعتبار نشاط الاعتماد الايجاري عمل ائتماني أخضعه المشرع لرقابة الدولة من خلال نظام الرخصة فإذا كان المؤجر بنكا أو مؤسسة مالية فيكفي أن يكون مرخص لها بهذه الصفة أي أنها لا تحتاج لترخيص جديد من أجل ممارسة نشاط الاعتماد الايجاري باعتبار أن نشاط الاعتماد الايجاري عمل مصرفي من الأعمال الاعتيادية للبنوك فيكفي الترخيص الخاص بالإنشاء المنصوص عليه في المادة 82 من الأمر رقم 11/03 المتعلق بالنقد و القرض : " **يجب أن يرخص المجلس بإنشاء بنك أو مؤسسة مالية يحكمها القانون الجزائري** ..."[2].

لكن الأمر يختلف بالنسبة لشركات الاعتماد الايجاري فإنه يجب حصولها على ترخيص لممارسة النشاط قبل البدء الفعلي بالعمل ، فالمادة الأولى من الأمر رقم 09/96 المتعلق بالاعتماد الايجاري ألزمتها أن تكون معتمدة قانونا و مؤهلة بهذه الصفة .

**ب / شروط الحصول على الترخيص :**

لقد حدد النظام رقم 02/06 شروط تأسيس بنك أو مؤسسة مالية و شروط إقامة فرع بنك أو مؤسسة مالية أجنبية ، و هي تتعلق أساسا بالقوانين الأساسية و شروط تعديلها و رأس المال و المسيرين إضافة إلى استيفاء شرط الحصول على الاعتماد لممارسة النشاط، و سنتطرق في هذا الموضع للشروط المتعلقة بالقوانين الأساسية و تعديلها و الحد الأدنى لرأس مال الشركة ، و شرط الاعتماد فسنتطرق له في موضع آخر .

[1]- فاضل خديجة ، عيممة العقد ، **أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون** ، جامعة الجزائر 1 ، 2015/2014 ، ص 72 .

[2]- خدروش الدراجي ، المرجع السابق ، ص 236، 237..

**1/القوانين الأساسية و تعديلها :**

ألزم النظام رقم 02/06 المتعلق بشروط تأسيس بنك أو مؤسسة مالية و شروط إقامة فرع بنك أو مؤسسة مالية أجنبية ، مؤسسات القرض التي تتأسس في الجزائر تقديم مشاريع قوانينها الأساسية ، أما البنوك الأجنبية الراغبة في إقامة فروع لها بالجزائر فتقدم القانون الأساسي للمؤسسة الأم وبالنسبة للتعديلات التي تمس القانون الأساسي لهذه المؤسسات سواء المتعلقة بموضوعها أو برأسمالها قبل أو بعد الحصول على الاعتماد فإنها لا تقبل التنفيذ إلا بعد مصادقة مجلس النقد و القرض [1].

**2/شرط رأس المال الأدنى :**

توفير الحد الأدنى لرأس مال المؤجر في عقد الاعتماد الايجاري شرط آخر يضاف إلى الشروط الموضوعية التي فرضها المشرع فهو الضمان الذي يوفر الثقة و الائتمان لدى العملاء ، ويقصد به ذلك المقدار من المال الذي يطلب من العميل تقديمه من أجل تأسيس بنك أو مؤسسة مالية حيث يجب أن يكون مساويا أو يفوق الحد الأدنى الذي حدده القانون [2].

و قد وضع المشرع قواعد قانونية تحدد الحد الأدنى لرأس مال تكوين شركات المساهمة ، و اشترط أن لا يقل عن مقدار خمسة (05) ملايين دينار جزائري في حل اللجوء للادخار العلني و لا يقل عن مليون دينار في غير ذلك [3].

[1]- حسني صلاح الدين ، المرجع السابق ، ص 36 .

[2]- أعميور فرحات، المرجع السابق ، ص 19.

[3]- المادة 594 من القانون التجاري الجزائري .

غير أنه و نظرا لخصوصية النظام المصرفي و خطورته على الاقتصاد الوطني ، وضع المشرع قواعد خاصة[1] تتعلق بالحد الأدنى لرأسمال البنوك والمؤسسات المالية يختص بتنظيمها مجلس النقد والقرض[2]، و في الآتي سنتطرق لأهمية الحد الأدنى لرأسمال الذي حدده هذا التنظيم و مقداره و كيفية تحريره ، بالإضافة إلى مساهمة الدولة في رأسمال البنوك الخاصة .

### 2-1 أهمية الحد الأدنى لرأس المال :

يعتبر رأسمال مؤسسات القرض ضمانا هاما لدائنيها كما أنه يساعدها على تغطية العمليات المفاجئة والخسائر التي ممكن أن تحدث أثناء مزاولة النشاط المصرفي و الاستمرار في نشاطها في حالة حدوث أي طارئ عن طريق الرجوع إليه حتى تتساوى الأصول مع الخصوم ، فضلا عن ذلك فهو مناط تحديد مركزها المالي و سمعتها المالية ،كما أن لرأس المال الأدنى دور في تلبية ما تتطلبه التشريعات والتنظيمات باعتباره ضروري لصدور التراخيص من أجل ممارسة النشاط المصرفي سواء للمؤسسات الجزائرية أو تلك الأجنبية التي ترغب فتح فروع لها في الجزائر[3].

### 2-2-مقدار الحد الأدنى لرأسمال :

نصت المادة 88 من الأمر رقم 11/03 المتعلق بالنقد و القرض على ضرورة امتلاك البنوك والمؤسسات المالية حدا أدنى من رأسمال يساوي على الأقل المبلغ الذي يحدده نظام يصدر من مجلس النقد والقرض ، غير أنه وبسبب فترات عدم الاستقرار التي عرفتها الجزائر لم يستقر النظام على تحديد نسبة الرأسمال الأدنى ، حيث عرف عدة تعديلات رفعت جميعها من قيمته بشكل يتناسب مع تدهور قيمة

[1]- النظام رقم 04/08 المؤرخ في 23 ديسمبر 2008 يتعلق بالحد الأدنى لرأسمال البنوك و المؤسسات المالية العاملة في الجزائر ، **الجريدة الرسمية** عدد ، 72 الصادرة بتاريخ 24 ديسمبر 2008 .

[2]- شنعة أمينة ، المرجع السابق ،ص 895 .

[3]- أعميور فرحات ، المرجع السابق ، ص 19،20.

الدينار في الأسواق العالمية من هذه التعديلات : – النظام 01/04 حدد الحد الأدنى لرأس مال البنوك [1] ب : 2.5 مليار ، و 500 مليون بالنسبة للمؤسسات المالية .

– النظام رقم 04/08 المتعلق بتحديد الحد الأدنى لرأسمال البنوك و المؤسسات المالية العاملة في الجزائر رفع هذه النسبة إلى: 10 مليار دينار بالنسبة للبنوك ، و 3.5 مليار دينار بالنسبة للمؤسسات المالية .

– النظام رقم 03/18[2] قرر أنه لابد أن يساوي الحد الأدنى لرأسمال البنوك على الأقل 20 مليار دينار و6.5 مليار دينار ، و تطبق نفس الأحكام على البنوك و المؤسسات المالية الأجنبية الراغبة في مزاولة النشاط المصرفي في الجزائر [3].

و لعل هذا التشديد في تحديد الحد الأدنى لرأسمال البنوك والمؤسسات له علاقة بالتغيرات التي عرفتها القطاع المصرفي جراء الأزمات المتكررة لاسيما أزمة بنك( خليفة ) و البنك التجاري الصناعي (BCIA) بالإضافة إلى رغبة الجزائر في مسايرة التشريعات المصرفية الدولية لاسيما اتفاقية بازل 03 بعد الأزمة الاقتصادية العالمية [4].

إذا كان عدم استقرار الحد الأدنى لرأسمال البنوك والمؤسسات المالية له ما يبرره على الصعيد الداخلي والدولي فإن تضخيم المشرع لهذا المقدار في كل مره يتم تعديله يتناقض مع ما تسعى إليه الدولة من خلال إزالة العقبات أمام الاستثمار ، بالإضافة إلى أن تجاهل تحديد الحد الأعلى لرأسمال البنوك والمؤسسات من

[1]– النظام رقم 01/04 المؤرخ في 04 مارس 2004 الملغي للنظام رقم 01/90 المؤرخ في 1990/07/04 المتعلق بتحديد الحد الأدنى لرأسمال البنوك ، **الجريدة الرسمية** عدد39 الصادرة بتاريخ 21 أوت 1991 (الملغى ).

[2]– النظام رقم 03/18 المؤرخ في 04 نوفمبر 2018 الذي يتعلق بالحد الأدنى لرأسمال البنوك والمؤسسات المالية العاملة بالجزائر ، **الجريدة الرسمية** عدد 43 الصادرة بتاريخ 09 ديسمبر 2018 .

[3] – شنعة أمينة ، المرجع السابق ، ص 895.

[4]– نفس المرجع ، ص 596.

شأنه خلق بنوك عملاقة تحتكر النشاط المصرفي و تعيق المنافسة الحرة و هو ما يتنافى مع مبادئ اقتصاد السوق [1].

أما بالنسبة للحد الأدنى لرأسمال شركات الاعتماد الايجاري فقد نص المشرع بموجب المواد 06 و08 من التنظيم رقم 06/96 المتعلق كيفيات تأسيس شركات الاعتماد الايجاري و شروط اعتمادها على أن لا يقل عن 100 مليون دينار جزائري و أن لا يقل المبلغ المكتتب عن 50 بالمائة من الأموال الخاصة و يمكن أن يزيد هذا المقدار سواء كانت هذه الزيادة من الاحتياطات أو من الأرباح المؤجلة أو قروض المساهمة أو الأرصدة غير المخصصة عند الاقتضاء بواسطة تعليمة[2].

**2-3كيفية تحرير الحد الأدنى لرأس المال :**

بموجب النظام رقم 03/93 المتعلق بالحد الأدنى لرأسمال البنوك و المؤسسات المالية العاملة في الجزائر [3] (الملغى) ، تم توحيد تحرير الحد الأدنى لرأسمال شركات المساهمة بما فيها البنوك والمؤسسات المالية و أصبح يخضع للقواعد العامة حيث قضت المادة 592 من القانون التجاري التي نصت على أنه : " ...**يجب أن يكتتب رأس المال بكامله ، وتكون الأسهم المالية مدفوعة عند الاكتتاب بنسبة ¼ على الأقل من القيمة الاسمية ويتم وفاء الزيادة مرة واحدة أو عدة مرات بناءا على قرار من مجلس الإدارة أو مجلس المديرين حسب كل حالة و في أجل لا يمكن أن يتجاوز 05 سنوات من تاريخ تسجيل الشركة في السجل التجاري** ..." ، ليتم استبعاد هذا النص بعد ذلك بموجب النظام 08/04 المتعلق بالحد الأدنى لرأسمال البنوك و المؤسسات المالية العاملة في الجزائر ، لتأثيره على استقرار القطاع المصرفي .

---

[1]- أعميور فرحات، المرجع السابق ، ص 23 .

[2]- هشام بن الشيخ ، عقد الاعتماد الايجاري للأموال غير المنقولة ، **أطروحة دكتوراه علوم** ، تخصص قانون خاص ، جامعة باتنة ، 2018 ص 70 .

[3]- النظام رقم 03/93 المؤرخ في 1993/07/04 الذي يعدل النظام رقم 01/90 المؤرخ في 1990/06/04 المتعلق بالحد الأدنى لرأسمال البنوك و المؤسسات المالية العاملة في الجزائر ، **الجريدة الرسمية** عدد 01 الصادرة بتاريخ 1994/01/02 (الملغى).

لقد تنبه المشرع إلى تأثير التساهل في تحرير رأس المال الأدنى لمؤسسات القرض على استقرار القطاع المصرفي بسبب فتح المجال أمام العديد من المؤسسات الخاصة التي استسهلت ممارسة النشاط البنكي دون أن يكون لديها المال الكافي للتأسيس فلم يكن المشرع يطلب سوى 75 بالمائة من رأس المال التأسيسي عند الإنشاء لذلك فرض بموجب النظام رقم 08/04 أن تمتلك كل البنوك والمؤسسات المالية رأس المال محرر كليا عند إعداد مشروع التأسيس [1].

**2-4-شرط أن يكون رأسمال مؤسسات القرض مبررا :**

نصت المادة 91 من الأمر رقم 11/03 المتعلق بالنقد و القرض على ضرورة أن يكون مصدر رأس المال مبررا ، ولعله أراد بذلك إبعاد الشبهة عن ممارسي النشاط المصرفي و الحفاظ على سمعته بقصره على أصحاب الأموال النظيفة[2] .

**2-5-تأسيس سهم نوعي للدولة في رأس مال البنوك و المؤسسات المالية ذات الرأسمال الخاص:**

تم تكريس شرط السهم النوعي ضمن تعديل الأمر رقم 11/03 المتعلق النقد و القرض حيث تممت المادة 83 بفقرة ثالثة نصت على : " **و زيادة على ذلك ، تملك الدولة سهما نوعيا في رأس مال البنوك و المؤسسات المالية ذات رؤوس الأموال الخاصة ، يخول لها بموجبه الحق في أن تمثل في أجهزة الشركة دون الحق في التصويت** " ، بهدف إضفاء الشفافية على العمليات البنكية والحفاظ على مصالح الزبائن في البنوك والمؤسسات المالية ، بينما يرى البعض أن الدولة من خلال هذا الشرط تهدف إلى فرض نظام الوصاية مؤسسات القرض الخاصة من أجل استرجاع معالم الاقتصاد الموجه[3].

[1]- بوخرص عبد العزيز ، المرجع السابق ، ص 457 .

[2]- خدروش الدراجي ، المرجع السابق ، ص 239 .

[3]- أعميور فرحات ، المرجع السابق ، ص 24.

و مهما يكن الهدف من وراء فرض شرط السهم النوعي فإنه لا مجال يدل على محاولة الدولة التدخل في القطاع المصرفي وهو أمر يتعارض مع سياسة تشجيع الاستثمار التي تبنتها الدولة منذ سنة 2008 .

**ج/ إجراءات الترخيص :**

يتم تقديم طلب الترخيص من أجل الاستثمار في القطاع المصرفي لرئيس مجلس النقد والقرض مرفقا بملف يتضمن مجموعة من الوثائق تثبت توفر الشركة على الشروط المطلوبة لتأسيس بنك أو مؤسسة مالية أو فرع بنك أو مؤسسة مالية أجنبية حسب الحالة ، و لقد حدد النظام رقم 02/06 المتعلق بشروط تأسيس بنك و مؤسسة مالية و شروط إقامة فرع بنك و مؤسسة مالية أجنبية ، في مادته الثانية العناصر والمعطيات التي يجب أن يتضمنها طلب الترخيص و هي :

- برنامج النشاط الذي يمتد على خمس سنوات .
- إستراتيجية تنمية الشبكة والوسائل المسخرة لهذا الغرض .
- الوسائل المالية و الفنية .
- نوعية المساهمين و القدرة المالية لكل مساهم و ضامنة.
- المساهمين الرئيسيين وقدرتهم المالية وكفاءتهم و تجربتهم في المجال المصرفي .
- وضع المؤسسة التي تمثل المساهم المرجعي .
- مشاريع القوانين الأساسية .
- التنظيم الداخلي و صلاحيات كل مصلحة و عدد الموظفين .

و بناءا على دراسة المعطيات و العناصر التي يتضمنها طلب الترخيص يقرر المجلس منح الترخيص أو رفضه .

**د/ قرار منح أو رفض الترخيص :**

في حالة موافقة المجلس على منح الترخيص يقوم بتبليغ قرار القبول إلى البنك أو المؤسسة المالية أو فرع البنك أو المؤسسة المالية الأجنبية لتدخل هذه الأخيرة حيز التنفيذ من تاريخ تبليغ هذا القرار [1]،أما في حالة رفض منح الترخيص لعدم توفر الشروط القانونية المطلوبة فيمكن الطعن فيه أمام مجلس الدولة بعد صدور قرارين بالرفض أي أنه يكون بعد رفض التظلم عن قرار الرفض أمام مجلس النقد والقرض [2].

**ثانيا : الاعتماد الإداري**

يعتبر الاعتماد إجراء ضروري من أجل البدء الفعلي في ممارسة النشاط و هو يأتي بعد الحصول على الترخيص ، فالترخيص وإن كان ضروري من أجل القيد في السجل التجاري إلا أنه غير كافي للبدء الفعلي للنشاط المصرفي .

وقد كان لمصطلحي الترخيص والاعتماد نفس المفهوم قبل صدور القانون رقم 10/90 المتعلق بالنقد والقرض ، لكن بعد صدور هذا القانون ومن بعده الأمر 11/03 المتعلق بالنقد و القرض لم يعد مصطلح الترخيص هو نفسه الاعتماد ، وبذلك يكون المشرع الجزائري قد كرس نظام ازدواجية الرخصة خلافا للمشرع الفرنسي الذي أخذ بنظام الترخيص الواحد و هو الاعتماد الذي تمنحه لجنة مؤسسات القرض والاستثمار لتأسيس البنوك والمؤسسات المالية [3].

و كما اعتمد المشرع على الاعتماد الإداري لتكوين صفة المؤجر في عقد الاعتماد الايجاري ، اشترط لاكتساب صفة الوسيط في عقد تحويل الفاتورة الحصول على الاعتماد قبل مباشرة نشاط تحويل الفواتير

[1]- المادة 06 من النظام رقم 02/06 الذي يحدد شروط تأسيس بنك و مؤسسة مالية و شروط إقامة فرع بنك و مؤسسة مالية أجنبية.

[2]- المادة 07 من نفس النظام .

[3]-خدروش الدراجي ، المرجع السابق ، ص 93.

فما المقصود بالاعتماد ؟ و ما هي الإجراءات الخاصة باعتماد كل من : البنوك و المؤسسات المالية ، شركة الاعتماد الايجاري ، الشركة الوسيط ؟ .

**أ/ تعريف الاعتماد :**

يعرف الاعتماد على أنه " الموافقة المسبقة التي يتحصل عليها الشخص من الإدارة ، والتي من خلالها يمكن للأشخاص من تحقيق المشاريع الاقتصادية واستفادتهم من نظام مالي أو ضريبي ممتاز "[1].

كما تم تعريفه على أنه : " تصرف إداري منفرد تسمح الإدارة من خلاله بوجود و ممارسة نشاط معين أو بوجود هيئة معينة أو أنه عبارة عن قرار تصدره جهة إدارية مستقلة ، يتضمن تقرير بعض المزايا الجبائية و المالية أو يهدف إلى تحقيق أو تنفيذ بعض المشاريع "[2] ، و في هذا يختلف الاعتماد عن الترخيص حيث أن هذا الأخير هو إجراء يسمح بممارسة النشاط لكن دون أن يستفيد صاحبه من الامتيازات الخاصة سواء كانت الجبائية أو القانونية عكس نظام الاعتماد .

و على هذا الأساس يعتبر الاعتماد الإداري وسيلة في يد سلطات الضبط الاقتصادي لضبط مشاركة المبادرات الخاصة في تنفيذ السياسة الاقتصادية للدولة ، حيث يتم الحصول عليه بناءا على توفر شروط قانونية تعكس قدرة المؤسسات على ممارسة النشاط المعتمد ، و بالتالي فهو يسمح بمراقبة مدى تطابق النشاط مع المصلحة العامة .

**ب/ إجراءات الاعتماد :**

تختلف إجراءات اعتماد البنوك والمؤسسات المالية و شركات الاعتماد الايجاري باعتبارها مؤسسات قرض عن تلك الإجراءات التي نص عليها القانون لتأهيل الشركات محولة الفواتير ، سواء من حيث الجهة

[1]- جديد حنان ، المرجع السابق ، ص 20 .

[2]- أعميور فرحات ،المرجع السابق ، ص 93 .

التي يقدم لها طلب الاعتماد أو من حيث الملف المرفق مع طلب الاعتماد ، و كذلك من حيث الإجراءات التي يجب إتباعها في حال رفض طلب الاعتماد .

**1 / إجراءات اعتماد البنوك والمؤسسات المالية :**

يعتبر الاعتماد شرط أساسي للممارسة النشاط المصرفي ، وحتى تتمكن المؤسسة المستثمرة من الحصول على الاعتماد لابد من تقديم طلب لمحافظ بنك الجزائر ، ليقرر هذا الأخير منح أو رفض الاعتماد بعد دراسة الطلب ، كما يمكنه سحب هذا الاعتماد بعد مباشرة النشاط الفعلي في أي وقت و لعدة حالات محددة قانونا .

**1-1-تقديم طلب الاعتماد لمحافظ البنك :**

تنص المادة 92 من الأمر رقم 11/03 المتعلق بالنقد و القرض على أنه : " **بعد الحصول على الترخيص طبقا للمادة 91 أعلاه ، يمكن تأسيس الشركة الخاضعة للقانون الجزائري و يمكنها أن تطلب اعتمادها كبنك أو مؤسسة ، حسب الحالة .... يمنح الاعتماد بمقرر من المحافظ** " و عليه فقد نص المشرع على ضرورة الحصول على الاعتماد لمباشرة النشاط المصرفي لكنه لم ينص على الإجراءات اللازمة لذلك ، بينما وضح النظام رقم 02/06 الذي يحدد شروط تأسيس بنك و مؤسسة مالية و شروط إقامة فرع بنك و مؤسسة مالية أجنبية في مادته الثامنة مجموعة من الإجراءات الضرورية لتقديم طلب الحصول على الاعتماد هي :

- يتم إرسال طلب الاعتماد إلى محافظ البنك في أجل اثنا عشر شهرا (12) ابتداء من تاريخ الترخيص.
- يرفق الطلب بالمستندات والمعلومات المطلوبة بموجب القانون والتنظيم ، و الوثائق التي تثبت توفر جميع الشروط الخاصة التي يتضمنها الترخيص .

– يحيل محافظ البنك طلب الاعتماد إلى المديرية العامة للقرض و التنظيم المصرفي والتي تحيله بدورها إلى مديرية التنظيم المصرفي و الاعتمادات لتقوم بفحصه و التأكد من مدى احترام الشروط المنصوص عليها .

– تقوم مديرية التنظيم المصرفي و الاعتمادات بإعداد تقرير نهائي حول الملف لتعيد إرساله إلى محافظ بنك الجزائر من أجل منح الاعتماد أو رفضه .

و نشير إلى أن الاعتماد لا يخص المؤسسة فقط و إنما أيضا يشمل المستخدمين المسيرين ، حيث ترسل طبقا للمادة 12 من ذات النظام قائمة أعضاء مجلس الإدارة أو مجلس المراقبة المعينين من قبل الجمعية التأسيسية للبنوك والمؤسسات المالية مرفقة بملفهم الإداري و سيرتهم المهنية إلى محافظ بنك الجزائر من اجل اعتمادهم .

### 1–2–صدور قرار منح الاعتماد أو رفضه :

بعد استفاء جميع الإجراءات السابقة و وصول الملف إلى محافظ بنك الجزائر يصدر قرار منح أو رفض الاعتماد ، ففي حل قبول الطلب يصدر القرار بموجب " مقرر اعتماد " ينشر في الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية .

يتضمن هذا المقرر مجموعة معلومات تتعلق أساسا بنوع الاعتماد وتاريخ منحه و صنف المؤسسة (بنك مؤسسة مالية ، فرع ) ، و لا يكون الاعتماد الممنوح مرتبطا بأجل معين حيث يمكن أن ينتهي في أي وقت بتوفر أي حالة من حالات السحب أو يبقى ببقاء المؤسسات التي تتخذ شكل شركة مساهمة لمدة 99 سنة مالم يتم حلها أو تمديد أجلها ، أما فروع البنوك و المؤسسات المالية الأجنبية فتبقى قائمة إلى غاية حلها من قبل الشركة الأم أو انسحابها من الجزائر ، و بالنسبة لمكاتب التمثيل فإن مدة صلاحيتها 03 سنوات قابلة للتجديد [1].

[1]– جديد حنان ، المرجع السابق ، ص،331 332 .

ينتج عن قرار منح الاعتماد الآثار التالية :

- يمكن قرار منح الاعتماد البنك أو المؤسسة المصرفية من البدء الفعلي في ممارسة نشاطها المصرفي [1].

- يكسبها صفتها كبنك أو مؤسسة مالية بشكل قانوني و بالتالي يمكنها اعتماد هذه الصفة والتشهير بها أما قبل حصولها على الاعتماد فلا يمكنها استعمال هذه الصفة و لا التشهير بها تحت طائلة عقوبات صارمة ، و باكتساب هذه الصفة يتم تسجيل البنك أو المؤسسة المالية لدى محافظ بنك الجزائر ضمن قوائم البنوك والمؤسسات المالية التي تنشر كل سنة في الجريدة الرسمية كما يتم نشر كل تعديل يطرأ عليها بنفس الشكل[2] .

- يكتسب البنك أو المؤسسة المالية بعد حصولها على الاعتماد صفة الوسيط المعتمد ، و هو الذي يمكنها من القيام بالعمليات المصرفية مع الخارج وذلك إذا تضمن مقرر الاعتماد تفويض السلطة فيما يتعلق بتطبيق النظام الخاص بالصرف [3]، خلافا لما كان حاصل قبل ذلك حيث كان يطلب الحصول على اعتماد آخر من أجل اكتساب صفة وسيط معتمد مما كان يجعل الأمر أكثر تعقيدا ، لذلك جمع المشرع الحصول على اعتماد التأسيس و اكتساب صفة وسيط معتمد في اعتماد واحد [4].

أما في حال صدور قرار برفض منح الاعتماد فإن المشرع لم يتطرق لها في نصوصه بشكل صريح إلا أنه يمكن أن يفهم ضمنيا حدوث هذه الحالة في حال لم يستوفي طلب الاعتماد الشروط المحددة في التشريع والتنظيم ، وقد حدث ذلك بالفعل في الواقع و كان هناك فراغ قانوني في هذا الشأن [5].

---

[1] – جلجل رضا محفوظ ، تأسيس البنوك و المؤسسات المالية في الجزائر ، **مجلة البحوث في الحقوق و العلوم السياسية** ، المجلد 3 ،جامعة ابن خلدون تيارت ، الجزائر ، العدد 2 ، 2018/06/04، ص 95.

[2]– جديد حنان ، المرجع السابق ، ص 332 .

[3]– – المادة 09 من النظام رقم 06/ 02 الذي يحدد شروط تأسيس بنك و مؤسسة مالية و شروط إقامة فرع بنك و مؤسسة مالية أجنبية.

[4]– جديد حنان ، المرجع السابق ، ص 333.

[5]– انظر أعميور فرحات ، المرجع السابق ، ص 103 .

حالة سكوت محافظ بنك الجزائر عن الرد على طلب الاعتماد فهي الأخرى مسألة لم يتطرق لها المشرع سواء في قانون النقد و القرض أو في النصوص التطبيقية له لذلك يجب العمل بالقواعد العامة في القانون الإداري التي تعتبر السكوت ردا ضمنيا بالرفض ، إذ أنه لا يمكن تفسير سكوت محافظ بنك الجزائر عن الرد موافقة على طلب الاعتماد ، لأنه لا يعقل ممارسة النشاط المصرفي دون صدور مقرر الاعتماد لخطورة ممارسته على الأفراد والاقتصاد الوطني[1] .

**2/ اعتماد شركة الاعتماد الايجاري :**

لا تمارس عمليات الاعتماد الايجاري إلا من طرف أشخاص معنوية مؤهلة قانونا عن طريق حصولها على الاعتماد بالكيفيات التي يفرضها التشريع والتنظيم حيث جاء في المادة الأولى من الأمر رقم 09/96 المتعلق بالاعتماد الايجاري ما يلي : "....**شركة تأجير مؤهلة قانونا و معتمدة صراحة بهذه الصفة** ...".

فشركات الاعتماد الايجاري لا يمكن أن تمارس نشاطها إلا بعد اعتمادها بالشروط و الكيفيات التي حددها النظام رقم 06/96 المتعلق بكيفيات تأسيس شركات الاعتماد الايجاري و شروط اعتمادها وبحسب هذا النظام فإن إجراءات اعتماد شركات الاعتماد الايجاري تكون كالتالي :

متى توفرت الشروط المنصوص عليها بموجب هذا النظام و التي تتعلق أساسا بشكل شركة الاعتماد الايجاري و موضوع نشاطها ورأسمالها إضافة إلى الشروط التي تتعلق بمسيريها تكون جاهزة لتقديم طلب تأهيلها إلى مجلس النقد والقرض ، وطبقا للمادة 05 من ذات النظام يجب على متعهدي الشركة إرفاق طلب التأسيس بالملف الذي حددته التعليمة رقم 07/96 التي تتعلق بكيفيات تأسيس شركات الاعتماد الايجاري وشروط اعتمادها في الملاحق رقم 1، 2، 3 من التعليمة .

**الملحق رقم 01** : يتعلق بالمعلومات الخاصة بكل واحد من المساهمين و التي تتمثل في :

[1]- أعميور فرحات ، المرجع السابق ، ص 104 .

– هوية مقدمي رأس المال ، فإذا كان شخص طبيعي يذكر: اسمه ، لقبه ، تاريخ ومكان ميلاده ، جنسيته موطنه ، و إذا كان شخص معنوي يذكر : موضوعه الاجتماعي ، شكله القانوني ، عنوان مقره الاجتماعي.

– بالنسبة لمن يراد تعيينه مسيرا للشركة تذكر نسبة مساهمته و ما يعادلها من حق التصويت .

– المعلومات المتعلقة أخلاق و نزاهة مؤسسي الشركة و كفاءتهم المالية والتقنية و برنامج نشاطهم .

**الملحق رقم 02** : يتعلق بالمعلومات الخاصة بالمشروع و التي تتمثل في :

– اسم الشركة ، موضوعها الاجتماعي ، عنوان مقرها الاجتماعي أو مقر فرعها في الجزائر بالنسبة للمؤسسات الأجنبية .

– شكل الشركة و مشروع قانونها الأساسي .

–مبلغ رأس المال الموجود أو الذي سيتم تكوينه في المستقبل و مبلغ التخصيص بالنسبة للمؤسسات الأجنبية .

– طبيعة السندات الممثلة لرأس مال الشركة و توزيع الأسهم وحق التصويت .

**الملحق رقم 03** : يتعلق بالرسالة التي يجب تقديمها من طرف المساهمين إلى محافظ بنك الجزائر يتم التأكيد فيها على صحة المعلومات المقدمة طبقا للملحق 01 و 02 من التعليمة و التزامهم بعدم تغيير أي معلومة من هذه المعلومات المقدمة .

بعد دراسة الملف خلال مدة أقصاها شهرين يقوم محافظ بنك الجزائر بإصدار مقرر منح الاعتماد[1] يتم الإشارة فيه إلى البيانات التالية : ( العنوان التجاري لشركة الاعتماد الايجاري ، مقرها ، ألقاب وأسماء

[1]– المادة 09 من المرسوم التنفيذي رقم 06/96 الذي يحدد كيفيات تأسيس شركات الاعتماد الايجاري و شروط اعتمادها .

مسيريها مبلغ رأسمال الشركة و توزيعه بين المساهمين ) ، ويتم نشره في الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية [1].

و بموجب قرار منح الاعتماد تصبح شركة الاعتماد الايجاري معتمدة بهذه الصفة و تستطيع مباشرة نشاطها الفعلي ، ولكنها تظل مهددة بسحب هذا الاعتماد للأسباب المنصوص عليها في المادة 95 من الأمر رقم 11/03 المتعلق بالنقد و القرض و هي نفس أسباب سحب اعتماد البنوك و المؤسسات المالية و التي من بينها عدم استغلال الاعتماد لمدة اثنا عشر شهرا [2].

أما في حالة رفض منح الاعتماد فإنه يحق لمتعهدي الشركة رفع تظلم في هذا القرار أمام مجلس النقد والقرض الذي عليه الرد في أجل عشرة أشهر من تاريخ تقديم التظلم فإذا كان جوابه بالرفض يكون هذا القرار الأخير محل الطعن أما مجلس الدولة خلال شهرين من تبليغه [3].

**3/ تأهيل شركات تحويل الفواتير :**

نصت المادة 03 من المرسوم التنفيذي رقم 331/95 المتعلق بتأهيل الشركات التي تمارس تحويل الفاتورة على أنه يتم تأهيل الشركة الوسيط من طرف الوزير المكلف بالمالية بناءا على طلب كتابي مرفوق بالمستندات التالية :

**" – القانون الأساسي للشركة .**

**– حصيلة الافتتاح تستخلص منها الأصول الصافية الفعلية للشركة، المتوفرة أو القابلة للتحقيق والمخصصة لعمليات تحويل الفاتورة**

**– وصل التسجيل في السجل التجاري ".**

---

[1]– المادة 10 من نفس النظام .

[2]– المادة 12 من نفس النظام.

[3]– المادة 87 من الأمر رقم 11/03المتعلق بالنقد و القرض .

إن المرسوم التنفيذي أعلاه سجلت عليه العديد من الملاحظات أهمها :

– إخضاع تأهيل شركة تحويل الفواتير إلى سلطة الوزير المكلف بالمالية بدلا من مجلس القرض والنقد الذي يعتبر المؤهل الوحيد قانونا باتخاذ جميع القرارات المتعلقة باعتماد البنوك والمؤسسات المالية ، على اعتبار أن شركة تحويل الفواتير تقوم بأعمال مصرفية بحتة .

– عدم تحديد الشروط الشكلية الواجب توفرها في شركات تحويل الفواتير الأجنبية التي ترغب في ممارسة نشاطها في الجزائر خاصة فيما يتعلق بأسس تنظيم الرقابة و الضوابط الداخلية المعتمدة من طرفها .

– عدم تحديد المدة الزمنية اللازمة لصدور القرار بقبول منح التأهيل أو رفضه ، وكذا إجراءات الطعن في قرار وزير المالية في حالة الرفض [1].

يظهر الطابع الخاص لشركات تحويل الفواتير في الجزائر من ناحية وضعها تحت رقابة الوزارة المكلفة بالمالية مع أنها مجرد شركة تجارية ، لذلك يستدعي الأمر تمييز شركات تحويل الفواتير عن البنوك والمؤسسات المالية.

شركة تحويل الفواتير هي شركة تجارية خاضعة لوصاية ورقابة الوزارة المكلفة بالمالية بينما تخضع البنوك في تأسيسها و سيرها لقانون القرض و النقد ، لذلك نتساءل عن موقف المشرع الجزائري من إخضاع شركة تحويل الفواتير باعتبارها تمارس نشاط مالي و مصرفي لجهاز تنفيذي ممثل في الوزارة المكلفة بالمالية هل هو موقف متعمد أم أن هذا طابع خصوصي ميز به شركات تحويل الفواتير ؟ .

إن تأسيس بنك أو مؤسسة مالية يكون بناءا على ترخيص من مجلس القرض والنقد ، وكذلك الحال بالنسبة لتعديل قانونها الأساسي أو منح الاعتماد لها أو سحبه منها فهو أيضا يعود لاختصاص مجلس القرض والنقد ، بالإضافة إلى اختصاص اللجنة المصرفية و التي تعد سلطة إدارية مستقلة بمراقبة مدى احترام

[1]– ميلاط عبد الحفيظ ، المرجع السابق ، ص 179 .

البنوك والمؤسسات المالية للأحكام التشريعية والتنظيمية المطبقة عليها ، وكذا احترام قواعد حسن سير المهنة[1].

و بالتالي فإن وضع الشركات محولة الفواتير تحت وصاية الوزارة المكلفة بالمالية أمر يتعارض مع طبيعة نشاطها و مع الدور الذي تقوم به اللجنة المصرفية خاصة فيما يتعلق بتطبيق أحكام المادة رقم 92 من الأمر رقم 04/10 المتعلق بالنقد و القرض ، و التي تمنحها صلاحية معاينة المخالفات المرتكبة بالبنوك والمؤسسات المالية دون الحصول على تأهيل [2].

بالنظر إلى ما سبق يمكننا الوصول إلى مجموعة من النقاط أهمها :

– أن الدولة في إطار العمل على تحقيق التوازن في السوق و فرض احترام قواعد المنافسة جمعت عدة اختصاصات متفرقة : التنظيمية ، القمعية ، الرقابية في يد هيئة واحدة ، كما هو الشأن بالنسبة لسلطات الضبط المتمثلة في مجلس القرض والنقد واللجنة المصرفية .

– عدم نجاح المشرع في تنظيم عقد تحويل الفاتورة ، و ذلك يظهر من خلال عدم احترام قاعدة توازي الأشكال في المرسوم التنفيذي رقم 331/95 المتعلق بتأهيل الشركات التي تمارس تحويل الفاتورة ، فضلا عن خلق ثغرات قانونية في الإجراءات المتعلقة بتنظيم نشاط الشركات محولة الفواتير .

و عليه كان على المشرع تجنبا لهذا الخلط منح اختصاص تحويل الفواتير للبنوك و المؤسسات المالية وبالتالي يخضع هذا النشاط للأحكام المتعلقة بالعمليات المصرفية كما هو الحال بالنسبة للمشرع المغربي الذي نظم عملية تحويل الفاتورة ضمن العمليات التي تقوم بها البنوك ، أو استفاد من تجربة المشرع التونسي

[1]– أنظر المواد 90 ، 92 ، 95 ، 105 ،من الأمر رقم 04/10 ، المؤرخ في 26 أوت 2010، يعدل و يتمم الأمر رقم 11/03 المتعلق بالنقد و القرض ، الجريدة الرسمية عدد 50 ، الصادرة بتاريخ ، 01 سبتمبر 2010.

[2]– بن عشي أمال ، المرجع السابق ، ص 68.

الذي اعتبر هذه العملية نشاط خاص تقوم به شركات متخصصة تسمى شركات استخلاص الديون و نظمها بموجب قانون خاص دون أي تفويض لنص تنفيذي[1].

خاصة و أن المشرع اعتمد على التشريع الفرنسي في سن الكثير من أحكام القانون الجزائري ، فكان من الأحرى أن يستفيد من بعض تجارب التشريعات العربية لتفادي هذه الثغرات القانونية التي تسببت في بقاء عقد تحويل الفاتورة في الجزائر إلى يومنا هذا دون أي وجود عملي و تطبيقي على أرض الواقع .

## الفرع الثاني

## أهمية الإجراءات الإدارية المتعلقة بتقرير صفة المتعاقد و جزاء مخالفتها

بالنظر إلى ما سبق فإن المشرع قد قيد اكتساب صفة متعاقد سواء في عقد الاعتماد الايجاري أو عقد تحويل الفاتورة النشاط بتوفر شروط معينة تتعلق أساسا بالاعتبار الشخصي والشكل القانوني،و جعل تكوين هذه الصفة يتم عن طريق إجراءات إدارية ضرورية من أجل ممارسة النشاط ، تتمثل في الحصول على الترخيص و الاعتماد [2] فكل من لم يمنح له الترخيص والاعتماد ليس في حكم صفة متعاقد **(أولا)**،و رتب جزاءات معينة على مخالفة ممارسة صفة المتعاقد بغير الصفة التي رخصها واعتمدها **(ثانيا)**.

### أولا : أهمية الإجراءات الإدارية في تقرير صفة المتعاقد في عقود الأعمال

إن مجرد توفر الشروط القانونية التي نص عليها المشرع لممارسة نشاط معين لا تعني أن المشرع أصبغ على الشخص صفة متعاقد تلقائيا ، بل يبقى القرار النهائي في يد الإدارة بشأن منح الرخصة أو الاعتماد للشخص الراغب في ذلك مع إمكانية الطعن في قرارها في حالة الرفض ، و هذا تأكيد جديد لخصوصية

[1]- بن عشي أمال ، المرجع السابق ، ص 68 ، 69 .

[2]- بعجي احمد ، تأثير التوجيه التشريعي على النظرية العامة للعقد ، المرجع السابق ، ص 331 .

هذه الصفة في العقد من جهة ، و من جهة أخرى ، يستبعد ادعاء الأشخاص بالحق في اكتساب صفة متعاقد بل الإدارة هي التي تمنح الحق للمتعاقد [1].

إن الاعتماد يمنح لمؤسسات القرض الحماية القانونية المقررة لها بناءا على الاحتكار القانوني الذي تتمتع به على تسميتها بصفتها تلك أي مؤسسة قرض و التي بفضلها يمكنها القيام بالعمليات المصرفية ضمن ما يعرف باحتكار التسمية [2]و هو مبدأ معروف في ممارسة النشاط المصرفي يخولها دون سواها ممارسة العمليات المصرفية ف.كما جاء في نص المادة 70 من الأمر رقم 11/03 المتعلق بالنقد و القرض التي تنص على : " **البنوك مخولة دون سواها بالقيام بجميع العمليات المصرفية بجميع العمليات المبينة في المواد 66 ،68 أعلاه ، بصفة مهنتها العادية** " .

و في المقابل منع بموجب المادة 76 كل شخص طبيعي أو معنوي من غير البنوك أو المؤسسات المالية حسب الحالة من القيام بالعمليات التي تجريها البنوك و المؤسسات المالية بشكل اعتيادي ، وهو بذلك يؤكد على احتكار مزاولة النشاط المصرفي ، وهذا الأمر يمتد أيضا إلى شركة الاعتماد الايجاري حيث جاء في المادة 02 من الأمر رقم 09/96 المتعلق بالاعتماد الايجاري : " **تعتبر عمليات الاعتماد الايجاري عمليات قرض لكونها تشكل طريقة تمويل اقتناء الأصول المنصوص عليها في المادة أعلاه ، أو استعمالها** ..." [3] ، و بالتالي تحصل على نفس الحماية القانونية المقررة لكل مؤسسة قرض على أية عملية مصرفية .

هناك نوع آخر من احتكار الصفة في المجال المصرفي وهو الاحتكار الخاص و قد سمي بذلك لأنه يخص فقط المؤسسات المالية وحدها دون البنوك و هو ما جاء في نص الفقرة 02 من المادة 81 من الأمر

[1]- بعجي احمد ، تأثير التوجيه التشريعي على النظرية العامة للعقد ، المرجع السابق ، ص 297 .

[2]- حسني صلاح الدين ، المرجع السابق ، ص 74.

[3]- بعجي أحمد ، تحديد صفة المتعاقد في عقود الأعمال ، المرجع السابق ، ص 78.

رقم 11/03 المتعلق بالنقد و القرض : " **يمنع على أي مؤسسة مالية ، أن توهم بأنها تنتمي ، إلى فئة من غير الفئة التي اعتمدت للعمل ضمنها ، أو تثير اللبس بهذا الشأن** ..." ، وهو أمر منطقي بالنظر إلى كون البنوك هي صاحبة الاختصاص العام وبالتالي لا تحتاج لتغيير صفتها للقيام بالعمليات المصرفية التي خولها لها القانون أساسا [1].

باعتبار أن الاحتكار الخاص يخص بصراحة نص القانون المؤسسات المالية وحدها فإن الأمر يفرض وجود حالتين : الحالة الأولى يمنع فيها على المؤسسات المالية الإدعاء بصفتها شركة اعتماد ايجاري باعتبارها تستطيع بقوة القانون إبرام عقود الاعتماد الايجاري ، أما الحالة الثانية تخص منع شركات الاعتماد الايجاري من القيام بغير عمليات الاعتماد الايجاري و التعدي على النشاط العادي للبنوك أو النشاطات التي تحتاج إلى الترخيص بشأنها بوصفها مؤسسة مالية [2].

و بدوره أقر المشرع الفرنسي احتكار العمليات المصرفية بنوعيه العام و الخاص ، حيث منع استعمال اسم أو عنوان تجاري لمؤسسات القرض أو كل ما يحمل على الاعتقاد بأنها معتمدة بصفتها تلك ، منعا لأي لبس أو إضرار بهذه المؤسسات و كذا عملائها و حماية عملائها ، وهو رغم كونه مستقل عن احتكار التسمية لكنه يحظى هو الآخر بالحماية القانونية [3].

و كذلك الحال بالنسبة لحصر صفة المتعاقد في شركة تحويل الفاتورة المؤهلة قانونا بموجب حصولها على الاعتماد لمزاولة نشاط تحويل الفاتورة و من ثم ل يلجأ لها المنتمي دون سواها [4].

---

[1]- حسني صلاح الدين ،المرجع السابق، ص 78.

[2]- أنظر المواد 70،71،75 من الأمر رقم 11/03 المتعلق بالنقد و القرض .

[3]- حسني صلاح الدين ، المرجع السابق ، ص 77 .

[4]- بعجي أحمد ، تحديد صفة المتعاقد في عقود الأعمال ، المرجع السابق ، ص 78.

**ثانيا : جزاء مخالفة الإجراءات الإدارية :**

يترتب على مخالفة ممارسة صفة المتعاقد بغير الصفة التي رخصتها واعتمدتها الإدارة ، جزاءات إدارية و أخرى مدنية ، بالإضافة إلى تطبيق العقوبات الجزائية المنصوص عليها في قانون العقوبات ، نتطرق لها فيما يلي :

**أ/ الجزاء الاداري :**

يتترب على ممارسة النشاط بغير الصفة التي اعتمدتها الإدارة ، سحب الاعتماد خلال حياة المؤسسة المصرفية مما يؤدي إلى توقف هذه المؤسسة عن ممارسة نشاطها ، و قد خول المشرع لمجلس النقد والقرض إصدار قرار السحب في الحالات المنصوص عليها في المادة 95 من الأمر رقم 11/03 المتعلق بالنقد و القرض و هي :

- في حال أصبحت شروط منح الاعتماد لم تعد متوفرة .
- بناءا على طلب من البنك أو المؤسسة المالية .
- عدم استغلال الاعتماد لمدة 12 شهرا .
- إذا توقف النشاط موضوع الاعتماد لمدة 06 أشهر .

و قد أجاز المشرع أيضا للجنة المصرفية إصدار قرار سحب الاعتماد كعقوبة تأديبية عن إخلال البنك أو المؤسسة المالية بالأحكام التشريعية أو التنظيمية لاسيما تلك المتعلقة بتوازن بنيتها المالية و بمقاييس التسيير الموجه لضمان سيولتها و قدرتها على الوفاء [1].

[1]- – انظر المواد 97 ، 114 من الأمر رقم 11/03 المتعلق بالنقد و القرض .

**ب/ الجزاء المدني :**

يظهر أن الاعتماد بمثابة أهلية إدارية تمنح بموجبها للمتعاقد الصفة القانونية كصفة البنوك و المؤسسات المالية ، وشركات الاعتماد الايجاري ، و شركات تحويل الفاتورة ، لذلك يمكننا التساؤل حول الجزاء المترتب في حال غياب الاعتماد هل سيكون ذاته الجزاء المنصوص عليه في القواعد العامة المطبق في حال غياب الأهلية القانونية للمتعاقد ؟.

في حال غياب أهلية المتعاقد فإنه طبقا للقواعد العامة يكون العقد باطل بطلان مطلق في جانب من تخلفت أهليته ، وكذلك الأمر فيحال تخلف الاعتماد ، فإن تصرفات المتعاقد تكون باطلة بطلانا مطلقا لعدم توافر الأهلية الإدارية ، فكما يقضى بعدم وجود أهلية المتعاقد المدنية في حال أصيب بجنون أو عته أو سفه و يتم على إثر ذلك إنهاء العقد ، فكذلك في حال غياب الأهلية الإدارية المجسدة في الاعتماد يقضى بإنهاء اكتساب صفة المتعاقد [1].

في حين توصل الاجتهاد القضائي في فرنسا إلى حل جديد للتخفيف من حدة الجزاء المدني يقوم على فكرة بقاء العقد الذي يوجد دون ترخيص و لا اعتماد بصدد مباشرة النشاط المصرفي ، رغم أنه باطل وملغى بسبب مخالفته للنظام العام التوجيهي ، و تتجسد هذه الفكرة من خلال رفض السلطات الإدارية المستقلة توقيع البطلان في حال غياب الاعتماد و هو ما قضت به الغرفة الأولى لمحكمة النقض الفرنسية في قرارها المتعلق بالنشاط البنكي ، حيث أكدت على صحة العقد المبرم رغم انتهاكه لضرورة وجود الاعتماد البنكي ، وهذا الإنكار الوحيد عبر مؤسسة القرض لفرض الاعتماد الصادر عن الهيئة المختصة،والتي احترمت فيه المواد ( L511/10 , L511/14,L612/2) من قانون النقد والمال الفرنسي [2].

[1]-بعجي أحمد ، تأثير التوجيه التشريعي على النظرية العامة للعقد ، المرجع السابق ، 331 .

[2]- نفس المرجع ، ص 332 .

**ج/ الجزاء الجنائي :**

لا يقتصر الجزاء على البطلان المطلق للعقد في مجال الأعمال المصرفية بل هناك أيضا الجزاء الجنائي الذي نصت عليه المادة 134 من الأمر رقم 11/03 المتعلق بالنقد والقرض : " **تطبق العقوبات السارية على النصب ، على كل شخص خالف في تصرفه ، سواء لحسابه أو لحسب شخص معنوي ، أحد أحكام المواد 76و80 و81 من هذا الأمر**... " .

حيث تطبق عقوبة النصب والاحتيال المنصوص عليها في قانون العقوبات على مخالفة أحكام المادة 76 التي تمنع كل شخص طبيعي أو معنوي من القيام بالعمليات التي تجريها البنوك بشكل اعتيادي بموجب المواد 72 و 74 من الأمر رقم 11/03 المتعلق بالنقد و القرض ، واستثنت من هذا المنع عمليات الصرف التي تجريها البنوك طبقا لنظام مجلس النقد و القرض .

و تطبق نفس العقوبات على مخالفة نص المادة 80 التي حددت موانع إدارة و تسيير البنوك و المؤسسات المالية ، من جهة أخرى منعت المادة 81 كل مؤسسة من غير البنوك أو المؤسسات المالية أن تستعمل إسما أو تسمية تجارية أو إشهارا أو بشكل عام أو أي عبارات من شأنها أن تحمل إلى الاعتقاد أنها معتمدة كبنك أو مؤسسة مالية ،كما منعت المؤسسات المالية أن توهم بأنها تنتمي إلى فئة من غير الفئة التي اعتمدت للعمل ضمنها أو أن تثير اللبس في هذا الشأن ، تحت طائلة تطبيق عقوبة النصب والاحتيال المنصوص عليها في قانون العقوبات .

كما أجاز المشرع بموجب الفقرة 2 من المادة 134 أعلاه للمحكمة غلق المؤسسة المخالفة للمواد 76 و 81 ، و نشر الحكم كله أو مستخرجا منه في الصحف و الأماكن التي تحددها المحكمة.

## المبحث الثاني

## تحديد صفة المتعاقد في عقود الأعمال : وسيلة لتحقيق المصلحة الاقتصادية العامة

لجأ المشرع الجزائري إلى تحديد صفة المتعاقد في عقود الأعمال كوسيلة لتوجيه هذه العقود من أجل المصلحة الاقتصادية العامة ، حيث يظهر تأثير تطور وظيفة الدولة من متدخلة إلى ضابطة على العقود التي أصبحت تستخدم كوسيلة لبلوغ الغاية الاقتصادية ، و هو ما يدل على مرونة العقد و استجاباته للتطور بتطور السياسات والإيديولوجيات المتعاقبة على الصعيد الاقتصادي والاجتماعي ، و يعطي بعدا جديدا للنظرية العامة للعقد من حيث الهدف و الغاية (**المطلب الأول** ).

يعكس تحديد صفة المتعاقد في عقود الأعمال ، الدور الاقتصادي الكبير لهذه العقود التي أثبتت نجاعتها في تنمية اقتصاديات الدول المتقدمة من خلال مساهمتها في تمويل و تطوير نشاط المؤسسات الاقتصادية خاصة الصغيرة والمتوسطة (**المطلب الثاني**).

### المطلب الأول

### تحديد صفة المتعاقد وسيلة لتوجيه عقود الأعمال

لقد كان لتطور وظيفة الدولة من حارسة إلى متدخلة أثرا كبيرا على الاقتصاد ، حيث أدى هذا التطور إلى تغيير طبيعة العلاقة التي تربط الدولة بالاقتصاد ، فبعدما كان دور الدولة سياسيا بحتا أصبح لها وظيفة اقتصادية تمارسها إلى جانب وظيفتها السياسية ، غير أن هذه الوظيفة الجديدة سرعان ما تكشفت عيوبها مما أدى إلى نهاية عهد الدولة المتدخلة ، و من ثم انتقلت إلى دولة ضابطة وظيفتها الأساسية كفالة التوازنات الاقتصادية و الاجتماعية (**الفرع الأول** ).

لقد أثر تطور وظيفة الدولة بعد انسحابها من إدارة الميدان الاقتصادي بشكل مباشر وظهور مفهوم الدولة الضابطة على العقود ، حيث أصبحت العقود في ظل مفهوم الدولة الضابطة ذات خلفيات متعلقة بالمصلحة العامة من خلال تركيز المشرع على تحديد صفة المتعاقد كإحدى الوسائل الفعالة في سياسة التوجيه مما ساهم في تجاوز فكرة المصلحة الخاصة في العقود ، و بالتالي تظهر ضرورة تحديد أحكام العقود المسماة تبعا لتطور المصلحة (**الفرع الثاني**).

## الفرع الأول

## تطور دور الدولة و ظهور فكرة الضبط الاقتصادي

انعكس تطور وظيفة الدولة من متدخلة إلى دولة ضابطة على التشريع الجزائري ، من خلال الإصلاحات ذات الطابع الاقتصادي التي قام بها المشرع الجزائري بهدف الانسحاب من المجال الاقتصادي و القيام بوظيفة ضبط و توجيه النشاط الاقتصادي باسم النظام العام الاقتصادي التوجيهي ( **أولا** )، وعن طريق إنشاء سلطات الضبط الاقتصادي كهيئات حديثة لممارسة الضبط الاقتصادي(**ثانيا**).

### أولا : مفهوم الضبط الاقتصادي

يرتبط مفهوم الضبط الاقتصادي بالعديد من المجالات العلمية ، منها العلوم الاقتصادية و العلوم القانونية و يختلف تعريفه من مجال إلى آخر ، غير أننا سنركز على تعريف الضبط في العلوم القانونية فقط ، كما ينبغي أن نتطرق إلى فكرة النظام العام الاقتصادي التوجيهي و التي تعتبر الأصل العام للضبط الاقتصادي، لكن قبل ذلك لا بد من الإشارة إلى تاريخ ظهور فكرة الضبط الاقتصادي .

**أ/ تاريخ ظهور فكرة الضبط الاقتصادي :**

يعتبر مصطلح الضبط[1] من المصطلحات القانونية الحديثة ، وهو من أصل انجليزي يعود ظهوره إلى سنة 1933 في الولايات المتحدة الأمريكية بعد التدهور الكبير الذي عرفه الاقتصاد العالمي بسبب الأزمة الاقتصادية سنة 1929 ، حيث ظهرت الحاجة إلى إنشاء هيئات مهمتها مراقبة الأنشطة الاقتصادية من أجل تصحيح الاختلالات التي تمس السوق ، للوقاية من الوضعيات الاحتكارية [2].

ثم انتقلت فكرة الضبط إلى انجلترا في النصف الثاني من القرن العشرين بمناسبة مشروعات الخوصصة وفتح المرافق البريطانية على الخوصصة ، و في 1941 تم إنشاء لجنة الرقابة على البنوك كأول سلطة ضبط في فرنسا ، إلا أن أول مرة استعمل فيها المشرع الفرنسي عبارة السلطة الإدارية المستقلة كان في ظل تشريع 06 جانفي 1978 و كان ذلك بمناسبة إنشاء اللجنة الوطنية للاتصال والحريات[3]، و التي تلاها إنشاء عدد كبير من هذه السلطات أهمها مجلس المنافسة سنة 1986 [4].

أما في التشريع الجزائري فقد استعمل مصطلح الضبط في المادة الأولى من القانون رقم 12/89 المتعلق بالأسعار[5] ، كترجمة للمصطلح المستعمل في النسخة الفرنسية " régulation " و الذي يعني التنظيم [1]

---

[1]- تعني كلمة ضبط : لزوم الشيء لايفارقه ، وضبط الشيء حفظه بالحزم ، و الرجل ضابط أي حازم ، ورجل ضابط و ظبطي بمعنى قوي و شديد ، **ابن منظور لسان العرب ، طبعة 5 ، دار المعارف ، القاهرة ، 1998 ، ص 2549** ، وهي كلمة أصلها انجليزي " régulation " يقصد بها " القاعدة التعليمية التي تضعها السلطة " ، كما يقصد بها ضبط العمل أو التصرف ، محمد خليفي ، ضرورة استقلالية سلطات الضبط الاقتصادي في القانون الجزائري ، **مجلة الحقوق و الحريات** ، جامعة محمد خيضر بسكرة ، الجزائر ، المجلد 10 ، العدد 02 2022 ، ص 174.

[2]- نفس المرجع ، ص 176.

[3]- منصور داود ، الآليات القانونية لضبط النشاط الاقتصادي في الجزائر ، **أطروحة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه العلوم في الحقوق** ،تخصص قانون أعمال ، جامعة محمد خيضر ، بسكرة ، 2016/2015، ص 79 .

[4]- سعود علام ، الضبط الاقتصادي في مجال المنافسة ، **مذكرة ماجستير في القانون تخصص القانون الاقتصادي** ، جامعة ابن خلدون تيارت ، 2013، ص 3.

[5] – القانون رقم 12/89 المؤرخ في 5 جويلية 1989 ، المتعلق بالأسعار ، **الجريدة الرسمية** ، العدد 29 ، الصادرة بتاريخ ، 19 جويلية 1989 .

حيث تسبب انخفاض أسعار البترول سنة 1989 في عجز الميزان التجاري و ارتفاع نسبة المديونية ، الأمر الذي دعا إلى تبني سياسة اقتصادية جديدة قائمة على تحرير السوق و فتح التجارة الخارجية ، ومسايرة لهذا التحول الاقتصادي كان لابد من إنشاء هيئات مستقلة تمارس من خلالها الدولة وظيفة ضبط النشاطات الاقتصادية و المالية [2].

فالتحولات الاقتصادية والاجتماعية العالمية كانت سببا في ظهور فكرة الضبط الاقتصادي ، إلى جانب تفكك القطاع العام وزوال ظاهرة الاحتكار الذي أدى إلى حلول أزمة الدولة المتدخلة ، حيث لم يعد مرغوب في دور الدولة كفاعل اقتصادي ، بحثا عن الفعالية و النجاعة الاقتصادية و الحفاظ على أمن وسلامة اقتصاديات الدول ، فبرزت حركة إصلاحات اقتصادية مست غالبية دول العالم ، وكان ذلك كافيا للاتفاق على إعادة صياغة دور جديد للدولة يحمل ملامح الدولة الضابطة وبموجبه تتخلى هذه الأخيرة عن دورها الحمائي و تنتقل إلى وظيفة جديدة تقوم من خلالها بكفالة التوازنات الاقتصادية و الاجتماعية باستعمال آليات الضبط الاقتصادي الممثلة في سلطات الضبط الاقتصادي [3].

**ب/ مفهوم الضبط الاقتصادي :**

المفهوم الحديث للضبط يرتبط بسلطات الضبط الاقتصادي ، فهو وظيفة أو نشاط ينفذ من خلال هذه السلطات ، و يعتبر التشريع الألماني من بين التشريعات القليلة التي عرفت الضبط كنشاط و ذلك في قانون الاتصالات : " الضبط مهمة للسلطة العمومية الفدرالية يهدف إلى تحقيق أهداف محددة بالقانون ويتعلق الأمر بالتوفيق بين فرض منافسة فعالة ومشروعة و تحقيق بعض أهداف المصلحة العامة " [4].

---

[1] – منصور داود ، المرجع السابق ، ص ب.

[2] – محمد خليفي ، المرجع السابق ، ص 178.

[3]– تقار مختار ، تراجع الدور القضائي في مجال الضبط الاقتصادي في ظل التشريع الجزائري ،**أطروحة دكتوراه في القانون العام** ، تخصص قانون عام اقتصادي ، جامعة غرداية ، 2020/2019 ، ص ب.

[4]– جديد حنان ، المرجع السابق ، ص 228.

أما المشرع الجزائري فقد عرف الضبط في قانون المنافسة على أنه : " **كل إجراء أيا كانت طبيعته صادر عن أية هيئة عمومية يهدف بالخصوص إلى تدعيم وضمان توازن قوى السوق وحرية المنافسة ورفع القيود التي بإمكانها عرقلة الدخول إليها و سيرها المرن ، و كذا السماح بالتوزيع الاقتصادي الأمثل لموارد السوق بمختلف أنواعها** " [1].

خلافا للمشرع الألماني ربط المشرع الجزائري مفهوم الضبط بالهدف حيث ركز في تعريفه على إضافة حرية الدخول و المنافسة إلى فكرة التوازن في السوق ، و فكرة حياد الإدارة في المجال الاقتصادي و الحفاظ على الصالح العام و القيام بالمهام الجديدة التي نتجت عن الانسحاب الجزئي للدولة من المجال الاقتصادي فالضبط يوفر الحماية لجميع القطاعات بعد انسحاب الدولة ، ففي مجال المحروقات مثلا يقدم تشكيل سلطات الضبط ارتياحا كبيرا لدى المستثمرين الأجانب و يضمن حياد السلطة الضابطة حتى في مواجهة السلطات العمومية [2].

**ج/ النظام العام الاقتصادي التوجيهي :**

يعتبر النظام العام بمثابة الإطار العام الذي يعبر من خلاله أي نظام عن مشروعيته ومشروعية قيمه وثوابته ، عن طريق مجموعة من القواعد القانونية غير العادية ، و هو مصطلح غامض يصعب وضع تعريف محدد له لأنه يقوم على فكرة نسبية ومرنة قابلة للتطور ، لذلك تم وصفه بأنه : " ضمان السير الحسن للأعمال في السوق " ، و كذلك أطلق عليه أنه: "نقيض حرية التعاقد "[3].

وقد تأثر مضمون النظام العام بالتحولات الاقتصادية في نهاية القرن التاسع عشر وبداية القرن العشرين مما أدى إلى ظهور ما يعرف بالنظام العام الاقتصادي الذي يختلف تماما عن النظام العام التقليدي من حيث

[1]- المادة 03 من القانون رقم 12/08 المؤرخ في 25 جويلية 2008 ، المعدل و المتمم للأمر 03/03 ، المؤرخ في 19 جويلية 2003 المتعلق بالمنافسة ، **الجريدة الرسمية** عدد 36 لسنة 2008 .

[2]- جديد حنان ، المرجع السابق ، ص 229.

[3]- نفس المرجع ، ص 222.

الغاية و الهدف ، و هو ينقسم إلى النظام العام الاقتصادي التوجيهي ، والنظام العام الاقتصادي الحمائي فالأول يتكون من القواعد القانونية التي تحمي المبادئ الأساسية و المصالح العليا للدولة في الميدان الاقتصادي والاجتماعي ، أما الثاني فتهدف أحكامه إلى حماية فئات معينة من المجتمع و هي الفئات التي توصف بأنها ضعيفة و غير قادرة على حماية مصالحها بنفسها كفئة العمال و المستهلكين [1].

**ثانيا : سلطات الضبط الاقتصادي و المالي:**

تمارس مهمة الضبط بواسطة سلطات الضبط الاقتصادي التي تم إنشاؤها على مستوى قطاعات معينة من أجل مراقبة نشاط هذه القطاعات ، و قد اتسمت بداية إعمال هذه السلطات ضمن المنظومة القانونية الجزائرية بتكريس ما هو معمول به في القانون الفرنسي سواء من حيث المركز القانوني لهذه السلطات أو من حيث المجالات التي تتدخل فيها [2].

و هو ما تجسد بالفعل في سلطات الضبط الأولى المنشأة في القانون الجزائري و المتمثلة في : مجلس النقد والقرض ، اللجنة المصرفية [3]، لجنة تنظيم عمليات البورصة و مراقبتها[4] مجلس المنافسة [5]، و التي لم يعترف لها

---

[1]- بوراس لطيفة ، نظرية العقد في مواجهة التحديات الاقتصادية ، **مجلة بحوث جامعة الجزائر 1** ، الجزء الأول ، العدد 14، 2020 ص 07.

[2]- إرزيل الكاهنة ، نحو التراجع عن السلطات الإدارية المستقلة الضابطة للنشاط الاقتصادي في القانون الجزائري ، **المجلة القانونية للبحث الإداري ، جامعة مةلود معمري تيزي وزو ، الجزائر** ، المجلد 11 ، العدد01 2020 ، ص 485.

[3]- المنشأة بموجب القانون رقم 10/90 المؤرخ في 1990/04/14 المتعلق بالنقد والقرض ، **الجريدة الرسمية** عدد16، الملغى بموجب الأمر رقم 11/03 المؤرخ في 2003/08/20 **الجريدة الرسمية** عدد 52 ، والمتمم بالقانون رقم 10/17 المؤرخ في 2017/10/11 .

[4]- المرسوم التشريعي رقم 10/93 المؤرخ في 23 ماي 1993 ، المتعلق ببورصة القيم المنقولة ، **الجريدة الرسمية** عدد 34 ، المعدل و المتمم بموجب الأمر رقم 10/96 المؤرخ في 10 جانفي 1996 ، **الجريدة الرسمية** عدد 03 ، المعدل والمتمم بموجب القانون 04/03 المؤرخ في 17 فيفري 2003 ، **الجريدة الرسمية** عدد 32 .

[5]- الأمر رقم 06/95 المؤرخ في 25 جانفي 1995 ، المتعلق بالمنافسة ، **الجريدة الرسمية** عدد 09 ، الملغى بموجب الأمر رقم 03/03 المؤرخ في 19 جويلية 2003 **الجريدة الرسمية** عدد43 ، الصادرة بتاريخ 20 جويلية 2003 ، المعدل والمتمم بموجب القانون رقم 12/08 ، المؤرخ في 25 جوان 2008 **الجريدة الرسمية** عدد 36 ، المعدل و المتمم بالقانون رقم 05/10 المؤرخ في 15 أوت 2010 **الجريدة الرسمية** عدد 46 الصادرة بتاريخ 18 أوت 2010 .

المشرع بالاستقلالية إلا في فترة لاحقة رغم أنها كانت تحمل معايير السلطة الإدارية المستقلة منذ نشأتها ، ثم توالى إنشاء هذا النوع من السلطات في أغلب المجالات منها: مجال الكهرباء والغاز[1] ، مجال المناجم[2] ، مجال المياه [3]، المجالات السلكية واللاسلكية [4]، مجال التأمينات [5].

من المسائل الهامة التي أثارتها نشأة السلطات الإدارية ، إشكالية تعريفها ، و الاختصاصات التي تمارسها .

**أ/ إشكالية تعريف سلطات الضبط بين المعيارين العضوي والموضوعي :**

سلطات الضبط الاقتصادي هي مؤسسات مكونة لجهاز الدولة تتولى تنظيم مجال معين يعتبر من المجالات المهمة في الدولة ، والذي تتجنب الحكومة التدخل المباشر فيه ، و هي تتمتع باستقلالية عضوية ووظيفية سواء عن السلطة التشريعية أو التنفيذية ، إذ أنها غير خاضعة لأية رقابة إدارية أو وصاية و لا لمبدأ التدرج الهرمي الذي تتميز به الإدارة و الهياكل المكونة لها [6] ، حيث يعتبر عنصر الاستقلالية من أهم مميزات

[1]- القانون رقم 01/02 المؤرخ في 2002/02/05 يتعلق بالكهرباء وتوزيع الغاز بواسطة القنوات ، **الجريدة الرسمية** عدد 08.

[2] – القانون رقم 10/01 المؤرخ في 2001/07/03 ، المتضمن قانون المناجم ، **الجريدة الرسمية** عدد 35 ، المعدل والمتمم بموجب القانون رقم 05/14 المؤرخ في 24 فيفري 2014 ، **الجريدة الرسمية** عدد 18 الصادرة بتاريخ 30 مارس 2014 .

[3] – القانون رقم 12/05 المؤرخ في 2005/08/04 ، يتعلق بالمياه ، **الجريدة الرسمية** عدد 60 ، المعدل والمتمم بموجب القانون رقم 03/08 المؤرخ في 2008/01/23 ، **الجريدة الرسمية** عدد 04 ، المعدل والمتمم بموجب الأمر رقم 02/09 ، **الجريدة الرسمية** عدد 44 .

[4]- القانون رقم 03/2000 المؤرخ في 2003/08/05 الذي يحدد القواعد العامة المتعلقة بالبريد والمواصلات السلكية و اللاسلكية **الجريدة الرسمية** عدد 48 الذي ألغي بالقانون رقم 04/18 ، المؤرخ في 2018/05/10 ، الذي يحدد القواعد العامة المتعلقة بالبريد والاتصالات الالكترونية ، **الجريدة الرسمية** عدد27.

[5]- قانون رقم 06/06 المؤرخ في 20 فيفري 2006 يعدل ويتمم الأمر رقم 07/95 المؤرخ في 1995/01/25 يتعلق بالتأمينات **الجريدة الرسمية** عدد 15 ،الصادرة بتاريخ 12 مارس 2006 .

[6]- بن ساحة يعقوب ، بن لخضر محمد ، التحول الاقتصادي للدولة الجزائرية : إشكالية مفهومية السلطات الإدارية المستقلة ، **مجلة آفاق للعلوم** ، **جامعة زيان عاشور الجلفة** ، **الجزائر** ، المجلد 05 عدد17 ، سبتمبر 2017 ،ص 174.

سلطات الضبط الاقتصادي والمالي [1]، من أجل ضمان مبدأ الحياد في معاملة المتعاملين الاقتصاديين بالنظر إلى عجز الدولة عن مواجهة ظاهرة تناقض المصالح بين صفة المساهم في العديد المؤسسات الاقتصادية وصفة السلطة العامة المكلفة بضبط النشاط الاقتصادي و المالي [2].

تعتبر سلطات الضبط الاقتصادي مفهوم جديد في القانون الجزائري يكتنفه الغموض من عدة جوانب كون المشرع لم يضع له تعريفا، لذلك كان هناك اتجاهان فيما يتعلق بتعريف سلطات الضبط الاقتصادي :

**1/تعريف سلطات الضبط الاقتصادي حسب المعيار الموضوعي :**

يركز أصحاب هذا الاتجاه على الجانب الوظيفي الذي تستعمله هذه السلطات من أجل تحقيق أهدافها من خلال الاهتمام بوجود عمليات معينة لإمكان تحقيق الرقابة ، وعلى هذا الأساس هم يعرفون سلطات الضبط الاقتصادي على أنها: " مجموعة عمليات تتخذ شكل إجراءات أو قرارات يكون من شأنها تحقيق الأهداف الواضحة و المحددة للدولة ضمن نطاق تحقيق المشروعية " [3].

[1] – إن إنشاء المشرع الجزائري لبعض سلطات الضبط المستقلة لدى الوزير المكلف بالقطاع على خلاف الأنظمة المقارنة يثير إشكالية استقلالية هذه السلطات ( مجلس المنافسة ، سلطة ضبط سوق التبغ و المواد التبغية ، ، سلطة ضبط الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام ) ، حيث تخضع هذه السلطات إلى ممارسة وصاية خفية من الوزير المكلف بالقطاع تمارس خارج الإطار القانوني و ذلك بمجرد وضعها لدى الوزارة ،كما أن توسيع تشكيلة سلطات الضبط الاقتصادي إلى ممثلين عن السلطة التنفيذية يشوه فكرة استقلالية هذه السلطات (اللجنة =المصرفية ، لجنة الإشراف على التأمينات ) ، بالإضافة إلى تجميد البعض من سلطات الضبط الاقتصادي ( لجنة ضبط الكهرباء و الغاز ) وكل ذلك يدل على تهميش هذه السلطات في مقابل حلول السلطة التنفيذية محلها في ممارسة وظيفة الضبط الاقتصادي ، زوامبية رشيد، أزمة سلطات الضبط المستقلة في القانون الجزائري ، **المجلة الأكاديمية للبحث القانوني** ، جامعة عبد الرحمان ميرة بجاية ، الجزائر ،المجلد12 ، العدد 3 ، السنة 2021 ، ص ،19 20.

[2] – نفس المرجع ، ص 16.

[3]– بن ساحة يعقوب ، بن لخضر محمد ، المرجع السابق ، ص 175.

**2/سلطات الضبط الاقتصادي حسب المعيار العضوي :**

يركز هذا الاتجاه على طبيعة الأجهزة التي تقوم بضبط ومتابعة وجمع المعلومات و تحليل النتائج ، وعلى هذا الأساس تم تعريف سلطات الضبط الاقتصادي بأنها :" تلك السلطة المزودة بنموذج تنظيم مشترك متحررة من السلطة التسلسلية ، مهمتها ضبط قطاع اقتصادي أو مالي محدد " [1].

كما عرفها بعض الباحثين على أنها : أجهزة تنظيمية هدفها رفع كفاءة المرافق العامة والمحافظة عليها وذلك بالعمل وفق منهج علمي شامل يتطلب التكامل و الاندماج بين المفاهيم الاقتصادية و المحاسبية والإدارية و عرفها آخرون على أنها : تلك الهيئات التي تعمل على قياس مدى كفاءة الأجهزة التنفيذية الخاضعة للرقابة على تحقيق الأهداف الموضوعة وفق الخطط الموضوعة و خلال الأوقات المحددة عن طريق مجموعة من الوسائل و الإجراءات التي تمتلكها و التي تمكنها من تتبع ومراجعة عمل تلك الهيئات [2].

و على العموم رغم اختلاف التعريفات السابقة لسلطات الضبط الاقتصادي إلا أن هناك اتفاق على الطابع السلطوي الذي تتمتع به فهي تملك سلطة اتخاذ القرارات التنفيذية و هو ما يفرقها عن الهيئات الإدارية التي لا تعطي سوى آراء ، و لأنها تتصرف باسم الدولة باعتبارها جزءا منها فهذا يمنحها الصفة الإدارية رغم أنها لا تتمتع في بعض الأحيان بالشخصية المعنوية إلا أنه يمكن أن يمنحها المشرع عناصر هذه الأخيرة ، كما أن تصنيفها خارج التشكيلة الإدارية التقليدية يمنحها صفة الاستقلالية فهي لا تخضع لأي سلطة ما عدا للرقابة القضائية [3] .

و من خلال هذه الخصائص التي تتمتع بها سلطات الضبط الاقتصادي يمكننا استنتاج تعريف موحد لها و هو أنها أجهزة إدارية تعمل لحساب الدولة وظيفتها الأساسية ضبط النشاط الاقتصادي و المالي ،تتمتع

[1]- بن ساحة يعقوب ، بن لحضر محمد ، المرجع السابق ، ص 176.

[2]- جديد حنان ، المرجع السابق ، 237،238.

[3]- بن ساحة يعقوب ،بن الأخضر محمد ، المرجع السابق ، 176، 177.

بصلاحيات واسعة دون أن تكون خاضعة لأي رقابة أو وصاية ماعدا الرقابة القضائية المفروضة عليها من أجل ضمان الحقوق الأساسية .

**ب –تنوع الصلاحيات الممنوحة لسلطات الضبط الاقتصادي :**

منح المشرع لسلطات الضبط المستقلة سلطات وصلاحيات واسعة من أجل تمكينها من أداء وظيفتها الأساسية المتمثلة في الضبط الاقتصادي ، تتمثل هذه الصلاحيات في: السلطة التقريرية بنوعيها التنظيمية وسلطة إصدار القرارات الفردية ، صلاحية الفصل في النزاعات و التحكيم و توقيع العقوبات ، صلاحية إصدار التوصيات و الآراء.

**1–السلطة التنظيمية لسلطات الضبط الاقتصادي :**

يقصد بالسلطة التنظيمية وضع مجموعة من القواعد لتطبيق النصوص التشريعية و التنظيمية السابقة فيمكن لسلطات الضبط الاقتصادي سن قواعد عامة و مجردة لتنظيم القطاع الذي تشرف عليه و لوضع التفصيلات اللازمة لتنفيذ القوانين ، و هذه السلطة لا تمارسها جميع سلطات الضبط بل خص المشرع بعضا منها فقط [1].

لقد نص المشرع الجزائري صراحة على صلاحية بعض سلطات الضبط الاقتصادي ( لجنة تنظيم عمليات البورصة و مراقبتها ، مجلس النقد و القرض ) لممارسة السلطة التنظيمية ، و هي سلطة تابعة للسلطة التنظيمية العامة و لا يمكنها الخروج عنها كون موضوعها يتعلق ببعض الالتزامات و الحقوق المحددة مسبقا من طرف القانون هذا من جهة ، ومن جهة أخرى ، تخضع ممارسة السلطة التنظيمية من طرف سلطات الضبط الاقتصادي لإجراءات محددة قانونا ، فهي ليست سلطة مطلقة [2] .

[1] – ميمون الطاهر ، سلطات الضبط الاقتصادي في الجزائر ، **مجلة أبحاث و دراسات التنمية** ، جامعة محمد بوضياف المسيلة ، الجزائر المجلد09 ، العدد 01 ، جوان 2022 ص 515 .

[2] – منصور داود ، المرجع السابق ، ص 91 ، 92.

**2/سلطة الرقابة :**

تمارس سلطات الضبط الاقتصادي سلطة إصدار القرارات الفردية التي تعتبر وسيلة للتدخل القبلي للدولة لممارسة رقابتها على القطاعات التي تشرف عليها هذه السلطات ، بحيث تتخذ هذه القرارات شكل الرخص و الاعتمادات التي تمنحها هذه الأخيرة للمتعاملين من أجل ممارسة النشاطات الاقتصادية ، و هذا الاختصاص الممنوح لسلطة الضبط الاقتصادي يعتبر امتياز للسلطة العامة القصد منه ترقية و تشجيع الاستثمار [1].

**3/ سلطة العقاب :**

تمارس سلطات الضبط الاقتصادي الوظيفة القمعية بالاعتماد على سلطة العقاب من أجل التصدي مباشرة لكل خرق لقواعد القطاع المراد ضبطه ، فتوقع عقوبات مالية و أخرى غير مالية تمس الجانب المهني للنشاط كسحب الاعتماد و توقيف مسير أو أكثر توقيفا مؤقتا ، فسلطات الضبط الاقتصادي لا يمكن لها بأي حال فرض العقوبات السالبة للحرية التي تعد اختصاص حصري للقضاء ، فالعقوبات التي توقعها هذه السلطات تقلص من حجم التجريم الجنائي ، وهو ما يؤدي من الانتقاص من دور القضاء في هذا المجال [2].

لذا يمكن القول أن غرض الضبط الاقتصادي هو إيجاد حلول غير مألوفة في القانون العادي بالاعتماد على سلطة العقاب ، حيث لا يمكن الفصل بين الضبط الاقتصادي و العقاب ، و من هنا تظهر خصوصية الوظيفة القمعية لسلطات الضبط الاقتصادي في مجال الرقابة على الأعمال الاقتصادية و تكريس فكرة القضاء الاقتصادي [3].

[1]- جديد حنان ، المرجع السابق ، ص 257.

[2] – ميمون الطاهر ، المرجع السابق ، ص 518.

[3] – نفس المرجع ، نفس الصفحة .

**4/ ممارسة السلطة الاستشارية :**

تعتبر سلطات الضبط الاقتصادي مستشار الحكومة وشريكها في عملية إعداد النصوص التنظيمية المنظمة لقطاعاتها ، فمجلس المنافسة باعتباره سلطة ضبط اقتصادي يمتلك صلاحيات واسعة في مجال الاستشارة في المسائل المتعلقة بالمنافسة متى طلبت منه الحكومة ذلك كما يمكن أن تستشيره في نفس المسائل الجماعات المحلية والهيئات الاقتصادية والمالية و المؤسسات والجمعيات المهنية والنقابية و جمعيات حماية المستهلك[1]،و كذا تقديم المشورة للجهات القضائية بخصوص معالجة القضايا المتعلقة بالممارسات المقيدة للمنافسة [2]، و تكون استشارة مجلس المنافسة إلزامية بخصوص كل مشروع تشريعي له صلة بالمنافسة [3].

تعتبر هذه الصلاحيات المذكورة أعلاه أهم وسائل في يد السلطات الإدارية المستقلة للاطلاع بوظيفتها الرئيسية في ضبط السوق ، إلى جانب سلطات أخرى تتعلق أساسا ب: إصدار التعليمات كوسيلة للعمل الداخلي ، سلطة تقديم الاقتراحات لممارسة السلطة التنظيمية بطريقة غير مباشرة ، تقديم التوصيات و المقترحات لتفسير النصوص التشريعية و التنظيمية [4].

إن تدخل الدولة بواسطة سلطات الضبط الاقتصادي كشكل جديد لإدارة الشؤون الاقتصادية في ظل اقتصاد السوق و الانفتاح الاقتصادي يعتبر وسيلة أساسية لضمان شرعية النشاطات و تحقيق التوازنات الاقتصادية داخل الدولة ، وهو دور تؤديه هذه السلطات من خلال مختلف الصلاحيات الممنوحة لها، وهي صلاحيات يتطلب ممارستها على الوجه المطلوب استقلالية عضوية و وظيفية تمنح لهذه السلطات القوة والمصداقية التي تجعلها تؤثر في تنظيم القطاعات التي تشرف عليها .

[1]- المادة رقم 35 من الأمر رقم 03/03 المتعلق بالمنافسة .

[2]- المادة 38 من نفس الأمر .

[3]- المادة 19 من القانون رقم 12/08 المعدل و المتمم للأمر رقم 03/03 المتعلق بالمنافسة .

[4]- ميمون الطاهر ، المرجع السابق ، ص 517.

## الفرع الثاني

## تأثير تطور دور الدولة على عقود الأعمال

لقد أثر تطور دور الدولة على العقود من حيث الغاية و الهدف ، فبعدما كان العقد يسعى لخدمة مصالح فردية خاصة بالمتعاقدين أصبح موجها لخدمة المصلحة العامة ، وقد ظهر هذا التأثير جليا على عقود الأعمال من خلال تدخل المشرع لتوجيه مرحة إبرام عقود الأعمال لتحقيق غايات و أهداف اقتصادية (أولا) ، و بالتالي تظهر ضرورة تحديد مدى مرونة أحكام العقود المسماة ضمن القانون المدني للتجديد والتطور تبعا لتطور فكرة المصلحة في العقود بصفة عامة (**أولا** ).

**أولا : العقد في خدمة المصلحة العامة :**

تسعى النظرية العامة للعقد إلى تنظيم العلاقة التعاقدية بين أفراد المجتمع لذلك فهي تسعى لقضاء حاجات فردية و خاصة ، و بذلك تكون إرادة الأطراف الحرة هي المتحكمة في العلاقة التعاقدية ، أي أن إرادتهم الحرة هي المسئولة عن تحديد ما يتلاءم مع مصالحهم ، وبمفهوم المخالفة فإن استخدام العقد لخدمة المصلحة العامة يستدعي تقييد هذه الإرادة من أجل توجيه العقد لهذه الغاية ، لذلك اعتمد المشرع على تقييد حرية اختيار المتعاقد عن طريق تحديد صفة المتعاقد[1].

لقد أدى تدخل الدولة عن طريق النظام العام الاقتصادي التوجيهي إلى التضييق على الحرية العقدية لخدمة المصلحة العامة ، و الدليل على ذلك توجيه مرحلة تكوين العقد من خلال تقييد حرية اختيار المتعاقد عن طريق الاعتماد على الأسلوب الإداري لتكوين صفة المتعاقد و المتمثل في الترخيص والاعتماد و هو

[1]- بعجي أحمد ، تأثير التوجيه التشريعي على النظرية العامة للعقد ، المرجع السابق ، ص 297 ، 298 .

الراعي الأول للمصلحة العامة و الذي يسمح للدولة بمراقبة العقود ذات النفع الاقتصادي و توجيهها لخدمة المصلحة العامة لا الخاصة [1].

و على هذا الأساس أضاف الفقه الحديث تصنيفا جديدا للعقود يقوم على يقوم أساسا على صفة المتعاقد و المثال على ذلك الاعتماد على صفة المتعاقد من أجل حماية الطرف الضعيف أي المستهلك والاعتماد على صفة المؤجر في عقد الاعتماد الايجاري لتحقيق الفعالية الاقتصادية باعتباره وسيلة تمويل هامة و تبعا لذلك ظهرت تشريعات خاصة موجهة لفئات معينة ، و هو ما أثر على النظرية العامة للعقد و منه تراجع التصورات التي تقوم عليها هذه النظرية و القائمة أساسا على مبدأ سلطان الإرادة [2].

فإرادة المشرع في ظل تطور وظيفة الدولة أصبحت تشارك إرادة المتعاقدين في تكوين العقد و تحديد مضمونه ، و هذا ما يطلق عليه " عيممة العقد " ، فالعقد اليوم أصبح ينظر إليه على أنه وسيلة جماعية لا تهم المتعاقدين و حدهم بل الجماعة ككل ، كما ساهم النظام العام في إخراج العقد بطابعه الفردي إلى الطابع الجماعي و هو ما يعرف " بجمعية العقد " [3].

لذلك يعتبر النظام العام و رغم تعدد وظائفه و تطورها عبر الزمن قد اضطلع بأهم وظيفة على صعيد القانون الخاص ، و هي ضبط الحرية التعاقدية من أجل المصلحة العامة للمجتمع ، إلا أنه يبقى للإرادة دور في إنشاء التصرفات و تحديد آثارها لكن في حدود لا يمكن تجاوزها بحيث لا يمكن تجاهل دور الإرادة على

[1]– بعجي أحمد ، تأثير التوجيه التشريعي على النظرية العامة للعقد ، المرجع السابق ، ص 350 .

[2]– بعجي أحمد ، من أجل إصلاح النظرية العامة للعقد ، **مجلة بحوث جامعة الجزائر 1** ، الجزائر ، الجزء الأول ، العدد 14 ، 2020 ص 238،239.

[3] – أمال بوروح ، النظام العام و العقد ، **أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه العلوم في القانون الخاص** ، جامعة الجزائر 1 ، 2019/2018 ص 4، 5 .

حساب الاهتمام بالمصلحة العامة ، و من أجل ذلك يتدخل النظام العام لتعزيز الحرية التعاقدية من أجل منع تعسف طرف على حساب الطرف الآخر في العقد [1].

كما أن تحديد صفة المتعاقد لا تعتبر فقط كوسيلة لتحقيق المصلحة العامة وإنما أيضا لها أهمية في حماية المتعاملين معه ، وعلى هذا الأساس حصرها المشرع في شخص معين وضيق مجالها حين ربطها بالاعتبار الشخصي ، بالإضافة إلى ربطها بالاعتبار الموضوعي للحصول على صفة المتعاقد المتعلق بما تملكه هذه الصفة من مؤهلات مادية و أخرى قانونية لممارسة نشاط معين[2].

**ثانيا : تطور المصلحة في العقود عامل لتطور أحكام العقود**

إن اختلاف الغاية من التنظيم القانوني للعقود بين القانون القديم الممثل في القانون الروماني والقوانين الحديثة التي أصبحت تسعى إلى ضمان المصلحة العامة إلى جانب المصلحة الفردية للمتعاقدين من خلال تنظيمها للعقود [3]، إلى جانب تطور فكرة النظام العام الاقتصادي سواء التوجيهي أو الحمائي أدى إلى تقهقر وتصدع العقد ، وتعرض العقد لما أطلق عليه الفقه الحديث ، أزمة العقد "Crise du contrat" [4] ، مما أذن بالبحث عن مبادئ جديدة لقانون العقود [5].

[1] – أمال بوروح ، المرجع السابق ، ص 34، 35.

[2]– صليحة بن علي ، تحديد صفة التعاقد وسيلة لتحقيق المصلحة العامة من العقد ، **مجلة البحوث في الحقوق و العلوم السياسية** ،جامعة تيارت ، الجزائر ، المجلد 08 ، العدد 01 ، السنة 2022 ، ص 683.

[3]-Philippe Malaurie- Lourent aynés - et Philippe Stoffel-Munck., **Droit des obligations**, édition LGDJ7° paris ,2015 , p 197.

[4]- Pascal Ancel, Christophe Jamin, **Denis Mazeaud**,**La nouvelle crise du contrat** édition Dalloz,2003, p 232.

[5] – زمام جمعة ، تحديث النظرية العامة للعقد ( في ضوء ظاهرة التخصيص التشريعي ) ، **مجلة البحوث والدراسات القانونية والسياسية** جامعة التكوين المتواصل ، الجزائر ، العدد 12 ، ص 237.

إن النظرية العامة للعقد اليوم تعد نظرية مستحدثة ومعاصرة نظرا للتغيرات التي مست المبادئ التقليدية للعقد ، أهمها مبدأ حرية التعاقد الذي فقد طابعه المطلق في ظل تدخل المشرع من أجل توجيه العقد نحو خدمة المصلحة العامة ، من جهة أخرى ساهم تطور نشاط الأفراد في بروز أنماط جديدة من العقود تختلف عن العقود العادية ، وهي عقود تتصف بأنها عقود مركبة تتضمن العديد من الأوضاع القانونية ، مما دعا إلى ضرورة تطور أحكام العقود المسماة ضمن القانون المدني تبعا لتطور المصلحة [1].

يعتبر العقد من إنتاج الفكر القانوني ، الغاية منه تنظيم المعاملات الاقتصادية والاجتماعية بين الناس وهو يتطور تبعا لتطور نشاط الأفراد ، فتطور العقد في العصر الحديث له صلة وثيقة بتطور المجتمع عمليا وفكريا، فمن الناحية العملية اتسعت دائرة استخدام العقود في كل مجالات الحياة مهما كانت بسيطة ،وأصبح العقد في الوقت الراهن مفهوما عالميا منفتحا على كل المجتمعات بفعل العولمة ، ومن مظاهره هيمنة قانون الأعمال والمعاملات و الذي رفع الحدود بين ما هو قانون مدني ، قانون تجاري ، قانون البنوك ، قانون البورصة قانون المنافسة والشركات و الملكية الفكرية [2].

ومن الناحية الفكرية ظهرت أنماط جديدة من العقود تتسم بالتعدد و التخصص ، و أصبح الفقه الحديث يتحدث عن " ظاهرة انفجار العقود ، و " فقر الشريعة العامة وشيخوختها " ، و فكرة تنامي العقود الخاصة خارج النظرية العامة للعقد ، و بدأ البحث عن ضرورة تحديث النظرية العامة للعقد [3] .

خاصة وأن الفقه يرى أن أحكام العقود المسماة هي الإطار التطبيقي للنظرية العامة للعقد و لأحكامها المجردة ، و قد أثبت أن تنظيم العقود المسماة في إطار القانون المدني لم يمنع تطورها بحسب ما جرى به التعامل بين الأفراد ، حيث شهد العصر الحديث اختفاء عقود من إطار التعامل ، كما هو الحال بالنسبة

[1] – بعجي أحمد ، تأثير التوجيه التشريعي على النظرية العامة للعقد ، المرجع السابق ، ص 345.

[2]– زمام جمعة ، المرجع السابق ، ص 237.

[3]– نفس المرجع، ص 223 .

لحق البقاء الذي كان مكرسا في عقد الإيجار و اختفى بعد تعديل القانون المدني سنة 2005 [1]، وظهور عقود جديدة ، مثل عقد بيع البناية في طور الإنجاز ، وهو عقد بيع يلتزم بموجبه المرقي العقاري بناء بناية مستقبلا خلال أجل محدد ، و من صوره عقد البيع على التصاميم ، وعقد حفظ الحق [2].

كما أن ظهور عقود الأعمال كصنف جديد من العقود أظهرته الممارسة العملية في ميدان الأعمال أثبت قابلية النظرية العامة للعقد للتطور ، حيث انتقل هذا النوع من العقود الحديثة إلى ميدان التشريع يدل على رغبة المشرع في إحياء النظرية العامة للعقد و تطويرها بهذه الأنواع من العقود لكي تصبح مسايرة للأوضاع الاقتصادية والاجتماعية الراهنة [3] ، بالإضافة إلى كون عقود الأعمال من العقود التي اعتمد فيها المشرع بصورة أساسية على صفة المتعاقد من أجل المصلحة العامة ، حيث أضاف الفقه الحديث صنفا جديدا من العقود يقوم أساسا على صفة المتعاقد[4].

إن المشرع الجزائري عبر بشكل صريح على رغبته في تطوير النظرية العامة للعقد عن طريق إثرائها بالأصناف الجديدة من العقود التي ظهرت في مجال الأعمال ، حيث صرح أنه من بين أهداف مراجعة القانون المدني: ".....تكييف هذا القانون مع المتطلبات الاقتصادية الجديدة ، وذلك بإدخال أطر تتماشى والتشريع التجاري ، وفي هذا الإطار ستنشأ أشكال جديدة من العقود كالاعتماد الإيجاري ، البيع على التصاميم ، القرض الاستهلاكي ،البيع بالإيجار ..." ، وأكد على نفس الهدف في موضع آخر بقوله "...إن مواكبة الإصلاحات الاقتصادية تتطلب إعادة النظر في القانون المدني الذي له علاقة بقانون الأعمال خاصة في الجانب المتعلق بالعقود الخاصة ، الالتزامات ، الضمانات الشخصية و العينية " [5].

[1] – بعجي أحمد ، تأثير التوجيه التشريعي على النظرية العامة للعقد ، المرجع السابق ، ص 346.

[2] – زمام جمعة ، المرجع السابق ، ص 238.

[3]– بعجي أحمد ، تأثير التوجيه التشريعي على النظرية العامة للعقد ، المرجع السابق ، ص 347.

[4]- Philippe Malaurie- Lourent aynés - et Philippe Stoffel-Munck, op.cit, p 208.

[5]– بعجي أحمد ، تأثير التوجيه التشريعي على النظرية العامة للعقد ،المرجع السابق ، ص 347.

كما تظهر استجابة قانون العقود إلى الملائمة مع مستجدات الاتفاقيات الدولية بشأن عقود التجارة الدولية ، من خلال ما ورد في عرض أسباب مشروع تعديل القانون المدني رقم 10/05 الذي جاء فيه "...لا يمكن أن تتجاهل أحكام القانون المدني هذه التطورات خاصة و أن السياسة الحالية للدولة تسعى إلى جلب المستثمرين الأجانب ، و قد حان الوقت لتكييف القانون المدني الجزائري مع الاتفاقيات الدولية التي انظمت إليها الجزائر ..." ، من جهة أخرى أثبت قانون العقود " قدرته على التكيف مع ظاهرة " العقود المدمجة " أو " المجموعات العقدية " ، حيث تم تكريس هذه العقود في القانون الجزائري من خلال فكرة الارتباط بين العقود ، خاصة في عقود البيع و القرض في إطار ما أقره المشرع بشأن كيفيات العروض في مجال القرض الاستهلاكي [1].

و على أساس ما سبق تتضح رؤية الفقه الحديث حول مستقبل العقد في إدارة الشؤون الاقتصادية والاجتماعية ، و ضرورة مسايرة النظرية العامة للعقد لهذا التطور المبني على أساس اختلاف المصلحة وأولويتها الجديدة المتعلقة بالمصلحة العامة ، خاصة و أن قانون العقود أثبت قابليته للتكيف و التطور .

## المطلب الثاني

## مساهمة تحديد صفة المتعاقد في عقود الأعمال في تحقيق الفعالية الاقتصادية

في إطار عمل الدولة على استغلال عقود الأعمال في عملية التنمية الاقتصادية ، اهتمت بتزويد القطاع المصرفي الجزائري بتقنية الاعتماد الايجاري باعتبارها من أهم التقنيات الحديثة لتمويل المشاريع الاستثمارية ، وتم وضع إطار قانوني يتضمن أحكام و شروط ممارسة نشاط الاعتماد الايجاري في السوق الوطنية ، من أجل تحقيق الفعالية للمؤسسات الاقتصادية (**الفرع الأول**) .

[1] – زمام جمعة ، المرجع السابق ، ص 239.

كما تم تنظيم شروط ممارسة عمليات تحويل الفاتورة ، و هي شروط تساهم في ضمان قدرة الوسيط على تحمل مخاطر التمويل باعتبار عقد تحويل الفاتورة عقد ائتماني ، يساهم في استمرارية نشاط المؤسسات الاقتصادية الصغيرة و المتوسطة (**الفرع الثاني**) .

## الفرع الأول

## عقد الاعتماد الايجاري آلية فعالة لتمويل المؤسسات الاقتصادية

يقوم عقد الاعتماد الايجاري على فكرة مؤداها أنه بدلا من تقديم المؤسسة المالية قرضا معينا إلى طالب التمويل ، فإنها تقوم بشراء ما يحتاج إليه من معدات أو تجهيزات أو أصول استثمارية ، ثم تقوم بتأجيرها له مقابل أقساط إيجار معينة تمثل مقابل استهلاك تلك الأصول المؤجرة ومقابل النفقات و عوائد الربح المقررة على المبلغ المدفوع لشراء تلك الأصول [1]، لذلك فهو يضمن للمؤسسات الصغيرة والمتوسطة في الجزائر حل مشكل التمويل بعيدا عن القروض الكلاسيكية المعروفة بشروطها المرهقة (**أولا**) .

و رغم أن المشرع الجزائري قد عمل من خلال تقديم الضمانات الضرورية و الامتيازات القانونية على فتح السوق المالية الجزائرية لانتشار الاعتماد الايجاري ، إلا أن مؤسسات الاعتماد الايجاري تواجه صعوبات تعيق تطبيق الاعتماد الايجاري في الجزائر بما يساهم في تحقيق عملية التنمية المحلية (**ثانيا**) .

### أولا : حاجة المؤسسات الاقتصادية الصغيرة والمتوسطة للتمويل عن طريق الاعتماد الايجاري

تقوم المؤسسات الصغيرة والمتوسطة بدور هام في التنمية الاقتصادية لأي دولة، من خلال مساهمتها في الاستثمار و خلق روح المبادرة والابتكار و توفير مناصب الشغل للشباب المستثمر إلى جانب دورها الفعال مع المؤسسات الكبيرة في تحقيق الأنشطة الاقتصادية و الاجتماعية.

[1] – عيسى بخيت ، المرجع السابق ، ص 18.

لذلك و في ظل الانفتاح الاقتصادي الذي يشهده العالم أصبحت الدول و خاصة منها النامية تنتهج خطط و استراتيجيات للنهوض باقتصادياتها ، من بين هذه الاستراتجيات فكرة المؤسسات الصغيرة والمتوسطة ، ففي الجزائر عرفت المؤسسات الصغيرة و المتوسطة انتشارا واسعا بسبب الدعم الحكومي لها في إطار تشغيل الشباب [1] ، حيث انتهجت الجزائر سياسة تشغيل هامة ترتكز على إنشاء شبكة واسعة من المؤسسات الصغيرة و المتوسطة قصد القضاء على البطالة و توفير مناصب الشغل [2].

غير أن هذه المؤسسات تعاني من مشاكل التمويل ، حيث أشار تقرير صادر عن البنك العالمي إلى أن أكثر من 45 % من المؤسسات الصغيرة و المتوسطة في الجزائر تعاني من صعوبة الحصول على القروض البنكية ، و قد قدرت الهيئة الدولية نسبة تمويل الاستثمارات الجديدة ب 15% من مجموع الاستثمارات بالإضافة إلى بعد الخدمات المصرفية في الجزائر عن المقاييس الدولية مما يدل على عدم تفعيل الإصلاحات التي جاء بها قانون النقد و القرض لعام 2003 [3].

ترجع مشاكل التمويل التي تعاني منها المؤسسات الصغيرة و المتوسطة في الجزائر إلى أسباب كثيرة من بينها تفضيل البنوك المساهمة في تمويل النشاطات التجارية لأنها تعتبر أفضل من النشاطات الاقتصادية الأخرى لضمان تغطية قروضها ، بالإضافة إلى تخوف البنوك من المخاطرة بتمويل المشاريع الجديدة التي تكون أكثر عجزا عن تسديد ديونها [4].

---

[1] – حميدي أحمد ، الاعتماد الايجاري وسيلة تنمية متاحة في الجزائر، **مجلة الأكاديمية للدراسات الاجتماعية والإنسانية** ، جامعة الجزائر 3 عدد17 جانفي 2017، ص 90.

[2] – بوقلاشي عماد ، كسيرة سمير ، الاعتماد الايجاري كبديل مستحدث لتمويل المؤسسات الصغيرة و المتوسطة في الجزائر ، **المجلة الجزائرية للعولمة و السياسات الاقتصادية ،جامعة الجزائر 3** ، العدد 05 ، 2014 ، ص 288.

[3] – حميدي أحمد ، المرجع السابق ، ص 90،91.

[4] – نفس المرجع ، ص 91.

أمام حاجة المؤسسات الصغيرة والمتوسطة في الجزائر إلى التمويل و المشاكل التي تصادفها في سبيل الحصول على قروض بنكية ، عملت الدولة في إطار إستراتيجية تشغيل الشباب إلى إزالة جميع العقبات أمام هذه المؤسسات و تدعيم وجودها واستمرارها ، عن طريق اللجوء إلى الاعتماد الايجاري باعتباره وسيلة فعالة للتمويل بما يقدمه من مزايا للمؤسسة المستأجرة من جهة ، ومن جهة أخرى ، يوفر الضمانات اللازمة لمؤسسات القرض مما يزيل تخوفها من تمويل المشاريع الاقتصادية الجديدة و يشجعها على تمويل المؤسسات الصغيرة والمتوسطة .

فالتمويل عن طريق الاعتماد الايجاري يوفر عدة مزايا تستفيد منها المؤسسات الصغيرة والمتوسطة تتمثل هذه المزايا في :

– يمنح عقد الاعتماد الايجاري للمؤسسات الصغيرة و المتوسطة تمويلا يغطي قيمة الأصول بكاملها خلافا لوسائل التمويل الأخرى كالقروض البنكية والشراء لأجل ، و التي تتطلب ضمانات مالية و شخصية ودفعات مالية مقدمة من ثمن المعدات ، بالإضافة إلى أن البنوك تحتفظ بنسبة من قيمة القرض المقدم قد تصل إلى 25 بالمائة لضمان تغطية إخطار انخفاض قيمته عند التنفيذ عليه لاستخلاص الدين [1].

– يحسن عقد الاعتماد الايجاري من مركز المؤسسة المستأجرة حيث لا تظهر أقساط الإيجار و لا الأعباء الأخرى في صورة ديون على المشروع و إنما تكلفة إنتاج ، وبذلك يضل المشروع محتفظا بفرصة الحصول على ائتمان مرة أخرى كالقرض مثلا [2].

– بفضل الاعتماد الايجاري تستطيع المؤسسة المستأجرة من تحديث معداتها لمواكبة التطور التكنولوجي وزيادة الإنتاج و الدخل ، فاستخدام الوسائل التقليدية في الإنتاج لا يمكنها من شراء أصول إنتاجية حديثة[1].

[1]– صفاء عمر خالد بلعاوي ، النواحي القانونية في عقد التأجير التمويلي و تنظيمه الضريبي ، **مذكرة ماجستير في المنازعات الضريبية** جامعة النجاح الوطنية فلسطين ، 2005 ، ص 48 .

[2]– نفس المرجع ، نفس الصفحة .

– تستفيد المؤسسة المستأجرة بفضل الاعتماد الايجاري من الخصم الضريبي : و ذلك من خلال كون المستأجر يدفع بدل الإيجار و الذي يعتبر من قبيل المصروفات التي تخصم من الوعاء الضريبي للمستأجر[2] .

في مقابل مزايا الاعتماد الايجاري التي تستفيد منها المؤسسات المستأجرة ، عمل المشرع على تشجيع مؤسسات القرض على ممارسة نشاط الاعتماد الايجاري عن طريق توفير امتيازات قانونية و ضمانات معتبرة تستفيد منها المؤسسة المؤجرة تتمثل في :

– من الضمانات الأساسية للمؤسسة المؤجرة ، الاحتفاظ بملكية الأموال المؤجرة طوال مدة العقد وهو ضمان فعال و قوي ضد مخاطر إعسار المستأجر ، ففي حالة إفلاس المستأجر مثلا يحق للمؤسسة المؤجرة استرداد تلك الأموال من تفليسة المستأجر دون أي متابعة من دائنيه [3].

– تستفيد المؤسسة المؤجرة من بدلات إيجار مرتفعة التكلفة مقارنة مع بدلات الإيجار في عقد الإيجار العادي ، فمبالغ الإيجار في عقد الاعتماد الايجاري تقدر بناءا على قيمة المعدات التي دفع ثمنها المؤجر والربح الذي سوف يتم تحقيقه من خلال عملية التأجير ، وكذلك الفائدة القانونية التي يتم تحديدها من قبل المؤجر ، و عليه فان المؤجر يسترد ثمن الصفقة ، ويحقق ربحا كافيا مضافا إليه الفائدة القانونية على بدل ثمن المعدات[4].

– يحرر عقد الاعتماد الايجاري المؤسسة المؤجرة من العديد من الالتزامات بنقلها على عاتق المؤسسة المستأجرة ، حيث يجوز لطرفي عقد الاعتماد الايجاري الاتفاق على إلزام المؤسسة المستأجرة القيام بأعمال

---

[1]– بشار جمال نمر ، عقد التأجير التمويلي طبيعته و آثاره ، **رسالة ماجستير في القانون التجاري** ، جامعة بيرزيت فلسطين ، 2000 ، ص 60.

[2]– نفس المرجع ، ص 49.

[3]– بن بريح أمال ، عقد الاعتماد الايجاري كآلية للتمويل ، **أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم تخصص قانون** ، جامعة مولود معمري تيزي وزو ، 2015 ص 148.

[4]– بشار جمال نمر ، المرجع السابق ، ص 59 .

الصيانة خلافا للقواعد العامة التي يتحمل فيها المؤجر أعمال الصيانة ، و التأمين على كل المخاطر التي تؤدي إلى هلاك المال المؤجر إضافة إلى إعفاء المؤسسة المؤجرة من ضمان الاستحقاق وضمان العيوب الخفية[1].

– يضاف إلى ذلك الضمانات الخاصة باستيفاء بدلات الإيجار ، والتي تضمن للمؤسسة المؤجرة في حال عدم دفع المؤسسة المستأجرة لقسط واحد من بدلات الإيجار استرجاع الأصل المؤجر بالتراضي أو عن طريق أمر غير قابل للاستئناف يصدر عن رئيس المحكمة ، كما تملك المؤسسة المؤجرة حق امتياز على كل ممتلكات المستأجر المنقولة وغير المنقولة يضمن لها تحصيل مستحقاتها المتعلقة ببدلات الإيجار[2] .

**ثانيا: إشكالية تطبيق الاعتماد الايجاري في الجزائر**

رغم أن المشرع الجزائري قد عمل من خلال تنظيم عقد الاعتماد الايجاري على فتح السوق المالية الجزائرية لانتشار الاعتماد الايجاري ، إلا أن مؤسسات الاعتماد الايجاري تواجه صعوبات تعيق تطبيق الاعتماد الايجاري في الجزائر بما يساهم في تحقيق عملية التنمية المحلية .

**أ/ مؤسسات الاعتماد الايجاري في الجزائر :**

لقد قام المشرع الجزائري بتزويد القطاع المصرفي بتقنية الاعتماد الايجاري في سبيل استغلال الموارد المحلية في عملية تطوير و ترقية الاستثمار و إنعاش النمو الاقتصادي للبلاد ، فكان قانون 10/90 المتعلق بالنقد والقرض[3] أول نص قنن عقد الاعتماد الايجاري في الجزائر ، قبل تنظيمه بموجب نصوص خاصة ( القانون

[1]– ربيعة بن عزوز، إشكالية تقنين عقود الأعمال في الجزائر ، **مجلة حقوق الإنسان و الحريات العامة** ، جامعة مستغانم ، الجزائر ، عدد 5 ،جانفي 2018 ، ص 33.

[2] – حميدي أحمد ، المرجع السابق ، ص 90.

[3]– القانون رقم 10/90 المؤرخ في 14 أفريل 1990 الملغى بموجب الأمر رقم 11/03 المتعلق بالنقد و القرض ، الجريدة الرسمية عدد 16 الصادرة بتاريخ 18 أفريل 1990 .

رقم 09/96 السالف الذكر و المرسومان التنفيذيان : الأول مرسوم رقم 90/06[1] و الثاني 91/06[2] والخاصين بضرورة شهر عمليات الاعتماد الايجاري للأصول المنقولة وغير المنقولة على التوالي) .

و قد اعتبر القانون رقم 10/90 المتعلق بالنقد و القرض عمليات الاعتماد الايجاري مع خيار الشراء كعمليات القروض ، حيث تطرق لها تحت تسمية " الإقراض مع الإيجار " بموجب الفقرة 02 من المادة 112 منه ، و اعتبرها الأمر رقم 09/96 المتعلق بالاعتماد الايجاري عمليات تجارية و مالية يتم تحقيقها من قبل المؤسسات المالية و البنوك و شركة تأجير مؤهلة قانونا و معتمدة صراحة بهذه الصفة مع المتعاملين الاقتصاديين الجزائريين أو الأجانب ، أشخاصا طبيعيين كانوا أم معنويين تابعين للقانون الخاص أو العام تكون قائمة على عقد إيجار يمكن أن يتضمن أو لا يتضمن حق الخيار بالشراء لصالح المستأجر ، ويتعلق فقط بأصول منقولة أو غير منقولة ذات الاستعمال المهني أو بالمحلات التجارية أو بمؤسسات حرفية [3].

فالمشرع كان حريصا من خلال الأمر رقم 09/96 المتعلق بالاعتماد الايجاري على توسعة نطاق الاعتماد الايجاري ليشمل المحلات التجارية والمؤسسات الحرفية بهدف حل مشاكل التمويل التي تعاني منها المشروعات الصناعية و التجارية وبصفة خاصة المشروعات الزراعية ، آخذا في الحسبان نشاط المشروع المستفيد دون الاعتداد بصفته [4].

و قد اعتبر المشرع عمليات الاعتماد الايجاري للأصول غير المنقولة هي العمليات التي يقوم بها المؤجر بتأجير أموال عقارية مخصصة لأغراض مهنية ، إذا كانت هذه العمليات تسمح للمستأجر بتملك جميع

---

[1] – المرسوم التنفيذي رقم 90/06 المؤرخ في 20 فيفري 2006 ، المتعلق بشهر عمليات الاعتماد الايجاري للأصول المنقولة ، الجريدة الرسمية عدد 10 الصادرة بتاريخ 26 فيفري 2006 .

[2]– المرسوم التنفيذي رقم 91/06 المؤرخ في 20 فيفري 2006 ، المتعلق بشهر عمليات الاعتماد الايجاري للأصول غير المنقولة ، الجريدة الرسمية عدد 10 الصادرة بتاريخ 26 فيفري 2006 .

[3] – المادة الأولى من الأمر رقم 09/96 المتعلق بالاعتماد الايجاري .

[4] – عبد الرحمان السيد قرمان ، **عقد التأجير التمويلي** ، دار النهضة ، القاهرة ، 1997 ، ص 77.

الأموال المؤجرة أو بعضها في أجل أقصاه انتهاء مدة الإيجار ، و يتم هذا التملك إما عن طريق التنازل تنفيذا للوعد بالبيع من جانب واحد ، أو عن طريق اكتساب حقوق ملكية الأرض التي شيدت عليها العمارة أو العمارات المؤجرة ، أو عن طريق انتقال ملكية العمارات أو المباني المقامة على أرض يملكها المستأجر بقوة القانون [1]، ويكون بذلك قد حدد طبيعة هذه العمليات و حدد الآليات التي تنتقل بها إلى المستأجر .

و بالفعل بدأ يتجسد مشروع المشرع الرامي إلى تفعيل عقد الاعتماد الايجاري في السوق الوطنية من خلال ظهور مجموعة من الشركات المتخصصة التي تعمل على تمويل المؤسسات الإنتاجية في الجزائر نذكر من بينها :

**1/المؤسسة المالية : sofinane**

هي مؤسسة مالية عمومية أنشأت من طرف المجلس الشعبي الوطني لمساهمات الدولة في يوم 06 أوت 1998 بهدف تمويل و إعادة تأهيل المؤسسات الاقتصادية العمومية [2].

**2/الشركة الجزائرية لإيجار المنقولات : SALM**

اعتمدت الشركة الجزائرية لإيجار المنقولات في الجزائر بموجب القرار رقم 03 /97 الصادر عن بنك الجزائر في 28 ماي 1997 ، تخصصت في تمويل القطاع الفلاحي بالعتاد المنقول[3].

**3/شركة قرض الإيجار الجزائرية السعودية : ASL**

أنشأت شركة قرض الإيجار الجزائرية السعودية بمساهمة كل من البنك الجزائري الخارجي وبنك البركة هدفها تمويل الواردات بالعملة الصعبة كالتجهيزات الموجهة للاستعمال المهني للمتعاملين الاقتصاديين المقيمين في الجزائر[1].

---

[1] – المادة 8 من الأمر رقم 09/96 المتعلق بالاعتماد الايجاري .

[2]– بوقلاشي عماد ، كسيرة سمير ، المرجع السابق ، ص 310.

[3] – نفس المرجع ، ص 308.

**4/ الشركة الوطنية للإيجار المالي: SNL**

تعتبر أول شركة عمومية للإيجار المالي في الجزائر تأسست سنة 2011 ، حيث تم إنشاء هذه الشركة الأولى من نوعها في الجزائر بين بنكين عموميين ( بنك التنمية المحلية ، البنك الوطني الجزائري ) بهدف تعزيز و تنويع الوسائل المالية للمؤسسات الصغيرة و المتوسطة [2].

**5/الشركة العربية للإيجار المالي :**

تعتبر الشركة العربية للإيجار المالي أول شركة خاصة تمارس نشاط الاعتماد الايجاري تنشأ في الجزائر تأسست سنة 2001 وتم اعتمادها من طرف بنك الجزائر سنة 2002 ، و كان نشاطها يتعلق بأشغال البناء و الأشغال العمومية و النقل البري و الطب ،كما ساهمت في تمويل المؤسسات الصغيرة و المتوسطة في الجزائر وسائل تمويل جديدة قصيرة و متوسطة المدى كالقرض بالإيجار الذي يسمح لها بتأجير الأصول المنقولة وغير المنقولة ، وتخصصت بشكل واضح في تمويل العقارات لفائدة المؤسسات الاقتصادية بمختلف أنواعها [3].

**5/ الشركة المغاربية للإيجار المالي :**

تم اعتماد الشركة المغاربيية للإيجار المالي من طرف مجلس النقد و القرض سنة 2005 ، و قد تخصصت هذه الشركة في تمويل المؤسسات الصغيرة و المتوسطة بصيغة الاعتماد الايجاري بهدف تكوين شراكة مع هذه المؤسسات من خلال تمويلها بالمعدات و التجهيزات ذات الاستعمال المهني التي تحتاجها في نشاطها [4].

---

[1] – حميدي أحمد ، المرجع السابق ، ص 92.

[2] – بوقلاشي عماد ،كسيرة سمير ، المرجع السابق ، ص 315 .

[3] – حميدي أحمد ، المرجع السابق ، ص 93.

[4]– بوقلاشي عماد ،كسيرة سمير ، المرجع السابق ، ص 314.

**ب/الصعوبات التي تواجه مؤسسات الاعتماد الايجاري في الجزائر :**

رغم أن النصوص المتعلقة بتنظيم نشاط الاعتماد الايجاري في الجزائر سمحت بدعم تأسيس شركات الاعتماد الايجاري في الجزائر و تطوير نشاطها ، إلا أن هذه المؤسسات و مع مرور الوقت أصبحت تواجه صعوبات تثار بمناسبة هذا العقد مما يعيق انتفاع المؤسسات الصغيرة والمتوسطة بهذه الآلية المستحدثة في التمويل ، و أمام مشكل التمويل قد تلجأ هذه المؤسسات إما إلى الإفلاس أو الاندماج ، وهذا الأمر يشكل خطورة كبيرة على الاقتصاد الوطني الذي يعتمد بشكل كبير على هذه المؤسسات في عملية تنمية [1].

فناهيك عن الصعوبات القانونية و التي ترجع إلى ثغرات التشريع المتعلق بالاعتماد الايجاري توجد صعوبات أخرى تنظيمية و صعوبات جبائية ومحاسبية تعيق نشاط هذه المؤسسات .

**1/ الصعوبات القانونية :**

من بين المشاكل القانونية التي تعيق انتفاع المؤسسات الصغيرة و المتوسطة بالتمويل عن طريق الاعتماد الايجاري ، مشكل الطبيعة المكملة لقواعد هذا القانون ، وهو الأمر الذي يسبب انحصار التزامات المؤسسة المؤجرة في حدود ضيقة ، مما لن يترك مجالا واسعا لإثارة مسؤوليتها بالرغم من المشاكل العديدة التي قد تعترض استعمال المؤسسة المستأجرة ،كما أن إتاحة الفرصة أمام المؤسسات المؤجرة لتضمين العقد ما تشاء من الشروط جعل من عقد الاعتماد الايجاري وسيلة لتركيز رأس المال بيد الشركات الكبرى و هو ما يشكل خطورة على الاقتصاد الوطني [2].

**2/ صعوبات تنظيمية :**

تتعلق الصعوبات التنظيمية بمشكلة إدارة ودائع الزبائن التي تواجهها المؤسسات المالية خاصة ما يتعلق منها بنسبة تقسيم المخاطر أو نسبة تسديد المستأجرين لديونهم مما يؤثر على مردودية هذه المؤسسات .

[1]- ربيعة بن عزوز ، المرجع السابق ، ص 43 .

[2]- نفس المرجع ، ص 28.

**3/ الصعوبات المحاسبية :**

تواجه مؤسسات الاعتماد الايجاري مشاكل محاسبية بسبب غياب ثقافة الاعتماد الايجاري في الجزائر حيث تعالج عمليات الاعتماد الايجاري محاسبيا كعمليات القرض الكلاسيكية رغم وجود نصوص خاصة بالاعتماد الايجاري[1].

**4/ الصعوبات الجبائية :**

تتعلق الصعوبات الجبائية بإخضاع عمليات الاعتماد الايجاري للضريبة على رقم الأعمال بينما تخضع القروض البنكية العادية إلى الضريبة على الفوائد فقط بالإضافة إلى مشاكل جبائية أخرى تتعلق ب تحويل ملكية الأصل المؤجر من مؤسسات الاعتماد الايجاري إلى المؤسسات المستأجرة [2].

## الفرع الثاني

## عقد تحويل الفاتورة آلية فعالة للحفاظ على بقاء المؤسسات الاقتصادية :

تعتبر مسألة تحصيل الديون التجارية من أهم و أخطر المسائل التي تعترض التجار والمؤسسات الاقتصادية و تهدد بقائها في السوق ، لذلك ظهر عقد تحويل الفاتورة كآلية قانونية حديثة نسبيا تعنى بإدارة المديونيات فرضتها حاجة هذه المؤسسات كوسيلة تضمن بها استفاء حقها من المشترين سواء على المستوى الداخلي أو الدولي وكبديل تمويلي مستحدث لنظام التمويل التقليدي (**أولا** )، ونظرا لأهمية عقد تحويل الفاتورة حرص المشرع الجزائري على تطبيقه في الجزائر (**ثانيا**) .

[1] – حميدي أحمد ، المرجع السابق ، ص 91.

[2] – نفس المرجع ، نفس الصفحة.

**أولا : أهمية عقد تحويل الفاتورة :**

تتعدد الأدوار التي يؤديها عقد تحويل الفاتورة ، فهو يقدم للمنتمي عدة خدمات تتمثل في: شراء فوري لكل الحقوق التجارية في مقابل مبلغ مالي معجل من المال ،مسك حسابات بائع الحقوق المتعلقة بالحقوق التجارية المبيعة ،تحصيل الحقوق التجارية ،تحمل مخاطر عدم وفاء المدينين ،تمويل بعض أعمال بائع الحقوق التجارية ، تقديم الاستشارات التسويقية أو الإدارية أو المحاسبية ، بالإضافة إلى الخدمات التي يقدمها على مستوى التجارة الخارجية .

**أ/ عقد تحويل الفاتورة تقنية للتمويل قصيرة الأجل :**

تحتاج المؤسسات الاقتصادية للقيام بعملياتها الإنتاجية إلى القروض سواء تعلق الأمر بالقيام بالصفقات الكبرى أو العقود المتوسطة أو البعيدة الأمد و التي تتطلب المزيد من الإنفاق و من ثم البحث عن سبيل للحصول على تلك الأموال ، من هنا يأتي دور عقد تحويل الفاتورة كعملية قرض من النوع الحديث الضامن للتسديد ، و الذي يسمح بتحويل الحقوق التجارية القصيرة الأجل إلى تدفقات مالية داخلية وتلقائية ودائمة تتناسب مع حجم مبيعاتها[1].

يقصد بالتمويل قصير الأجل : " تلك الأموال التي لا تزيد فترة استعمالها عن سنة واحدة كالمبالغ النقدية التي تخصص لدفع أجور العمال و شراء المدخلات اللازمة لإتمام العملية الإنتاجية " [2].

و لقد اعتبر المشرع الجزائري أن الفواتير التي تقوم الشركة الوسيط بدفع قيمتها هي فواتير لأجل محدد وهو ما أكدته المادة 241 مكرر 14 من القانون التجاري التي جاء نصها كما يلي : " .....**عندما تسدد فورا لهذا الأخير المبلغ التام لفاتورة لأجل** ..." .

[1]- بن عشي أمال ، المرجع السابق، ص 33 .

[2] - نفس المرجع ، نفس الصفحة .

لذلك فإن القول بأن عقد تحويل الفاتورة هو عملية شراء للحقوق التجارية ليس تعبيرا دقيقا ، لأن شركة الوسيط من الناحية العملية لا تقوم بعملية مضاربة ، و إنما تقدم قرضا قصير الأجل مقابل عمولة تغطي الخطر الذي ستتحمله و الخدمات التي تقدمها للمنتمي ، و هو بذلك يشكل آلية قانونية لإشباع الحاجات المادية و التقنية و سيولة نقدية فورية للمؤسسات .

إن التمويل بواسطة عملية تحويل الفاتورة يمتاز بعدة مزايا أهمها: أنه تمويل سريع ، حيث يمكن الحصول عليه في أقرب أجل ، حتى خلال 48 ساعة ، وذلك يمكن المنتمي أن يطلب من الوسيط احتياجاته في مجال التمويل و التي يوفرها له الوسيط بمجرد طلبها ، يضاف إلى ذلك ما يمتاز به التمويل بواسطة عقد تحويل الفاتورة من مرونة بسبب قلة الوثائق المطلوبة من المنتمي و عدم اشتراط تقديم ضمانات إضافية و هذا يعتبر ميزة خاصة لتلك المؤسسات حديثة التأسيس التي لا تملك الأصول التي تأهلها للحصول على قروض للتمويل[1] .

كما يمتاز التمويل بواسطة عقد تحويل الفاتورة بكونه تمويلا موضوعيا، حيث يقوم الوسيط بتمويل حقوق ناتجة عن نشاط المؤسسة والتي حولت إليه، حيث لا يمنح هذا التمويل إلا بالنسبة للحقوق الأكيدة أو المملوكة على مدينين موسرين [2].

**ج- عقد تحويل الفاتورة تقنية ضمان و تأمين ضد مخاطر عدم الوفاء :**

من أهم مزايا عقد تحويل الفاتورة تحمل الوسيط مخاطر عدم الوفاء بالنسبة المؤسسات الاقتصادية اتجاه المنتمي ، حيث يضمن تسديد قيمة الفواتير المقبولة لمنتميه مقابل عمولة ونقل ملكية الحقوق المحولة وبعد أن يصبح الوسيط مالكا لها ، يمكنه فرض تسديد هذه الحقوق من المدين ويتحمل خطر إعسار هذا الأخير.

[1]- ماديو ليلى ، المرجع السابق ص 371 .

[2]- نفس المرجع ، ص 372 .

فالائتمان يشكل الركيزة الأساسية لعقد تحويل الفاتورة ، وهو مصطلح لا يستعمله المشرع الجزائري إنما يستعمل كلمة قرض و يعرفه بنص المادة 92 من الأمر رقم 11/03 المتعلق قانون بالنقد والقرض بأنه : **"كل عمل لقاء عوض يضع بموجبه شخص ما أو يعد بوضع أمواله تحت تصرف شخص آخر ، أو يأخذ بموجبه لصالح شخص آخر التزاما بالتوقيع كالضمان ..."** .

و في عقد تحويل الفاتورة يتم منح الائتمان ، باتفاق بين الدائن الأصلي و مؤسسة تحويل الفاتورة حيث تقوم هذه الأخيرة بتعجيل قيمة حقوق الدائن الأصلي على مدينه مقابل نقل ملكية هذه الحقوق لها مع التزامها بضمان عدم الرجوع عليه في حالة تخلف المدينين على الوفاء [1].

فمؤسسة تحويل الفاتورة لا تعتمد على عقود التأمين الكلاسيكية ، كالتأمينات الشخصية والعينية وإنما تتكفل بنفسها بهذه العملية و هذا بالضمان الأساسي الذي يمثل جوهر عملية تحويل الفاتورة الذي يتمثل في انتقال ملكية الحقوق التجارية لها ، ويعتبر ذلك ضمانا حقيقيا تفوق قوته أي امتياز أو أي رهن قد يقع على الحق [2].

**د- عقد تحويل الفاتورة وسيلة لتنمية التجارة الداخلية :**

يساهم عقد تحويل الفاتورة في تنمية التجارة الداخلية من خلال ما توفره المؤسسة الوسيط للمؤسسة المنتمية من خدمات تمكن المؤسسة الوسيط المؤسسة المنتمية من تحصيل حقوقها لدى العملاء ، عن طريق بيع الحقوق لهذه المؤسسة و التي تستطيع بفضل ما تملكه من أجهزة إدارية و محاسبية ، ومن خبرات متراكمة في مجال تحصيل الديون ، أن تقتضي هذه الحقوق بأقل تكلفة و بأقصر الطرق ، ويترتب على ذلك أن

[1] - بن عشي أمال ، المرجع السابق ، ص 29، 30.

[2] - ميلاط عبد الحفيظ ، المرجع السابق ، ص 53.

تتخلص المؤسسة المنتمية من بند تحصيل الحقوق من العملاء من ميزانيتها العمومية وتستبدل ذلك بحساب وحيد يعبر عن علاقتها بالمؤسسة الوسيط [1].

إلى جانب ذلك قيام الوسيط بتسيير حسابات المؤسسة المنتمية بأساليب حديثة ووفق دراسات تحليلية للأسواق ، فضلا عن تولي شؤونها القانونية والقضائية مقابل العمولة التي يتقاضاها ، وفي هذا توفير للمصروفات و الأعباء و المجهودات الناتجة عن تشغيل فريق عمل كامل للقيام بهذه المهام [2].

إن هذه الخدمات المقدمة من قبل الوسيط تسمح بتدعيم أمن المنتمي ، و توسع سوقه عن طريق تحقيق استقرار علاقاته مع شركائه ، كما أنها تخلصه من مهامه الثانوية فيتفرغ إلى القيام بالإعمال الإدارية فقد .

**هـ– عقد تحويل الفاتورة آلية لتنمية التجارة الدولية :**

إذا كانت تقنية تحويل الفواتير مهمة في صيغتها الداخلية ، فهي أكثر أهمية في صيغتها الدولية ، حيث أن المؤسسات المصدرة معرضة بصفة خاصة لأخطار سياسية و نقدية بفعل تعقيد التجارة الدولية ، حيث تترتب مشاكل عدة على منح المدينين آجالا للوفاء تأخذ بعدا آخر عندما يتم البيع خارج الحدود الوطنية إلا أن جزء كبيرا من هذه الأخطار يمكن تغطيتها بواسطة عملية تحويل الفواتير [3].

يسمح اللجوء إلى عملية تحويل الفواتير بتجاوز و إلغاء التعقيدات المتعلقة بتحصيل الحقوق و إعسار المستوردين الذي يعتبر عاملا مهما بالنسبة للمؤسسات المصدرة ، خاصة باعتبار حجمها كمؤسسات صغيرة ومتوسطة تحتاج للدعم و المرافقة من أجل اقتحام الأسواق الدولية ، حيث تهدف عملية تحويل الفواتير إلى تغطية الخطر التجاري المتمثل في إعسار المدين و المعبر عنه بضمان حسن نهاية الحقوق المحولة[4] .

[1]– ذكري عبد الرزاق محمد ، المرجع السابق ، ص 29 .

[2]– نفس المرجع ، ص 30 .

[3] – بن عشي أمال ، المرجع السابق ، ص 22.

[4]– ماديو ليلى ، المرجع السابق ، ص 383 .

**ثانيا : إشكالية تطبيق عقد تحويل الفاتورة في الجزائر**

إن تعدد الأدوار التي يؤديها عقد تحويل الفاتورة خاصة دوره في تمويل المشاريع الاقتصادية و تحمل مخاطر عدم الوفاء الذي يقع على عاتق الشركة محولة الفواتير ، جعلته يثبت نجاعته في تمويل المؤسسات المتوسطة و الصغيرة في كثير من الدول المتقدمة ، و أمام حاجة المؤسسات الصغيرة و المتوسطة في الجزائر للتمويل يعتبر عقد تحويل الفاتورة بديلا تمويليا يساهم في حل مشاكل السيولة المالية التي تعيق تطور هذه المؤسسات ، فما مدى استغلال هذه التقنية في السوق المالية الجزائرية ؟ .

إن الجزائر و إن كانت من الدول القليلة التي وضعت نصوص تنظيمية لعقد تحويل الفاتورة إلا إن هذا المجهود جاء ناقصا ، و هذا الأمر الذي جعل المؤسسات المصرفية الاقتصادية تحجم عن تبني هذه التقنية التمويلية الرائدة رغم مرور كل هذه السنوات من تبني هذه النصوص المنظمة لها [1].

إن ما يجعل مجهود المشرع الجزائري ناقصا في مجال تنظيم عقد تحويل الفاتورة ، هو حصر عقد مركب كهذا العقد في 5 نصوص فقط ضمن الباب المتعلق بالأوراق التجارية ، بالرغم من اختلاف عقد تحويل الفاتورة عن الأوراق التجارية القابلة للتداول بالطرق المعروفة للتداول .

إن أهمية عقد تحويل الفاتورة تكمن في الخدمات الهامة التي يقدمها الوسيط للمنتمي ، والتي تتعدى خدمة التمويل إلى خدمة التسيير ، ورغم ذلك نجد المشرع الجزائري نص على أن الشركة الوسيط تتكفل فقط بالتمويل متجاوزا بذلك الخدمة الهامة المتعلقة بالتسيير ، وهذا يعد إجحافا خاصة و إن هذه العملية معترف بها في التجربة الدولية فهذا التحديد في حقيقة الأمر غير مفهوم [2].

بالإضافة إلى النقائص التي تؤثر على الإطار القانوني و التشريعي الذي ينظم عقد تحويل الفاتورة و الذي يحول دون استفادة المؤسسات المتوسطة و الصغيرة في الجزائر ، يساهم غياب الكفاءات المهنية

[1]- ميلاد عبد الحفيظ ، المرجع السابق، ص 17 .

[2]- بن عشي أمال ، المرجع السابق ، ص 141 .

المتخصصة في ممارسة و تنمية البدائل التمويلية الحديثة في عدم وجود المناخ و الأرضية الملائمة لتطبيق عقد تحويل الفاتورة في الجزائر [1].

رغم أن قطاع البنوك و المؤسسات المالية في الجزائر عرفت إصلاحات عميقة ، خاصة فيما يتعلق بإنشاء شركات غير مصرفية متخصصة في تقنيات التمويل الحديثة ، إلا أن هذه الإصلاحات لم تحقق تقدما على مستوى تغيير واقع التمويل في الجزائر ، بسبب تمسك المؤسسات الاقتصادية الصغيرة والمتوسطة في الجزائر خاصة بنماذج التسيير التقليدي و بموارد مالية ضئيلة و هو ما يدل على غياب ثقافة السوق المالية في الجزائر [2].

[1] – سماح طلحي ، عبد القادر عوادي ، نسرين عوام ، دور عقد تحويل الفاتورة في تمويل المؤسسات الصغيرة و المتوسطة في الجزائر ، **مجلة الاقتصاد و التنمية المستدامة** ، الجزائر ، العدد 02 ، 2021، ص 392.

[2] – نفس المرجع ، ص 391،392.

## الفصل الثاني

## تراجع مبدأ الرضائية في عقود الأعمال : تقييد لحرية التعاقد في بعدها الشكلي

يعتبر مبدأ الرضائية أحد نتائج مبدأ سلطان الإرادة ، وهو يرتبط بمرحلة تكوين العقد ، و هو الذي يحدد مدى كفاية تعبير الشخص عن رغبته في التعاقد لقيام العقد استنادا على نصوص القانون [1]، فالعقد لا يكون نهائيا إلا بعد تعبير الشخص عن رغبته في التعاقد مع مراعاة ما يفرضه القانون من شروط وقيود لاسيما شروط الانعقاد وشروط الصحة ، و الشروط الشكلية و العينية ، فإذا لم يكن العقد شكليا أو عينيا كان رضائيا .

فمبدأ الرضائية هو الأصل و لا يحتاج إبرام العقود إلى شكل معين إلا استثناءا ، فقد انتهى الصراع القديم بين مبدأي الرضائية والشكلية إلى انتصار مبدأ الرضائية ، حيث أصبحت العقود في القوانين الحديثة تنعقد بمجرد توافق الإرادتين، ماعدا الحالات التي أوجب فيها المشرع استيفاء شكليات محددة لصحة قيام التصرف ، و هنا نتحدث عن المساس بحرية المتعاقد في كيفية التعاقد و ضبطها بضرورة استيفاء شكل معين ، فتظهر الشكلية كقيد على الحرية التعاقدية بحيث أن الإرادة لن تكون حرة إذا كان تحققها يرتبط باحترام شكلية محددة .

فوجود الشكلية في التصرفات القانونية هو مجرد استثناء ، لكن لا يمكن إنكار أهمية الشكل في تحديد طبيعة تلك التصرفات و ما يترتب عليها من آثار قانونية ، وفي تنبيه المتعاقدين إلى أهمية العقد المبرم بينهم بالإضافة إلى أهميتها في تيسير عملية الإثبات ، خصوصا و أن الشكلية في القوانين الحديثة لم تعد بذلك التعقيد الذي اتسمت به في ظل القوانين الرومانية القديمة ، حيث تتمثل غالبا في الكتابة الرسمية أو العرفية ، التي يتطلبها القانون كشرط لانعقاد العقد أو كشرط لصحته و الاحتجاج به اتجاه الغير .

[1] – بوفلجة عبد الرحمان ، دور الإرادة في المجال التعاقدي على ضوء القانون المدني الجزائري ، **مذكرة لنيل شهادة الماجستير** ، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان ، 2008/2007 ، ص 19 .

و تبعا لذلك يكون للشكلية معنيان، أحدهما ضيق حيث يكون العقد شكليا كلما تطلب المشرع أن يفرغ الرضا في الشكل الذي حدده القانون ، أما المعنى الثاني فهو المعنى الواسع حيث تخضع التصرفات لشكليات مختلفة منها ما يتعلق بصحة التصرف ، ومنها ما يتعلق بالاحتجاج به اتجاه الغير ، و تخلف هذه الشكليات يجعل التعبير عن الإرادة يفقد فعاليته القانونية بدرجات متفاوتة ، وهذه هي الشكلية التي اهتمت بها أغلب التشريعات التي نظمت عقود الأعمال .

تمثل عقود الأعمال قيمة كبيرة للاقتصاد الوطني لذلك أخضعت التشريعات التي اهتمت بعقود الأعمال إبرامها للعديد من الشكليات القانونية للاعتداد بها و لتحقيق آثارها ، بالإضافة إلى ما تطلبه المشرع من شكليات في المرحلة السابقة لانعقادها ، و منها ما يتطلبه في مرحلة تكوينها ، ونظرا لما يحوزه موضوع الشكلية في عقود الأعمال من أهمية خصوصا بالنظر إلى التطور التشريعي الذي يتميز بتزايد الشكلية بجميع صورها في التصرفات القانونية ، مقابل تراجع مبدأ الرضائية ، ارتأينا الوقوف على مدى تأثر إبرام عقود الأعمال بهذه الحركة التشريعية (**المبحث الأول** )، و ما يترتب عليها من آثار (**المبحث الثاني**).

## المبحث الأول

## شروط إبرام عقود الأعمال بين مبدأ الرضائية و الشكلية

في الواقع أنه كل ما توسع مفهوم الشكلية انحسر مبدأ الرضائية في العقود ، و أن سمة العقود في العصر الحديث هي كثرة الإجراءات و التعقيدات و الشكليات ، مما أدى إلى اتساع مفهوم الشكلية وتعدد صورها ومجالاتها و أغراضها ، فأصبحت تشمل كل الإجراءات و الشكليات التي يفرضها المشرع سواء قبل إبرام العقد أو عند تكوينه و التي تتعدد أغراضها بتعدد صورها ، و قد ترتبط الشكلية بطبيعة العقد وأهميته كما هو الشأن في عقود الأعمال التي أثرت ومازالت تؤثر في العديد من المبادئ الكلاسيكية للعقد باعتبار أن إبرام هذه العقود أصبح يخضع لما يفرضه العرف التجاري المتسارع فيما يحاول القانون تنيظيمه.

لا تختلف عقود الأعمال عن العقود الكلاسيكية من حيث ضرورة توفر ركن الرضا و المحل و السبب لقيام العقد ، لكن تظهر الحياة العملية تميز إبرام هذه العقود بآليات استثنائية غير مألوفة عند إبرام العقود المدنية أو التجارية فيما يتعلق بتلك الإجراءات أو الشكليات التي تفرضها طبيعة هذه العقود ، مما يدفعنا للتساؤل عن دور هذه الشكليات ، و مدى تأثيرها على رضائية تلك العقود ؟ ، فهل يصح أن نطلق عن تلك العقود أنها عقود شكلية أم أن تلك الشكليات المفروضة لم تغير من كون هذه العقود عقود رضائية ؟.

إن تحديد مدى تأثير عقود الأعمال على مبدأ الرضائية يتوقف على ، دراسة الأحكام الموضوعية التي تتعلق بإبرام هذه العقود من جهة (**المطلب الأول**) ، ومن جهة أخرى الاشتراطات الشكلية و مدى تناميها و تأثيرها على رضائية عقود الأعمال (**المطلب الثاني**) .

## المطلب الأول

## أحكام إبرام عقود الأعمال و تأكيد مبدأ الرضائية

إن مبدأ الرضائية هو أحد النتائج المترتبة على مبدأ سلطان الإرادة ، و هو لا يتصل إلا بطريقة إبرام العقد ويقصد به أن مجرد تطابق إرادتي المتعاقدين تكفي وحدها لإبرام العقد أيا كانت طريقة التعبير عنها والقاعدة العامة حاليا هي رضائية العقود ، أما الشكلية هي مجرد استثناء لهذه القاعدة العامة [1].

إن عقود الأعمال رغم أنها تختلف عن العقود الكلاسيكية إلا أنها لم تخرج عن هذه القاعدة العامة فهي عقود رضائية ، إذ يكفي لانعقادها توافق إرادتي طرفي العقد و يتحقق ذلك باقتران الإيجاب و القبول ، و رغم أن وجود الرضا يعتبر كاف لوجود العقد إلا أنه غير كاف لصحته ، فيجب أن يكون الرضا صحيحا خال العيوب التي تعتريه و هي الغلط ، التدليس ، الاستغلال ، ويترتب على عدم وجود ركن الرضا أو وجود عيب بإرادة الأطراف بطلان العقد بطلانا مطلقا أو بطلانا نسبيا بحسب الحالة [2].

إن الرضا في عقود الأعمال ، يبدأ بمراحل تمهيدية ، تكون هذه المراحل لازمة لكي يتدارس المتعاقدان المراكز المالية و المستندات المقدمة من الطرفين ، وشروط التعاقد ، تسمى هذه المرحلة بمرحلة التفاوض **(الفرع الأول)** وإذا تم التوافق على ذلك ، و على سائر شروط العقد ، يكون الرضا قد حصل فعلا ، ويبرم العقد بين الطرفين ، تسمى هذه المرحلة مرحلة الإبرام النهائية **(الفرع الثاني)** .

### الفرع الأول

### التفاوض في عقود الأعمال

إن مرحلة المفاوضات مرحلة هامة في كل عقود الأعمال بلا استثناء ،باعتبارها عقود مركبة ، تنصب على عمليات تتم بالتعقيدات الفنية و القانونية وتنطوي على مخاطر جسيمة بالنسبة لأطرافها لذلك فمرحلة

[1]- بوفلجة عبد الرحمان ، دور الإرادة في المجل التعاقدي على ضوء القانون المدني الجزائري ، **مذكرة لنيل شهادة ماجستير** في القانون الخاص جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان ، 2008/2007 ، ص 19 .

[2]- عيسى بخيت ، المرجع السابق، ص 62.

التفاوض مرحة حيوية يتم فيها الإعداد و التحضير للعقد و بحث كافة جوانبه القانونية و الفنية والمالية والتعرف على المتعاقد الأخر ،و تقدير إمكانياته و تقدير مضمون العقد و الإعداد الجيد له على ضوء مصالح و مقاصد الأطراف .

إن ما هو معروف في التشريعات المقارنة ، أن المفاوضات هي مجرد عمل مادي لا يرقى إلى مستوى الالتزام القانوني ، ولا يترتب عليه أي أثر قانوني ، الأمر الذي جعل مرحلة المفاوضات لا تحضى لا بالتعريف ولا بالتنظيم ، مما دفع الفقه والقضاء إلى التصدي لذلك ، من خلال تعريف المفاوضات و وضع نظرية متكاملة لها ، اعتمادا على الحلول التي توفرها النظرية العامة للعقود (**أولا**) ، ومن خلال تحديد طبيعتها القانونية (**ثانيا**).

**أولا : مفهوم المفاوضات :**

إن التفاوض مرحلة تمر بها كل عقود الأعمال على غرار العقود الثقيلة والهامة كما يسميها الفقه الفرنسي حيث تحتاج هذه العقود إلى مفاوضات حقيقة تمر بمراحل عديدة و تبرم قبلها و خلالها و حتى بعدها اتفاقات متعددة ومختلفة ، سواء كانت اتفاقات وقتية تنظم عملية التفاوض في حد ذاتها فقط أو اتفاقات مرحلية أو جزئية يتم الاتفاق من خلالها على كل مرحلة من مراحل التفاوض دون الرجوع إليها مرة أخرى، وقد تشكل في نهاية التفاوض مشروع العقد المنشود ، الذي سيتم التوقيع عليه في النهاية ، والتي تصبح في النهاية مشروع العقد النهائي الذي سينتقل إلى مرحلة تنفيذه [1] .

و عليه ، وحتى يتسنى لنا الإلمام بمختلف جوانب العملية التفاوضية ، ينبغي علينا التطرق إلى تعريف المفاوضات و بيان خصائصها .

[1]– عبدو محمد ، التفاوض في عقود الأعمال بين الطبيعة المادية و الطبيعة العقدية و آثاره ، **مجلة البحوث و الدراسات القانونية والسياسية** ، جامعة البليدة 2، الجزائر ، عدد 13 ،بدون سنة نشر ، ص 12 .

**أ/تعريف المفاوضات :**

المفاوضات لغة هي جمع مفاوضة و تعني في اللغة العربية عدة معان ، فيقال فاوضه في الأمر ، أي بادله الرأي فيه بغية الوصول إلى تسوية واتفاق ، في الحديث بادله الرأي ، وفي المال شاركه في تثميره [1].

أما اصطلاحا فقد ذهب جانب من الفقه إلى تعريف المفاوضات على أساس أنها: "التحاور و المناقشة وتبادل الأفكار و الآراء ، والمساومة بالتفاعل بين الأطراف من أجل الوصول إلى اتفاق معين حول مصلحة أو حل مشكلة اقتصادية ، قانونية ، تجارية سياسية ....." [2] ، حيث تعتبر المفاوضات عبارة عن فن الاتصال الفعال و إدارة الحوار البناء ، فهي سلوك طبيعي يستخدمه الإنسان للتفاعل مع محيطه [3].

و هناك تعريف أخر يؤيده جانب كبير من الفقه ، يذهب إلى القول أن : " التفاوض على العقد هو حدوث اتصال مباشر أو غير مباشر بين شخصين أو أكثر ، بمقتضى اتفاق بينهم يتم خلاله تبادل الاقتراحات و العروض ، وبذل المساعي المشتركة بهدف التوصل للاتفاق بشأن عقد معين ، تمهيدا لإبرامه في المستقبل "[4].

فالمفاوضات إذا هي عملية تفاعل بين الأطراف الراغبة في التعاقد تبدأ بدعوى موجهة من طرف إلى طرف أخر ، يتم خلالها تبادل العروض و الآراء ، من أجل بلورة اتجاه مشترك يتعلق بالعقد المراد إبرامه مستقبلا.

---

[1]- أحمد حسن الزيات و زملاؤه ، المعجم الوسيط في اللغة العربية ، اسطنبول تركيا ، بدون سنة نشر ، ص 706 .

[2]- بوطبالة معمر الإطار القانوني لعقد التفاوض ، **أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم تخصص قانون عام** ، جامعة الإخوة منتوري قسنطينة 2017/2016 ، ص 11 .

[3]- عمر سعد الله ، **قانون التجارة الدولية ( النظرية المعاصرة )** ، الطبعة الثانية ، دار هومة ، مصر ، 2009 ، ص 163.

[4]- بوطبالة معمر ، المرجع السابق ، ص 12.

**ب/خصائص المفاوضات :**

ما يميز المفاوضات أن كل طرف من أطراف المفوضات حر في الدخول في التفاوض دون جبر أو إكراه و يظل كذلك طيلة مرحلة المفاوضات ، حيث يستطيع الاستمرار فيها أو العدول عنها دون أية مسؤولية ، كما تتميز أنها قائمة على الأخذ و العطاء ، حيث أنها علاقة تبادلية يحرص فيها كل طرف على إدراك اهتمامات وأهداف الطرف الأخر ، بالإضافة إلى كون إن نتائجها احتمالية ، فقد يصل أطرافها إلى اتفاق أو إلى طريق مسدود و تنتهي إلى الفشل[1] .

**ج/التمييز بين الدعوة إلى التفاوض و الإيجاب :**

إن التمييز بين ما يدخل في مرحلة التفاوض على العقد ، وما يخرج عن نطاقه و يدخل في مرحلة إبرام العقد يعد أمرا صعبا للغاية ، لأن ذلك مرتبط بحسب الأصل بما تتجه إليه إرادة الأطراف ، فقد نكون بصدد مجرد دعوة إلى التفاوض ، كما يمكن أن نكون بصدد الالتزام النهائي الجازم ، وبالتالي صدور الإيجاب الكامل ، وقد نكون أمام مجرد دعوة إلى التعاقد .

إن التفرقة بين الدعوة إلى التفاوض و الإيجاب ، هي في جوهرها تفرقة وظيفية فإذا كانت الدعوة إلى التفاوض هي مجرد إعلان من صاحبها على رغبته في التعاقد بغرض اكتشاف من تكون له رغبة مقابلة وبغرض استدراج من توجه له الدعوة إلى تقديم عرض محدد للتعاقد و الاستجابة لمثل هذه الدعوة ، لا يؤدي إلى انعقاد العقد النهائي ، أما وظيفة الإيجاب ، فهي صياغة مشروع عقد يتضمن العناصر الجوهرية من أجل تحويله إلى اتفاق نهائي بمجرد اقترانه بالقبول من جانب من وجه له [2].

[1]- بوطبالة معمر ، المرجع السابق ، ص 13 .

[2]- نفس المرجع ، ص 19،20.

**ثانيا : الطبيعة القانونية للتفاوض في عقود الأعمال :**

كما رأينا سابقا فإن الاتفاق الأول على التفاوض يسمى عمليا باتفاق التفاوض أو عقد التفاوض والذي على أساسه يتفق الأطراف على الدخول في مفاوضات و الاستمرار فيها ، لتحقيق الأهداف و المصالح المشتركة للأطراف المتفاوضة والمتعاقدة مستقبلا ، و هذه المفاوضات قد تستهلك مالا معتبرا و جهدا كبيرا وزمنا طويلا ، خاصة في عقود الأعمال ذات الأهمية البالغة .

لذلك اختلف الفقهاء حول الطبيعة القانونية للمفاوضات العقدية ، حيث اعتبرها جانب من الفقه مجرد أعمال مادية ، أما الجانب الأخر من الفقه فاعتبرها تصرفات قانونية ، حيث يثور الخلاف الفقهي بالنظر إلى ما إذا كان التفاوض مصحوب باتفاق أو عقد التفاوض أم غير مصحوب بعقد ، و الذي على أساس وجوده من عدمه يتم تحديد الطبيعة القانونية لمرحلة التفاوض و بالتالي تحديد الالتزامات الناشئة عن كلتا الحالتين وتحديد نوع المسؤولية الناشئة عنهما كذلك .

**أ/الطبيعة المادية لمرحلة التفاوض على العقد :**

يذهب أصحاب هذا الاتجاه إلى أن التفاوض ليس إلا مجرد عمل مادي لا يرقى إلى مرتبة التصرف القانوني و لا يرتب أية التزامات ، ولهذا يمكن العدول عنه بحرية [1] ، و يذهب الفقه و القضاء المعاصرين إلى التفرقة بين المفاوضات غير المصحوبة باتفاق صريح ، وبين تلك المصحوبة بمثل هذا الاتفاق ، فالأولى في نظرهم تعتبر ذات طبيعة مادية ، أما الثانية فتعتبر ذات طبيعة عقدية .

[1]- عبدو محمد ، المرجع السابق ، ص 13.

**1/الاتفاق الضمني على التفاوض :**

يكاد يجمع الفقه الفرنسي و يؤيده في ذلك القضاء ، على أن التفاوض غير المصحوب باتفاق سابق وصريح ، ما هو إلا مجرد عمل مادي غير ملزم ، ولا يترتب عليه أي اثر قانوني وهذا هو موقف الفقه المصري أيضا [1].

أما عن التقنين الفرنسي فإنه لم يتضمن أي نص يحكم مرحلة التفاوض ، حيث كان هذه المرحلة لا تمثل أية أهمية عند واضعيه ، وكذلك الحال بالنسبة للقانون الجزائري حيث أنه و رغم التعديلات التي لحقت القانون المدني لم يهتم بمرحلة التفاوض ، بل ترك الأمر للقضاء الذي مازال يعتبر مرحلة التفاوض مجرد عمل مادي لا يقيم سوى المسؤولية التقصيرية [2].

**2/الاتفاق الصريح على التفاوض :**

يقصد به المفاوضات التي تتم بموجب اتفاق سابق وصريح من الطرفين وغالبا ما يكون هذا الاتفاق مكتوبا يحمل في طياته تنظيما للأمور العالقة بين طرفي التفاوض ، من حيث الحقوق والالتزامات ، و بالتالي فإن التفاوض هنا ليس مجرد عمل مادي بل هو تصرف قانوني ملزم و يرتب أثارا قانونية على عاتق طرفيه ومن ثم تتحول المسؤولية بشأنه من مسؤولية تقصيرية إلى مسؤولية عقدية [3].

و لم يتردد الفقه و القضاء الفرنسيان في الاعتراف باتفاق التفاوض الصريح فاعتبراه اتفاقا حقيقيا يرتب على عاتق أطرافه التزامات ، يترتب على الإخلال بها قيام المسؤولية العقدية ، وهو ما ذهب إليه أيضا الفقه المصري الحديث [4].

---

[1]- حمدي بارود ، المبادئ التي تحكم التفاوض في العقود الدولية لنقل التكنولوجيا و مضمون الالتزام بها ، **مجلة الجامعة الإسلامية** السعودية ، العدد الأول ،سنة 2008 ، ص 844 .

[2]- عبدو محمد ، المرجع السابق ، ص 14 .

[3]- حمدي بارود ، المرجع السابق ، ص 844، 845.

[4]- نفس المرجع ، ص 845 .

و على هذا الأساس يمكن اعتبار اتفاقات التفاوض الصريح عقودا تحضيرية لإبرام العقد الأصلي ، فهي تهدف إلى تنظيم مسلك الأطراف المستقبلي في مرحلة المفاوضات ، والتي سيدخل فيها الطرفان بهدف إبرام عقد معين هو العقد الأصلي [1].

**ب/إرساء الطبيعة العقدية لمرحلة التفاوض :**

إن التفرقة التي أقامها الفقه و القضاء المعاصرين ، بين المفاوضات المصحوبة باتفاق صريح و بين تلك المفاوضات غير المصحوبة بمثل هذا الاتفاق ، لهي تفرقة تحكمية ، تفتقر لأساس قانوني تقوم عليه ، كما أنه من شأن هذه التفرقة أن توجد ازدواجية في المعيار دون مبرر ، والعدل و المنطق يقضيان و يؤكدان ، بضرورة توحيد طبيعة التفاوض في طبيعة واحدة ، كي تحكمها قواعد قانونية واحدة ، دون تمييز بين صورة و أخرى .

و الحقيقة أنه بمجرد توافق الإرادتين على الدخول في عملية التفاوض يكون الطرفان قد عقدا فيما بينهما عقدا دون أن يصرحا بذلك أحيانا ، و هذا ما يجعل عملية التفاوض و ما قد ينشأ عنها من مسؤولية ذات طبيعة عقدية [2].

فباعتبار أن التفاوض أضحى من الأدوات الحقيقية اللازمة لتيسير إبرام عقود الأعمال ، وخاصة المتعلقة منها بنقل التكنولوجيا و التي تستغرق وقتا و جهدا كبيرين وما يقابل ذلك من نفقات باهضة ، من هنا بدأ التفكير في علاقة قانونية تربط أطراف هذه العقود بعقد ، وهو ما يسمى بعقد التفاوض .

**1 /تعريف عقد التفاوض :**

عرف جانب من الفقه عقد التفاوض على أنه : " عقد يلتزم بمقتضاه الطرفان ببدء عملية التفاوض أو متابعته أو تنظيم سير المفاوضات بقصد التوصل إلى إبرام عقد في المستقبل " ، في حين عرفه جانب آخر من

[1]- أبو العلا علي أبو العلا النمر ، **دراسة تحليلية لمبادئ معهد روما " الليونيدروا" المتعلقة بعقود التجارة الدولية** ، الطبعة الأولى ، دار النهضة العربية ، 2000، ص 57.

[2]- حمدي بارود ، المرجع السابق، ص 848.

الفقه على أنه: " عقد يلتزم بمقتضاه كل طرف في مواجهة الطرف الأخر ، بالدخول في المفوضات لإبرام عقد لاحق ، لم تتحدد بعد شروطه ، وعناصره الأساسية أو الثانوية " [1].

و قد عرفته محكمة التحكيم التابعة لغرفة التجارة الدولية في أحد أحكامها بأنه :" عقد بمقتضاه يتعهد طرفاه بالتفاوض أو بمتابعته من أجل التوصل إلى إبرام عقد معين لم يتحدد موضوعه إلا بشكل جزئي لا يكف في جميع الأحوال لانعقاده "[2].

**2/صور عقد التفاوض :**

يتخذ عقد التفاوض صورتان ، فهو قد يرد في صورة عقد مستقل بذاته ، أو في صورة شرط يتضمنه عقد أخر ، وهذه الأخيرة هي الصورة المعتادة في الميدان التجاري أو الصناعي بغرض التفاوض لتجديد العقد أو تمديده ، أو لإعادة التوازن العقدي له ، وهذا ما يعرف بشرط إعادة التفاوض [3].

تعد عقود التجارة الدولية الميدان الأصيل لفكرة إعادة التفاوض و ذلك من أجل تجاوز ما يعتري تنفيذ العقد الدولي من عقبات تعيق هذا التنفيذ تنفيذا حسنا ، وقد ظهرت أولى الدراسات الكاشفة عم مدى اتساع تطبيق هذه الفكرة في إطار هذه العقود سنة 1976 ، و التي أبرزت عن ميل المتعاقدين على إقرار شروط عقدية تسمح للمتعاقدين في حالة الظروف الطارئة الالتقاء مجددا من أجل مناقشة مصير عقدهم [4].

إن عقد التفاوض و بالرغم من كونه أحد إفرازات واقع التجارة الدولية ، و يكتسي أهمية قصوى في تنظيم عملية التفاوض ، إلا أنه لم يحضى بالتنظيم في معظم التشريعات ، وذلك بالنظر إلى الاختلاف حول مفهوم العقد ذاته بين الأنظمة القانونية المقارنة ، وكذلك الاختلاف في الأدوات القانونية الممكن الاعتماد عليها ، في

[1]–بوطبالة معمر ، المرجع السابق ، ص 25.

[2]–حمدي بارود ، المرجع السابق ، ص 848.

[3]– عبدو محمد ، المرجع السابق ، ص 26 .

[4]– هني عبد اللطيف ، إعادة التفاوض في العقود آلية لتجسيد مبدأ سلطان الإرادة ، **مداخلة في الملتقى الوطني " مبدأ سلطان الإرادة في عقود الأعمال بين الحرية والتقييد** ، جامعة امحمد بوقرة ، بومرداس ، يومي 06 و 07 نوفمبر 2017 ، ص 309 .

إيجاد الحلول الشائكة التي يثيرها عقد التفاوض ، وهذا يتجلى بوضوح في الاتجاهات الفقهية وأحكام القضاء .[1]

غير أنه مهما يكون الخلاف الفقهي في تحديد طبيعة التفاوض ، إلا أنه يمكن القول في الأخير أنه أصبح مرحلة ضرورية تمر بها كل العقود ذات التعقيد الفني و المالي على غرار عقود الأعمال ، فهو عقد حقيقي تتوفر فيه جميع أركانه و شروط صحته ، ويرتب مجموعة من الالتزامات تهدف في جوهرها إلى إضفاء الصفة المشروعة على مرحلة التفاوض على العقد .

إن الرضائية في عقود الأعمال هي حجر الزاوية ، خاصة في ظل أهمية هذه العقود التي تحقق مصلحة عامة تخص المجتمع و الدولة ككل ، مما يجعل الاهتمام بشروط العقد ومناقشتها و العمل في أرضية المفاوضات ضروري لتحصيل أكبر قدر من التكافؤ.

## الفرع الثاني
## مرحلة الإبرام النهائية

تختتم مرحلة التفاوض بالاتفاق على شروط العقد والعناصر الأساسية فيه ، حيث أن هذه العوامل هي التي تشكل الطبيعة الخاصة لأي عقد ، فالقاضي في سبيل تحديد الطبيعة القانونية للعقود يتجه إلى البحث عن النية المشتركة للمتعاقد و من ثم يحاول إعطاء تكييف للاتفاق بناءا على ما يتضمنه العقد من أركان و شروط تشترك جميع عقود الأعمال في طريقة إبرام واحدة ، فكلها تبرم على مرحلتين تبدأ بمرحلة التفاوض و تنتهي بوضع الصيغة النهائية للعقد ، ورغم ذلك يبقى لكل منها خصوصيته التي تميزه في مرحلة انعقاده .

[1] – نفس المرجع ، نفس الصفحة .

**أولا : خصوصية عقد الإعتماد الايجاري في مرحلة انعقاده**

يبدأ إبرام عقد الاعتماد الايجاري بمراحل تمهيدية تكون لازمة لكي يدرس المؤجر المركز المالي للمستأجر و إمكاناته في دفع أقساط التأجير، و ذلك من خلال تقديم المستأجر طلب التمويل مرفق ببيانات و مستندات معينة ، ثم يعقب ذلك مرحلة التفاوض لتحديد مصدر المال المؤجر ، وإذا تم التوافق على ذلك ،و على سائر شروط العقد ، يكون الرضا قد حصل فعلا ، ويبرم العقد بين الطرفين [1] .

**أ/خصوصية عقد الاعتماد الايجاري من حيث التراضي :**

يعد عقد الاعتماد الايجاري من العقود الرضائية التي يكفي لانعقادها مجرد تطابق الإيجاب و القبول و لا يكفي وجود الرضا ليعتبر العقد صحيحا بل يشترط أن يكون هذا الرضا خاليا من عيوب الإرادة التي قد تعتريه و هي الغلط والإكراه و التدليس والاستغلال ، و يترتب على عدم و جود الرضا أو عدم صحته بطلان العقد بطلانا مطلقا أو نسبيا حسب الحالة [2].

إن الإيجاب في عقد الاعتماد الايجاري قد يصدر أولا من المستأجر إلى المؤجر ، كما قد يوكل المؤجر المستأجر من أجل شراء المال ، وقد يحدث أن يتجه البائع إلى المستأجر ويعرض عليه اللجوء إلى عملية الاعتماد الايجاري للحصول على الأموال التي يريدها و يكون الإيجاب في هذه الحالة موجه من المستأجر إلى المؤجر و البائع يقوم بدور الوسيط ، كما قد يتجه البائع إلى المؤجر ليقنعه بتمويل شراء المال لصالح المستأجر[3].

[1]-حوالف عبد الصمد ، المرجع السابق ، ص 52 .

[2]-عيسى بخيت ، المرجع السابق ، ص 62 .

[3]- صفاء عمر خالد بلعاوي ، المرجع السابق ، ص 102.

**ب/ خصوصية عقد الاعتماد الايجاري من حيث أطرافه :**

الأصل أن عقد الاعتماد الايجاري من الناحية القانونية هو عقد ثنائي لكنه من الناحية الواقعية يعتبر عقدا ثلاثي الأطراف و ذلك لأن تنفيذه لا يكون إلا بتدخل طرف ثالث [1] ، و هذا ما سنبينه عندما نتطرق إلى الأطراف الثلاثة التي يتشكل منها و دور كل طرف و العلاقات القانونية التي تنشأ بين هؤلاء الأطراف .

**1/ الأطراف المشاركة في عقد الاعتماد الايجاري :**

عدد أطراف عقد الاعتماد الايجاري ثلاثة هم :

**المستفيد ( المستأجر )** : و هو المشروع الاقتصادي الذي يحرك العملية نظرا لحاجته للانتفاع بالأصل الإنتاجي داخل مشروعه .

**المورد أو المقاول** : وهو الشخص الذي يحصل منه المؤجر على المال محل عقد الاعتماد الايجاري بناءا على عقد بيع أو مقاولة .

**المؤجر** : هو كل شخص اعتباري يباشر عمليات الاعتماد الايجاري عن طريق شراء الأصول الإنتاجية من المورد و يقوم فورا بتأجيرها للمستأجر [2].

من خلال ما سبق يتضح أن الاعتماد الايجاري قائم على علاقة ثلاثية يقوم فيها المؤجر بشراء الأصول الإنتاجية من المورد ثم يقوم بتأجيرها فورا للمستفيد .

إن دور هؤلاء الأطراف الثلاثة لا يختلف في حالة شراء الشركة لعقار من أجل تأجيره إلى المستفيد ،أما في حالة بناء العقار فلابد من وجود مقاول بناء و شركة اعتماد أيجاري و مستفيد .

[1]- حوالف عبد الصمد ، المرجع السابق ، ص 25 .

[2]- شريف مصطفى كمال طه ، المرجع السابق ، ص 40.

فكل طرف من أطراف الاعتماد الايجاري يتدخل ليساهم بدور محدد ، وعلى ضوء هذه المساهمة يتحدد المركز القانوني الذي يتمتع به كل طرف منهم ، فمورد المنقول أو العقار الذي سبق بناؤه يكون في المركز القانوني للبائع حيث ينقل لشركة الاعتماد الايجاري ملكية الأصل ، و تكون الشركة في مركز المشتري أما إذا كان الأمر يقتضي بناء عقار فإن المقاول يستبدل بمركز البائع [1].

أما من خلال تعريف المشرع الجزائري للاعتماد الايجاري [2] فيظهر أن جوهر العلاقة القانونية في هذا العقد هي العلاقة الناشئة بين شركة الاعتماد الايجاري و المستفيد ، و بذلك يكون قد ركز على هذه العلاقة و أغفل العلاقة بين المؤجر و المورد .

و هو بذلك خالف المشرع الفرنسي الذي أشار بصفة ضمنية في قانون 1966 إلى الأطراف الثلاثة ،بنصه على أن تأجير الأموال يسبقه شراء شركة الاعتماد الايجاري لها أو بنائه لحسابها ، وبالنسبة للمشرع المصري فنجده قد نص في المادة الثانية من قانون سنة 1995 السالف الذكر صراحة على العلاقتين ، سواء الموجودة بين شركة الاعتماد الايجاري و المشروع المستفيد و الثانية بين المؤجر و المورد[3].

**2/ طبيعة العلاقات الناشئة عن عقد الاعتماد الايجاري :**

إن عملية الاعتماد الايجاري تتحقق بتدخل أكثر من شخص لكل منهم غايته المختلفة ، ما عدا في حالة الاعتماد الايجاري اللاحق الذي يخفف فيه هذا التناقض باجتماع البائع و المستأجر في شخص المستفيد ، ففي عملية الاعتماد الإيجاري نجد عقدين مختلفين هما العقد المبرم بين شركة الاعتماد الايجاري

[1]- عيسى بخيت ، المرجع السابق ، ص 36 .

[2] – عرف المشرع الجزائري عقد الاعتماد الايجاري بموجب نص المادة الأولى من الأمر رقم 06/96 المتعلق بالاعتماد الايجاري كما يلي : "**يعتبر عقد الاعتماد الايجاري موضوع هذا الأمر عملية تجارية و مالية يتم تحقيقها من قبل البنوك والمؤسسات المالية أو شركة تأجير مؤهلة قانونا و معتمدة صراحة بهذه الصفة ، مع المتعاملين الاقتصاديين أو الأجانب ، أشخاصا طبيعيين كانوا أو معنويين تابعين للقانون الخاص أو العام** ".

[3]- حوالف عبد الصمد ، المرجع السابق ، ص 26 .

والبائع و عقد آخر مبرم بين المؤجر والمستفيد ، و كذلك الأمر في عقد الاعتماد الايجاري اللاحق بحيث أن أطرافه لا يختلفان فهما دائما المؤجر والمستفيد ، فهناك علاقة مباشرة بين البائع و المؤجر من جهة و بين المؤجر والمستفيد من جهة أخرى [1].

و لقد أخذ المشرع الجزائري بنفس الفكرة التي نص عليها المشرع الفرنسي ، حين نص على أنه لا توجد علاقة قانونية مباشرة بين المورد و المشروع المستفيد بهذا المال من البائع بتفويض من شركة الاعتماد الايجاري ، على خلاف ما اتجه إليه المشرع المصري الذي نص صراحة في المادة 13 من قانون 1995 السالف الذكر على أنه : " **يجوز للمستأجر الرجوع مباشرة على المورد أو المقاول رغم انعدام العلاقة المباشرة بينهما** " [2].

يتضح مما سبق أنه تنشأ عن عملية الاعتماد الايجاري علاقتين مختلفتين تعتبر شركة الاعتماد الايجاري هي الرابط المشترك فيها ، حيث ترتبط مع البائع بعقد بيع و مع المسفيد بعقد اعتماد إيجاري .

**ثانيا : خصوصية عقد الفرانشيز في مرحلة انعقاده :**

يشترط في عقد الفرانشيز الأركان العامة المطلوبة في كل العقود و المتمثلة في الرضا و المحل والسبب غير أن لركن الرضا خصوصية بالنظر إلى خصوصية الأطراف التي يبرم بينها .

**أ/التراضي في عقد الفرانشيز :**

عقد الفرانشيز من العقود الرضائية التي تتم بمجرد تطابق الإيجاب و القبول ، فبمجرد ارتباط إيجاب المانح بقبول الممنوح له ينعقد عقد الفرانشيز ، فغالبا ما يصدر الإيجاب من المانح في شكل دعوة تتضمن

[1]- هاني محمد دويدار ، **الأرض كموضوع للتأجير التمويلي** ، دراسة في ضوء القانون رقم 1995 ، دار الجامعة ، الإسكندرية ، مصر 1999 ، ص 91 .

[2]- حوالف عبد الصمد ، المرجع السابق ، ص 27 .

عرض عقد يقوم المانح بتحديد بنوده ، يوجهه إلى شخص معين أو إلى جمهور يختار من بينهم من يقوم بمنح العرض له[1].

حيث يقوم أحد الأطراف غالبا يكون المانح، بعرض وثيقة مطبوعة أو عقدا نموذجيا يتضمن شروط العقد على الممنوح له ، وهذا الأخير يكون له الخيار بين قبول العقد أو رفضه أو أن يدخل في مناقشة مع المانح حول شروط العقد من أجل التوصل إلى توازن المصالح ، وهو الخيار الذي يجري العمل به في الواقع العملي ، ويشترط في هذه المرحلة أن يكون الرضا موجودا و صحيحا أي خاليا من أي عيب من عيوب الإرادة [2].

بعد ذلك يتم تحرير العقد ، بواسطة القانونيين المختصين من أجل تحديد مضمون عقد الفرانشيز من حيث أطرافه و مدته و آثاره والجزاء المترتبة على المخالفات ، حيث أنه في هذه المرحلة يتم إعداد العقد ثم صياغته .

يقصد بإعداد العقد إعطاء الاتفاق الصيغة القانونية لينتج أثاره التي اتفق عليها أطرافه ، و بالنسبة لعقود الفرانشيز فهي تتضمن عموما ديباجة العقد والتي تتضمن تاريخ العقد و المعلومات الخاصة بأطرافه و التعاريف الخاصة بالمصطلحات الواردة في العقد ، تحديد موضوع العقد و مادته الأساسية و الالتزامات والحقوق والشروط التي يحددها كل طرف ، و يشترط أن تكون صيغة العقد بعبارات واضحة لأن ذلك له أهميته في مراحل تنفيذ العقد ، لذلك لابد من أن تتم هذه الصيغة على يد خبراء قانونيين يملكون المعرفة القانونية و الدقة اللغوية والاصطلاحية من أجل وضع صياغة كاملة [3].

---

[1]- عروسي ساسية ، الطبيعة القانونية لعقد الفرانشيز ، **مذكرة ماجستير في القانون الخاص** ، جامعة سطيف 2 ، 2015 ، ص 09 .

[2]- نفس المرجع ، ص 12 .

[3]- دعاء طارق بكر البشتاوي ، عقد الفرانشايز وآثاره ، **رسالة ماجستير في القانون الخاص** ، جامعة النجاح الوطنية ، فلسطين ، 2008 ، ص 71، 72، 73 .

ب/ **خصوصية عقد الفارنشيز من حيث أطرافه :**

يقوم عقد الفرانشيز على الاعتبار الشخصي لأن شخصية المتعاقد تكون محل اعتبار عند إبرامه وينتج عن ذلك تأثر العلاقة بين طرفيه بما قد يطرأ على أحد الطرفين أو ما من شأنه أن يخل ويهدر ثقة الآخر به"كالإفلاس و الحجر .." ، و عليه فإن عقد الفرانشيز يبرم على اعتبار شخصية المانح وشخصية الممنوح له.

يعتبر الاعتبار الشخصي للمانح أقل وضوحا من الناحية العملية ، فعقود الفرانشيز لا تحدد أهمية إبراز شخصية المانح اتجاه الممنوح له رغم أن المعرفة الفنية التي يمتلكها المانح و شهرته و مؤهلاته تعتبر معايير أساسية لدى الممنوح له [1].

يقوم المانح باختيار الشخص الذي ينقل له المعرفة الفنية على أسس معينة منها قدرة هذا الشخص على تنفيذ هذه المعرفة ، ويتم اختيار الممنوح على عن طريق التجربة التجارية للمانح مباشرة ، أو عن طريق إبرام عقد يمهد فيه لإبرام الفرانشيز و يقوم باختبار الممنوح للتأكد من فرص نجاح المشروع وانضمامه إلى شبكة الفرانشيز دون الالتزام نهائيا و يسمى هذا العقد باتفاقية حجز المال [2].

إن مبدأ الرضائية في عقود الأعمال بين المد و الجزر،لما يخضع له من قيود و شروط وتراخيص، و رغم أن هذه العقود من الناحية القانونية تعتبر من العقود الرضائية التي تقوم على مبدأ سلطان الإرادة ، وهذا ما يجعل لهذا النوع من العقود خصوصية بالنظر إلى العقود التقليدية ، فمجال الأعمال الذي تنشأ فيه هذه العقود يفرض هذه الخصوصية ،كما لا ننسى أن عقود الأعمال تنتمي إلى العقود التجارية التي أصبح مبدأ الرضائية فيها يتراجع نحو الشكلية التي أصبحت هي الأخرى تظهر بمظهر جديد أكثر تناسبا مع مبادئ القانون التجاري لاسيما مبدأي السرعة و الائتمان .

[1]- عروسي ساسية ، مرجع سابق ، ص 23.

[2]- نفس المرجع ، ص 26 .

## المطلب الثاني

## تراجع مبدأ الرضائية و النزوع نحو الشكلية في عقود الأعمال

يعتبر الشكل أسلوب للتعبير عن الإرادة و ليس بديلا عنها ، فلا يغني وجود الشكل عن دور الإرادة السليمة الصالحة للتعاقد ، ورغم ذلك قد يكون الشكل أساسيا في العقد حيث يتوقف عليه صحة التصرف القانوني و إنتاجه لأثاره ، مما يعني أن عدم مراعاة هذا الشكل يترتب عليه بطلان التصرف وذلك لاتصاله المباشر بتكوين التصرف القانوني ، كما قد يفرض المشرع شكلا معينا لأغراض و غايات أخرى كإثبات التصرف أو نفاذه ، غير أنه في هذه الحالة لا يترتب على عدم مراعاته سوى عدم نفاذ التصرف بسبب عدم اتصال هذا الشكل بصفة مباشرة بالعقد و إنما يمس فقط جانبا من جوانبه كإثباته أو نفاذه كما أن التشريعات الحديثة اتجهت إلى توسيع مفهوم الشكلية ، عن طريق تقييد الإرادة باستيفاء إجراءات تعتبر ضرورية قبل إبرام بعض العقود .

تعتبر المرحلة السابقة لإبرام عقود الأعمال مرحلة هامة لذلك تفرض التشريعات التي نظمت هذه العقود استيفاء إجراءات معينة منها ما يتعلق بحماية رضا المتعاقد و منها ما يتعلق بمراقبة إبرام هذه العقود عندما تتعلق بالنشاطات الخاضعة لنظام الرخصة والاعتماد الإداري (**الفرع الأول**) ، كما أنه قد تتجه إرادة الأطراف إلى تحرير عقود الأعمال بسبب ملائمة المحرر المكتوب لطبيعة هذه العقود التي توصف بأنها عقود مركبة تتضمن بنود كثيرة ، وبالتالي لا يمكن إثبات الحقوق الناتجة إلا عن طريق الكتابة أيا كانت طبيعتها ، أو تتجه التشريعات التي نظمت بعض عقود الأعمال إلى إخضاع هذه العقود إلى شكليات معينة تتعلق بمرحلة تكوينها (**الفرع الثاني**) .

## الفرع الأول

## الشروط الشكلية السابقة على إبرام عقود الأعمال

يرتبط الدور الوظيفي الرقابي و الحمائي للشكلية بطبيعة الإجراءات المطلوبة ، و موقعها في إبرام التصرف ، فقد ينص القانون على إجراءات معينة لابد من القيام بها قبل إبرام العقد ، فتكون مرتبطة بالمرحلة السابقة للتعاقد و التي تعتبر مرحلة هامة في نوع معين من العقود التجارية الهامة أو الثقيلة كما يتم وصفها في مجال التجارة الدولية ، حيث يمر هذا النوع من العقود بمرحلة المفاوضات و التي تحرص التشريعات على أن تتم في إطار من الشفافية ، و التي يقصد بها إحاطة كلا الطرفين بكل المعلومات اللازمة لتبصير المتعاقد عن طريق مجموعة من البيانات الكتابية يحددها القانون حسب نوع التصرف و يلزم المتعاقد بتقديمها للطرف الآخر قبل إبرام العقد سماها الفقهاء بالشكلية الإعلامية (**أولا** ).

أو تكون الشكلية المطلوبة في المرحلة السابقة على التعاقد عبارة عن إجراءات إدارية يفرضها القانون في نوع معين من العقود الهامة لارتباطها بنشاط هام من النشاطات ذات التأثير المباشر على الاقتصاد الوطني ، كنظام الرخصة و الاعتماد الاداري الذي تفرضه الدولة بواسطة هيئات تابعة لها من أجل مراقبة نشاط البنوك والمؤسسات المالية (**ثانيا** ).

### أولا : الشكلية الإعلامية

تعتبر عقود الأعمال مجال خصب للشروط التعسفية التي تؤدي إلى اختلال التوازن العقدي بين حقوق و التزامات أطرافها ، وذلك لما تتسم به من انعدام التكافؤ أو ما يسمى بالفجوة الاقتصادية الناتجة عن إبرام هذه العقود بين متعاملين اقتصاديين أحدهما يملك الخبرة والسيولة المالية و المعرفة الفنية ، فيفرض ما

يخدم مصلحته و يحقق أهدافه من شروط ، لا يملك الطرف الآخر إلا الرضوخ لها [1]، و من أجل ذلك انصب اهتمام التشريعات بمرحلة ما قبل التعاقد ، حتى لا تترك تحرير هذه العقود لمحض أهواء الطرف القوي الذي لا يتردد في استغلال هذه المرحلة في خدمة مصالحه ، فعملت على تقوية الموقف التفاوضي للطرف الضعيف من خلال تقييد إرادة الطرف القوي بالالتزام بالإعلام ما قبل التعاقدي [2].

نظرا لما يتصف به عقد الفرانشيز من تعقيد و تركيب باعتباره وسيلة لنقل المعرفة الفنية ، اهتمت كل من التشريعين الأمريكي و الفرنسي بتبصير الطرف الضعيف في هذا العقد عن طريق فرض الالتزام بالإعلام في مرحلة المفوضات ، بحيث يلزم المانح بتقديم كافة المعلومات الجوهرية و المعلومات المتعلقة بالمعرفة الفنية في شكل بيانات مكتوبة كشكلية إعلامية وظيفتها وضع حد لحالات اختلال التوازن المعرفي [3]، بينما لا نجد نصوص تتعلق بتنظيم الالتزام بالإعلام في عقود الأعمال التي نظمها المشرع الجزائري سواء في القواعد العامة أو القواعد الخاصة ، لذلك سنركز على النصوص الخاصة بتنظيم الالتزام ما قبل التعاقدي في عقد الفرانشيز في التشريع الأمريكي و الفرنسي ، من خلال إبراز مكانة هذه الشكلية الإعلامية في هذا العقد وآثار مخالفتها .

**أ/ مكانة الشكلية الإعلامية في عقد الفرانشيز :**

تتعلق الشكلية الإعلامية بجملة المعلومات و البيانات المرتبطة بالعقد المراد إبرامه ، فتكون ملازمة للعقود التي تتسم بالتعقيد بحيث لا يكون من السهل الإحاطة بكل جوانبها ، وباعتبار عقد الفرانشيز ذو طبيعة خاصة من حيث ارتباط محله بالمعرفة الفنية فهو يعتبر من عقود نقل التكنولوجيا ، فإن تقديم

[1] – بوعش وافية ، عن اختلال التوازن العقدي في عقد ترخيص استغلال العلامة التجارية ، **مجلة أبحاث قانونية و سياسية** ، جامعة محمد الصديق بن يحي جيجل ، الجزائر ، العدد السادس ، جوان 2018 ، ص 389.

[2] – رشيد ساسان ، التأسيس القانوني للالتزام بالإعلام ما قبل التعاقدي في مجال عقود الأعمال – عقد الترخيص التجاري نموذجا –، **مجلة العلوم القانونية** ، جامعة ابن خلدون تيارت ، الجزائر ، العدد 03 ،جوان 2011 ، ص 268.

[3] – نفس المرجع ، ص 268.

المعلومات والبيانات المتعلقة بمحله ضرورية لإزالة الغموض و التعقيد المتعلق بالطابع التكنولوجي الذي يتسم به [1].

كما أن هذه المعلومات تعتبر ضرورية في المرحلة السابقة للتعاقد و هي مرحلة مهمة وحاسمة في عقود التجارة الدولية بصفة عامة وعقد الفرانشيز بصفة خاصة ، لذلك اهتم القانون الأمريكي والفرنسي بحماية رضا الطرف الضعيف في هذا العقد ، وظهر ذلك في صورة الشكلية الإعلامية الموجهة لحماية رضا المتلقي في عقد الفرانشيز [2].

## 1/ تحديد مفهوم الشكلية الاعلامية و أساسها القانوني في عقد الفرانشيز

يقصد بمصطلح الإعلام نشر الحقائق والمعلومات على الجمهور بقصد المعرفة و الثقافة و ليس بقصد الربح و هو يتميز بالموضوعية و الحياد فهو لا يعتمد على المبالغة و التهويل، فهو لا يهدف إلى ترويج السلع و الخدمات بل يعمل على تكوين فكرة أو تصحيحها [3].

و لقد عرفه أحد الفقهاء بأنه : " إحاطة الطرف الآخر بالمعلومات التي تمكنه من الوقوف على حقيقة محل التعاقد حتى يقدم عليه و هو على بصيرة من أمره " [4]، و عرفه آخر على أنه : " التزام سابق على التعاقد ، يتعلق بالتزام احد المتعاقدين بأن يقدم للمتعاقد الآخر عن تكوين العقد البيانات اللازمة لإيجاد رضا سليم كامل و متنور على علم بكافة تفصيلات هذا العقد و ذلك بسبب ظروف و اعتبارات معينة قد ترجع على طبيعة هذا العقد أو صفة أحد طرفيه أو طبيعة محله ، أو أي اعتبار آخر يجعل من

---

[1] – نايت سيدي أحمد كريمة ، إشكالية الالتزام بالإعلام في عقد الفرانشيز ، **المجلة النقدية** ، جامعة مولود معمري تيزي وزو ، الجزائر ، العدد 2، 2018/11/04،ص 309.

[2] – نفس المرجع ، ص 308 .

[3]– رباح سعيدة ، الحماية العقدية للمستهلك في التشريع الجزائري ، **مذكرة ماجستير تخصص قانون أعمال** ، جامعة سطيف 2014/2013 ، ص 10،11 .

[4]– جليل أمال ، تأثير قانون حماية المستهلك على عقد البيع ، **مذكرة ماجستير تخصص قانون الأعمال المقارن** ، جامعة وهران 2012/2011 ص 38 .

المستحيل على أحدهما أن يعلم ببيانات معينة ، أو يحتم عليه منح ثقة مشروعة للطرف الآخر الذي يلتزم بناءا على جميع هذه الاعتبارات بالالتزام بالإدلاء بالبيانات " [1].

أما اصطلاح الالتزام بالأعلام فهو مصطلح مركب استخدمه فقهاء القانون و اختلفوا حول تعريفه فمنهم من استخدم مصطلح الالتزام بالأعلام للدلالة على الإدلاء بالمعلومات ، ومنهم من قصد من استخدامه الدلالة على تقديم البيانات ، وكذلك استخدم للدلالة على الأعلام و التبصير [2].

و بالنسبة للالتزام بالإعلام ما قبل التعاقدي في عقد الفرانشيز فيمكن تعريفه على أنه : التزام يغطي المرحلة السابقة على التعاقد يتعلق بالإدلاء بكافة المعلومات و البيانات اللازمة لإيجاد رضا حر وسليم لدى متلقي الفرانشيز بحيث يكون مدركا تمام الإدراك لما هو مقبل عليه ، فيستطيع التفاوض على حقوقه [3].

يأخذ الالتزام ما قبل التعاقدي في عقد الفرانشيز مظهرا شكليا ، يتحقق من خلال اشتراط التشريعات التي نصت عليه ، تجميع المعلومات المتعلقة بالعلامة التجارية محل الترخيص ، وحجم سوق المنتج أو الخدمة والوضعية المالية والمحاسبية الاقتصادية لمنشأة المانح ، و المؤسسات المنخرطة في شبكة الفرانشيز ، في وثيقة تسلم للمتلقي ، حتى يكون له تصور واضح حول الامتيازات والالتزامات المقرر التعاقد عليها ، وهو ما يعرف لدى الفقهاء بشكلية الإعلام [4].

لذلك فإن اتجاه المشرع الأمريكي والمشرع الفرنسي و البلجيكي لفرض الالتزام بالإعلام ما قبل التعاقدي في عقد الفرانشيز يعتبر بمثابة إعادة تجديد للشكلية التي لها دور وقائي ، لأن هدفه دعم المراكز

---

[1]- رباح سعيدة ، المرجع السابق ، ص 11.

[2]- بشير سليم و بوزيد سليمة ، الالتزام بالإعلام وطرق تنفيذه وفقا لقانون حماية المستهلك و قمع الغش 03/09 ، **مجلة الحقوق والحريات في الأنظمة المقارنة** ، جامعة محمد خيضر بسكرة ، الجزائر ، عدد 4 ، 2017 ، ص 26 .

[3] - نايت سيدي أحمد كريمة ، المرجع السابق ، ص 307.

[4]- رشيد ساسان ، المسؤولية عن الإعلام ما قبل التعاقدي ، **مجلة التواصل في الاقتصاد والإدارة والقانون** ، جامعة باجي مختار عنابة الجزائر ، عدد 39 ، سبتمبر 2014 ص 161.

الأدنى تعاقديا [1]، عن طريق التضييق على حرية الطرف القوى في هذا العقد ، و بالتالي إعادة النظر في الحرية التعاقدية التي أصبحت أكثر انحسارا في ظل تدخل المشرع عن طريق فرض التزامات غرضها حماية الأطراف الضعيفة في العلاقات التعاقدية .

يعتبر قانون (DISCLOSUREFULL) الصادر في 21 ديسمبر 1978 أول تشريع يحقق الحماية القانونية للمتلقي في القانون الأمريكي ، حيث منع هذه القانون الولايات الخمسين الأمريكية من إقرار أي قانون من شأنه التقليل من هذه الحماية أو التقليل منها ، و قد كرس هذا القانون حماية المتلقي من خلال إلزام المانح قبل توقيع العقد وتسليم وثيقة تتضمن كافة المعلومات المتعلقة بالسجلات المالية للشركة والجوانب المالية الخاصة بالمشروع محل العقد لفائدة المتلقي بهدف تبصيره و إعلامه بجميع الجوانب المتعلقة بالعقد المراد إبرامه[2].

أما بالنسبة للتشريع الفرنسي فقد ألزم قانون 31 ديسمبر 1989 المعروف بقانون دوبان (Doubin) المانح في عقد الفرانشيز بأن يمكن المتلقي من معلومات صادقة تمكنه من التعاقد عن بينة ، كما تضمن المرسوم التنفيذي لقانون دوبان أحكام جزائية تطبق في حال تخلف المانح عن الوفاء بالتزامه بالإعلام ، مما يوضح أن المشرع الفرنسي يتجه بوضوح نحو اعتماد صيغة تنظيمية للتعاقد من أجل إنشاء علاقات تعاقدية متعادلة [3].

### 2/ الشكلية الإعلامية في عقد الفارنشيز ، وسيلة لحماية رضا المتلقي

اهتمت التشريعات الخاصة بحماية الإرادة التعاقدية من أجل دعم صحة التراضي الذي يحقق للطرفين التعاقد عن بينة و دراية بجميع معطيات العقد لاسيما المتعاقد الموجود في مركز تعاقدي ضعيف ، من حيث

[1]- رشيد ساسان ، التأسيس القانوني للالتزام بالإعلام ما قبل التعاقدي في مجال عقود الأعمال ، المرجع السابق ، ص 268.

[2]- حسن محمد حمدان ، **الحماية القانونية للفرانشايزي -دراسة مقارنة -** ،منشورات الحلبي الحقوقية ، لبنان 2008 ، ص 53 .

[3]- رشيد ساسان ، المسؤولية عن الإعلام ما قبل التعاقدي ، المرجع السابق، ص 162،164 .

إمكانية الاطلاع على البيانات المتعلقة بالعقد ، والتي يجعل عدم الاطلاع عليها إرادة المتعاقد مشوبة بعيب من عيوب الرضا .

لذلك فإن اهتمام التشريعين الفرنسي و الأمريكي موجه إلى حماية رضا المتلقي من خلال نظرية عيوب الإرادة ، فيكون عقد الفرانشيز قابلا للإبطال على أساس جهل المتلقي بالبيانات المرتبطة بالعقد بسبب إتيان المانع بأعمال تدليسية وسيلتها الامتناع عمدا عن الإدلاء بتلك البيانات ، بما يجعل منه كتمانا تدليسيا الذي ينبغي أن يكون هو الباعث الدافع على التعاقد [1]، فالكتمان لا يعتبر كافيا لوحده لتحقيق التدليس [2].

و بناءا عليه لا يتقرر البطلان بشكل تلقائي عند عدم احترام المانح لالتزامه بالإعلام المسبق ، بل لابد أن يكون الكتمان هو ما دفع بالمتعاقد للوقوع في الغلط ، بمعنى أن الغلط كان نتيجة الفعل التدليسي الذي يدفع للتعاقد من غير بينة و تبصر [3].

**ب/ آثار تخلف الشكلية الإعلامية في عقد الفرانشيز:**

إن عدم وفاء المانح بالتزامه بإعلام المتلقي بأي شكل من الأشكال من شأنه أن يجعل هذا الأخير في وضعية جهل تعاقدي قد يهدد توازن العقد ، لذلك حرصت التشريعات التي نصت على الالتزام بالإعلام ما قبل التعاقدي في عقد الفرانشيز على النص على جزاءات معينة لكل أشكال الإخلال بهذا الالتزام سواء تعلق الأمر بتخلف الوفاء بالالتزام بالإعلام المسبق بشكل كلي ، أو تتضمن وثيقة الإعلام المسبق معلومات مغلوطة و كاذبة ، أو أن لا يمكن المرخص له من مدة التروي المنصوص عليها قانونا [4].

---

[1]- تنص المادة 86 من القانون المدني الجزائري على : " **يعتبر تدليسا السكوت عمدا عن واقعة أو ملابسة إذا ثبت أن المدلس عليه ما كان ليبرم العقد لو علم بتلك الواقعة أو هذه الملابسة** ".

[2]- رشيد ساسان ، التأسيس القانوني للالتزام بالإعلام ما قبل التعاقدي في مجال عقود الأعمال ، المرجع السابق ،ص 275،276.

[3]- نفس المرجع، ص 278.

[4]- رشيد ساسان ، المسؤولية عن الإعلام ما قبل التعاقدي ، المرجع السابق ،ص 160.

تتراوح الآثار المترتبة على مخالفة الأحكام المتعلقة بالالتزام بالإعلام المسبق في عقد الفرانشيز ، بين المسؤولية ذات الطابع الجزائي ، والمسؤولية المدنية ذات الطابع التعاقدي المرتبطة بنظرية البطلان أو المسؤولية التقصيرية .

### 1/ المسؤولية ذات الطابع الجزائي عن الإخلال بالالتزام بالإعلام المسبق :

باعتبار أن فرض الالتزام بالإعلام المسبق هو نظام حمائي ، فإنه يستدعي إجبار المتعاقد على تنفيذه عن طريق فرض جزاءات صارمة ، و على هذا الأساس نص المرسوم التنفيذي لقانون "**دوبان**" في مادته الثانية على أحكام جزائية واجبة التطبيق في حال تخلف المانح عن الوفاء بالتزامه بالإعلام بحيث : " يعاقب بالغرامات المقررة بالنسبة للمخالفات من الدرجة الخامسة كل من يضع في متناول شخص آخر اسما تجاريا علامة أو شعار في مقابل اشتراط علاقة حصرية أو شبه حصرية في ممارسة نشاطاته إذا لم يمده بوثيقة الإعلام عشرين يوما على الأقل قبل إمضاء العقد و نموذجا من العقد المراد إبرامه مثل ما هو محدد في المادة الأولى من القانون 31 ديسمبر 1989 ، وفي حالة العود تطبق عقوبات العود المقررة بالنسبة للمخالفات من الصنف الخامس"[1].

### 2/ المسؤولية المدنية ذات الطابع التعاقدي :

يترتب على مخالفة الأحكام المتعلقة بالالتزام بالإعلام المسبق في عقد الفرانشيز المسؤولية المدنية ذات الطابع التعاقدي المرتبطة بنظرية البطلان أو المسؤولية التقصيرية .

### 2-1 المرتبطة بنظرية البطلان :

تجدر الإشارة إلى أن مصدر الالتزام ما قبل التعاقد هو القانون ، و عليه لا يصح العقد بدون استيفاء هذا الالتزام ، لذلك فالبطلان المطلق هو الجزاء المناسب لتخلف شرط جوهري في صحة العقد إلا أن

[1]- نفس المرجع ، ص 164

البطلان المطلق هو مقرر لحماية مصلحة عامة و بالتالي لا يكون البطلان المطلق صالحا كجزاء في حال مخالفة الالتزام بالإعلام ما قبل التعاقدي ، باعتبار الهدف من هذا الالتزام هو حماية الطرف الضعيف في العقد ، و هي مصلحة خاصة ، و بالتالي لا يكون البطلان المطلق صالحا كجزاء في حال مخالفة الالتزام بالإعلام ما قبل التعاقدي ، باعتبار الهدف من هذا الالتزام هو حماية الطرف الضعيف في العقد ، و هي مصلحة خاصة [1]،وهو ما ينطبق عن البطلان المقرر لحماية المتلقي من تعسف المانح في عقد الفرانشيز.

و باعتبار أن قانون "**دوبان**" و لا مرسومه التنفيذي لم يتضمنا النص على الأثر القانوني على العلاقة القانونية الذي ينتج على مخالفة الالتزام بالإعلام المسبق ، فإن القضاء عند الفصل في الخصومات الناتجة عن هذه المخالفة ، يقرر بين بطلان العقد بشكل تلقائي ، أو البطلان المشروط بعيب في إرادة المتلقي[2] .

### 2-2 المسؤولية التقصيرية :

باعتبار إن الالتزام بالإعلام المسبق في عقد الفرانشيز ثابت قانونا في ذمة المانح قبل نشوء العلاقة التعاقدية ، فإن عدم تنفيذه أو الإساءة في تنفيذه يترتب عليه المسؤولية التقصيرية ، و إقرار المسؤولية التقصيرية على عاتق المانح لا يتعارض مع البطلان الذي قد يقرره القضاء بالنظر إلى عيب يلحق إرادة المتعاقد .

و في هذا الشأن ذهب رأي من الفقه إلى القول بأن المسؤولية المدنية المترتبة على الإخلال بالالتزام بالإعلام ما قبل التعاقدي هي مسؤولية عقدية على أساس تمديد المرحلة التعاقدية -و تبعا لذلك تمتد

[1]- حاتم مولود ، إدراج الالتزام بالتبصير في إصلاح القانون المدني الفرنسي لسنة 2016 و أثره على نظرية الالتزام في القانون المدني الجزائري **المجلة الدولية للبحوث القانونية والسياسية** ، جامعة الوادي ، الجزائر ، المجلد 03 ، العدد 02 ، أكتوبر 2019، ص 81،82 .

[2]- رشيد ساسان ، المسؤولية عن الإعلام ما قبل التعاقدي ،المرجع السابق، ص 166.

المسؤولية التعاقدية – لتشمل المرحلة السابقة للتعاقد ، غير أن رأي القضاء استقر على أن في المرحلة السابقة للتعاقد لا تكون المسؤولية إلا تقصيرية على أساس انعدام العقد [1].

**ثانيا : الرخصة و الاعتماد الإداري : مظهر جديد للشكلية**

لقد فرض المشرع الجزائري في إبرام عقود الأعمال إجراءات إدارية مسبقة ، فاستلزم الحصول على الرخصة و الاعتماد الإداري بالنسبة لممارسة نشاط الاعتماد الايجاري و نشاط تحويل الفواتير ، و شدد على ذلك من خلال فرض جزاءات إدارية و أخرى جزائية في حال غياب القيام بهذه الإجراءات ، و قد اعتبر بعض الفقهاء نظام الرخصة والاعتماد الإداري كمظهر جديد للشكلية التعاقدية [2] ، تختلف عن الشكلية في القواعد العامة .

**أ/ شكلية الرخصة و الاعتماد الإداري ، استثناء على مبدأ الرضائية في عقود الأعمال :**

تدخل المشرع لتحديد صفة المتعاقد في عقود الأعمال لغرض تحقيق الفعالية الاقتصادية ، فاعتمد على الأسلوب الإداري لتكوين صفة المؤجر في عقد الاعتماد الايجاري ، و صفة الوسيط في عقد تحويل الفاتورة حيث تعتبر الإجراءات الإدارية شكل من أشكال الرقابة التي تتم على مرحلتين ، فالترخيص يمثل مرحلة سابقة على التعاقد ، أما الاعتماد الإداري فيشترط لمباشرة النشاط ، و يمثل مرحلة إبرام العقد .

و قد اعتبر بعض الفقهاء نظام الرخصة والاعتماد الإداري كمظهر جديد للشكلية التعاقدية [3] وبالتالي فهذه الإجراءات الإدارية تعتبر خروج عن مبدأ الرضائية و نوع من التضييق على الحرية التعاقدية كأصل عام [4] ، فالشكلية في التصرفات القانونية هي وضع خاص يعتبر استثناء عن الأصل العام في حرية

---

[1]- نفس المرجع ، ص 168،169.

[2]- بعجي أحمد ، تأثير التوجيه التشريعي على النظرية العامة للعقد ، المرجع السابق ، ص 305.

[3]- نفس المرجع ، ص 305.

[4]- يحياوي يوسف ، الشكلية غير المباشرة وأثرها على فعالية العقود ، **مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص** فرع العقود والمسؤولية ، جامعة الجزائر 01 ، 2014/2013 ، ص 54.

التعاقد فالأصل في التصرفات الرضائية وليس الشكلية ، و هي لا تأتي إلا في حالات معينة ينص عليها القانون ، وهذه الحالات لا يقاس عليها و لا يجوز التوسع في تفسيرها ، و لعل صفة الإلزام أهم ما يميز الشكلية [1]، وبهذا المعنى تعتبر الرخصة والاعتماد الإداري أحد القيود الاستثنائية التي يفرضها القانون على حرية التعاقد في عقود الأعمال نظرا لأهميتها الاقتصادية .

يرى جانب من الفقه أن الرخصة الإدارية أصبحت كشرط لميلاد الرابط التعاقدي بينما اعتبرها الجانب الآخر من الفقه كامتداد لقواعد الموضوع و عنصر لصحة العقد ، و يبرر ذلك أن كل عقد يمر دون هذه الإجراءات يعتبر باطلا كأصل عام ، و أساس هذا البطلان هو مخالفة النظام العام الاقتصادي التوجيهي الذي تتدخل الدولة من خلاله لضبط النشاط الاقتصادي عن طريق نظام الرخصة والاعتماد [2].

إن نظام الرخصة والاعتماد الإداري أصبحت في الوقت الحالي مظهرا للتطورات الاقتصادية والاجتماعية بل و السياسية ، حيث أصبحت تؤطر المجال التعاقدي الذي تتدخل فيه الدولة بواسطة هيئاتها التي تتولى مهمة الضبط ، مما أعطى حافز جديد لتطور مفهوم الشكلية ، فالتراخيص التي تتكون من خلالها العقود الحديثة ، تجعلها تختلف عن التصور الكلاسيكي للعقود التي تبرم عبر تبادل الرضا [3].

تعتبر الرخصة والاعتماد الإداري في نظر بعض الفقهاء إحدى الشكليات غير المباشرة التي يتوجب مراعاتها و إلا كان التصرف غير منتج لآثاره ، حيث تعتبر الشكلية غير المباشرة نوع من الأشكال التي ليس لها اتصال مباشر بالعقد و إنما ترتبط بجانب من جوانبه كإثباته أو نفاذه ، فهي بذلك تعبر عن مفهوم موسع للشكلية يشمل مختلف الإجراءات التي يفرضها المشرع قبل أو بعد إبرام العقد بغية تحقيق أغراض

[1]- مصطفى موسى العجارمة ، الشكلية كقيد على الإرادة عند تكوين العقد وفقا لأحكام القانون المدني الأردني ، **مجلة جامعة القدس المفتوحة للبحوث الإنسانية والاجتماعية** ، فلسطين ، العدد 45 ، السنة 2018 ، ص 164 .

[2]- بعجي أحمد ، تأثير التوجيه التشريعي على النظرية العامة للعقد ، المرجع السابق، ص 305.

[3]- نفس المرجع ، ص 305.

مختلفة ، و باعتبارها لا تتصل بالتصرف بصفة غير مباشرة فهي لا تؤثر على صحته وإنما قد تعمل على الحد من فعاليته و نفاذه من خلال الحد من إنتاج التصرف لكافة آثاره أو إلى صعوبة إثباته حسب الهدف المقصود من الشكل[1].

فالرخصة والاعتماد الإداري لا يصنفان ضمن الشكلية المباشرة في العقد ، لأنهما ليسا ركنا فيه ، لكن لا يمكن إنكار أن هذه الإجراءات تعتبر شكلية في المجال التعاقدي ، غير أنها تعتبر شكلية خاصة لأنها تختلف عن الشكلية في القواعد العامة من عدة نواحي .

**ب/ شكلية الرخصة والاعتماد الإداري : شكلية خاصة تختلف عن الشكلية في القواعد العامة**

لا يمكن إنكار أن الإجراءات الإدارية شكلية ، لكنها شكلية تختلف عن الشكلية في القواعد العامة فهي شكلية من نوع خاص ، باعتبارها مفروضة على طرف واحد في العقد و هي تتعلق بأهليته الإدارية ولا تتعلق بموضوع العقد من جهة ، ومن جهة أخرى أنها تختلف من حيث الغاية والجزاء.

إن الشكلية بمفهومها الكلاسيكي هي أسلوب محدد يفرضه المشرع للتعبير عن الإرادة ، إذ أنه يفرض قالبا لابد من اتخاذه حتى تترتب آثار التصرف القانوني بشكل يعتد به [2]، و بذلك هو يظهر كركن في العقد ، وبالتالي يفرض على كلا المتعاقدين ، أما الرخصة والاعتماد الإداري فهي إجراءات إدارية غرضها التحقق من أهلية المتعاقد و كفاءته في ممارسة نشاط معين و بالتالي قدرته على مباشرة العلاقات مع الغير و بالتالي هي تتعلق بمتعاقد واحد و هو المتعاقد الذي يحرص المشرع على تكوين صفته لتحقيق الفعالية الاقتصادية [3].

[1]- يحياوي يوسف ، المرجع السابق ، ص 10،11 .

[2]- مصطفى موسى العجارمة ، المرجع السابق ، ص 164.

[3]- بعجي أحمد ، تأثير التوجيه التشريعي على النظرية العامة للعقد ، المرجع السابق ، ص 307.

حيث لجأ المشرع في كثير من الأحوال إلى إلزام المتعاقد على الحصول على الرخصة أو الاعتماد الإداري من أجل ضمان مطابقة النشاط للمصلحة العامة ، وذلك قبل إبرام العقد ومباشرة النشاط ، ففي المجال المصرفي فرض المشرع نظام الرخصة و الاعتماد الإداري كشرط لممارسة النشاط المصرفي ، ويدخل في ذلك القيام بعمليات الاعتماد الايجاري ، التي أخضعها المشرع لتوجيه الإدارة العامة عن طريق ضبط صفة المتعاقد[1] ، فكل تحديد لصفة المتعاقد يصاحبه أسلوب أو إجراء إداري هدفه صنع هذه الصفة التي حددها المشرع من أجل ضمان المصلحة العامة ، و بما أن الغاية من هذه الإجراءات الإدارية هي التحقق من أهلية المتعاقد فهي تختلف عن الغاية المقصودة من فرض الشكلية في القواعد العامة .

يترتب على تخلف الشكلية الرسمية في القواعد العامة بطلان العقد بطلانا مطلقا ، بينما تخلف بعض الشكليات التعاقدية كالبيانات الإلزامية يترتب عليه البطلان النسبي ، و باعتبار أن البطلان المطلق هو جزاء مقرر في حال مخالفة التصرفات القانونية للنظام العام [2]، فإن تخلف الإجراءات المتعلقة بالرخصة والاعتماد الإداري في الأصل يوجب البطلان المطلق لتعلق ذلك بالنظام العام الاقتصادي التوجيهي، وذلك لأن تلك الإجراءات هي التي تمنح الأهلية اللازمة من أجل التعاقد و مباشرة الأنشطة من جهة و من أجل ارتباط هذه الإجراءات ببلوغ الهدف العام من العقد من جهة أخرى [3].

إن ارتباط تكوين صفة المتعاقد في عقود الأعمال بالإجراءات الإدارية التي تهدف إلى التحقق من أهلية المتعاقد يعتبر مظهر جديد للشكلية غايتها توجيه العقد نحو خدمة المصلحة العامة ، مما يدل على تأثير توسع استخدام الأسلوب الإداري لتكوين العقود على مفهوم الشكلية الحديث و على النظرية العامة للعقد بصفة عامة .

---

[1]- نفس المرجع ، ص 283.

[2]- مصطفى موسى العجارمة ، المرجع السابق ، ص 167.

[3]- بعجي أحمد ، تأثير التوجيه التشريعي على النظرية العامة للعقد ، المرجع السابق ، ص 307.

## الفرع الثاني
## الشروط الشكلية عند إبرام عقود الأعمال

إن المزايا العديدة التي تقدمها الشكلية بوصفها وسيلة فنية وقانونية يهدف المشرع من ورائها تحقيق أغراض ومزايا عديدة ، خصوصا وأن نظرية العقد تشهد ، بشكل عام تزايدا في القيود المفروضة على الإرادة ولاسيما بعد صدور العقود التي تنظم التعاقد عبر الوسائط الالكترونية ، إضافة إلى الدور الذي تقوم به الشكلية من حيث استقرار المعاملات في المجتمع .

إنه ونظرا لأهمية عقود الأعمال في الحياة الاقتصادية ، ونظرا لزيادة وتشعب العلاقات و ما ينتج عنها من منازعات حول هذه العقود ، و نظرا لأهمية الكتابة كدليل للإثبات اتجهت بعض التشريعات في أغلب عقود الأعمال إلى تطلب تحرير هذه العقود **(أولا)** ، إضافة إلى إخضاعها إلى إجراءات شهر معينة من أجل الاحتجاج بها في مواجهة الغير **(ثانيا)** .

### أولا : شكلية الكتابة لإثبات عقود الأعمال

اتفقت التشريعات على فرض شكلية الكتابة لإثبات أغلب عقود الأعمال ، من بينها عقد الاعتماد الايجاري ، عقد الفرانشيز .

#### أ/ شكلية الكتابة في عقد الاعتماد الايجاري :

يعتبر عقد الاعتماد الايجاري من العقود الرضائية ، حيث يكفي لانعقاده تقابل الإيجاب و القبول ، إلا أن التشريعات و نظرا لخصوصيته ، وأهميته في تمويل المشاريع ، قد فرضت شكليات معينة يتوجب على الأطراف مراعاتها عند إبرام هذا العقد ، و خاصة العقود الواردة على منقولات ، حماية لدائني المشروع المستفيد الذين قد ينخدعون بحيازة هذا الأخير للأصول الإنتاجية محل الاعتماد الايجاري [1].

[1]- حوالف عبد الصمد ، المرجع السابق ، ص 68.

نظرا لتشابك العلاقات في عقد الاعتماد الايجاري إضافة إلى كثرة بنوده فقد جرى العرف والتعامل على كتابة هذا العقد ، وذلك ليتمكن أطرافه الرجوع إليها كلما اقتضت الحاجة إلى ذلك .

كما أن إخضاع عمليات الاعتماد الايجاري لإجراءات الشهر القانوني والمحاسبي ، يجعل من كتابة عقد الاعتماد الايجاري مقدمة ضرورية لإجراءات الشهر ، إذ سيتعذر استكمال هذه الإجراءات ما لم يفرغ العقد في محرر مكتوب ، وحتى يمكن الاحتجاج بهذا العقد اتجاه الغير ، وحماية لدائني المستأجر من الوقوع في الخطأ اعتقادا منهم أن الأصول الإنتاجية التي في حيازته ، تدخل في ضمانه العام و يمكنهم التنفيذ عليها في حالة إفلاسه ، ومنحه الائتمان اعتمادا على هذا الوضع الظاهر[1] .

**1/ طبيعة الكتابة في عقد الاعتماد الايجاري :**

تختلف طبيعة الكتابة بالنظر إلى محل عقد الاعتماد الايجاري منقولا أم عقارا .

**1-1 الكتابة العرفية لإيجار الأصول المنقولة :**

إن المشرع الجزائري و هو بصدد تنظيم عقد الاعتماد الايجاري بالأمر رقم 09/96 لم ينص على الكتابة لإبرام عقد الاعتماد الايجاري ، إلا أنه يجب كتابة هذا العقد لاتخاذ إجراءات شهره ، وهذا ما يفهم من المادة 3 فقرة 2 من المرسوم التنفيذي رقم 90/06 المحدد لكيفيات إشهار عمليات الاعتماد الايجاري للأصول المنقولة ، حيث نصت هذه المادة على قيد عقد الاعتماد الايجاري في أجل 30 يوما ابتداء من تاريخ إمضاء العقد ، فالكتابة هنا عرفية لأن المشرع أشار علنا للإمضاء و هو من شروط الكتابة العرفية ، فلو كانت الكتابة رسمية لاشترط تحرير العقد لدى موثق أو ضابط عمومي .

[1]- نفس المرجع ، ص 67 .

**2-1 الكتابة الرسمية لإيجار الأصول غير المنقولة :**

أما في المادة 2 من المرسوم التنفيذي رقم 91/06 المحدد لكيفيات شهر عمليات الاعتماد الايجاري للأصول غير المنقولة ، فقد فرض المشرع أن يحرر عقد الاعتماد الايجاري للأصول غير المنقولة لدى موثق، وهو أمر منطقي لأن جميع التصرفات القانونية المتعلقة بالعقار تشترط فيها الكتابة الرسمية و هي ركن للانعقاد .

و لقد حدد المشرع بموجب المادة 08 من الأمر رقم 09/96 المتعلق بالاعتماد الايجاري البيانات الإلزامية في عقد الاعتماد الايجاري المحرر لدى موثق ، و تتمثل فيما يلي :

- تعيين الموثق محرر عقد الاعتماد الايجاري للأصول غير المنقولة .
- تحديد تاريخ العقد و رقمه .
- تعريف المستفيد من العقد .
- تحديد مدة العقد .
- التحديد الاجمالي للمبالغ الواجب تسديدها للمؤجر بعنوان الإيجار.
- النص على خيار الشراء للمستفيد ، والتاريخ الأقصى المحدد لتبليغ خيار الشراء عند الاقتضاء .

و بالنسبة للتشريع الفرنسي و المصري و اللبناني فإن عقد الاعتماد الايجاري لا يعتبر من العقود الشكلية رغم أن العرف استقر على كتابته لاعتبارات معينة تقتضيها طبيعة محل هذا العقد ، و قد فرضت هذه التشريعات شهر عقد الاعتماد الايجاري دون أن يدل ذلك على كون الكتابة ركن من أركانه ، رغم أن الشهر يفترض وجود كتابة سابقة له ، لذلك تصبح الكتابة ضرورية عملا بالقاعدة الأصولية " كل ما لا يتم الواجب إلا به فهو واجب " [1].

[1]- بن بريح أمال ، المرجع سابق ، ص 130 .

**2/ أهمية كتابة عقد الاعتماد الايجاري :**

رغم أن كل من التشريع الجزائري و الفرنسي و المصري لم يتطلب كتابة عقد الاعتماد الايجاري صراحة إلا أنهم تطلبوا شهر العقد ومن هنا ظهرت ضرورة كتابة عقد الاعتماد الايجاري[1] ، و هنا يجب أن نميز بين كتابة عقد الاعتماد الايجاري للأصول المنقولة و غير المنقولة ، حيث تعتبر الكتابة ركنا لانعقاد عقد الاعتماد الايجاري للأصول غير المنقولة و يترتب على تخلفها بطلانا العقد بطلانا مطلقا ، و يثيره القاضي من تلقاء نفسه و لا يجوز للأطراف الاتفاق على مخالفته ، أما في عقد الاعتماد الايجاري للأصول المنقولة فتعتبر الكتابة وسيلة للإثبات و ليست للانعقاد ، و من هنا يثور التساؤل عما إذا كانت الكتابة هي الوسيلة الوحيدة لإثبات عقد الاعتماد الايجاري ؟ [2].

ففي الواقع و باستقراء إرادة المشرع نجد أنه يستلزم كتابة عقد الاعتماد الايجاري من أجل إثباته خروجا عن قاعدة حرية الإثبات في المواد التجارية على اعتبار أن عقد الاعتماد الايجاري من العقود التجارية ، و هذا الخروج اقتضته ضرورات اقتصادية و فنية ، لأن هذا العقد يختلف عن العقود التجارية بسبب كثرة بياناته حيث يتضمن شروط كثيرة و شديدة التعقيد و الدقة ، وبدون كتابتها لا يمكن التحكم بها بشكل واضح ومفهوم ، وكل ذلك لا يتفق مع الإثبات بالوسائل الأخرى كالبينة مثلا [3] .

**ب/ شكلية الكتابة في عقد الفرانشيز :**

لقد اشترط القانون الفرنسي أن يكون التنازل عن العلامة التجارية مثبت كتابة، و بما أن العلامات التجارية تعد من العناصر الأساسية المكونة لمحل عقد الفرانشيز ، لذلك يمكن اعتبار شرط الكتابة للإثبات

[1]- حوالف عبد الصمد ، المرجع سابق ، ص 70 .

[2] - بخيت عيسى ، المرجع السابق ، ص 76.

[3] - نفس المرجع ، ص 76 ، 77.

وليس للانعقاد لاسيما مع عدم ذكر المشرع الفرنسي لجزاء البطلان في حال تخلف الكتابة ولا يجوز قطعا الاجتهاد أو التوسع أو القياس مع صحيح النص [1].

أما بالنسبة للقانون المصري و بما أنه لا يوجد نص تشريعي يتصدى صراحة لتقنين عقد الفرانشيز لذلك لا بد من الرجوع إلى التشريع التجاري الذي نص على عقود نقل التكنولوجيا و التي يعتبر عقد الفرنشيز أحد هذه العقود ، حيث جاء في نص المادة 1/74 منه على ضرورة أن يكون عقد نقل التكنولوجيا مكتوبا و إلا كان باطلا [2].

و بذلك فإن المشرع المصري قد أكد صراحة على أن الكتابة تعد ركنا من أركان عقود نقل التكنولوجيا و من ثم فلا يجوز الاعتداد في إثباتها بأية وسيلة أخرى من وسائل الإثبات ، وذلك مرده إلى القاعدة العامة التشريعية المنصوص عليها في المادة 69 من قانون التجارة المصري و التي تنص على انه : " يجوز إثبات الالتزامات التجارية أيا كان قيمتها بكافة طرق الإثبات ما لم ينص القانون على خلاف ذلك " .

و منه فقد نصت الشريعات السابقة على وجوب كتابة عقد الفرانشيز ، و الكتابة هنا إجراء شكلي وليست ركنا من أركان العقد ، فمتى توافرت في عقد الفرانشيز الأركان العامة للعقود من رضا صحيح و محل و سبب مشروعين و أهلية المتعاقدين ، انعقد العقد و كان منتجا لآثاره القانونية بين أطرافه ، فعقد الفرنشيز شأنه شأن العقود التجارية الأخرى التي اشترطت الكتابة فيها ، دون أن يخرجها عن كونها رضائية .

[1]- وليد علي ماهر ، **عقود الفرنشايز دراسة مقارنة** ، بدون طبعة ، مركز الدراسات العربية للنشر والتوزيع ، 2018 ، ص 49 .

[2]- نفس المرجع ، ص 49.

أما عن المشرع الجزائري فقد اشترط أن يكون كل تنازل عن العلامة التجاري كتابيا تحت طائلة بطلان التصرف ، وأن يكون كل تصرف أو تعديل يترتب عليه الترخيص باستغلال العلامة التجارية إلى الغير مسجلا[1].

وإذا كان المشرع الجزائري لا يعترف لمالك العلامة التجارية بالحق عليها دون اشتراط الكتابة أو التسجيل ذلك بإضفائه الحماية على العلامة التجارية المشهورة إذ يكسبها حجية على الكافة [2]، فإن ذلك يعني الاعتراف بالتصرف صحيحا منتجا لأثره .

و تجدر الإشارة هنا أنه في نص المادة 04 من مشروع القانون الجزائري المتعلق بعقد الفرانشيز المؤرخ في 2009 اعتبر الكتابة شرطا لانعقاد عقد الفراشيز و رتب البطلان أثرا لتخلفها ، حيث جاء نصها كالتالي : "يجب أن يكون عقد الفرانشيز مكتوبا تحت طائلة بطلانه و يجب أن تحدد أحكامه بوضوح المزايا المتفق عليها بين الأطراف " ، و هو ما فعله المشرع الفرنسي والمصري و المشرع الألماني ، أين رتب بطلان عقد الفرانشيز كأثر لعدم كتابته [3].

إنه و مع غياب نص تشريعي في فرنسا ومصر نتيجة عدم تقنين عقد الفرانشيز و إفراد تنظيم خاص به فإننا نلمس نصوصا تشريعية متفرقة في سبيل الاستدلال على شرط تسجيل عقد الفرانشيز ، فنجد أن المشرع الفرنسي اشترط تسجيل أي تصرف أو تعديل يترتب على الترخيص باستغلال علامة تجارية معينة ، ولا سيما مع شهرة العلامة التجارية و لمصلحة الشبكة المتولدة عن عقود الفرانشيز و حمايتها من اعتداء الأغيار [4] .

---

[1]- المادة 01/15 من الأمر رقم 06/03 المؤرخ في 2003/07/19 المتعلق بالعلامات ، الجريدة الرسمية عدد 44 الصادرة بتاريخ 2003/07/23 .

[2]- المادة 06 مكرر 2 من الأمر 02/75 المؤرخ في 09 يناير 1975 المتضمن المصادقة على اتفاقية باريس للملكية الصناعية المبرمة في 20 مارس 1983 و المعدلة ، **الجريدة الرسمية** العدد 10 المؤرخة في 04 فيفري 1975 .

[3]- عروسي ساسية ، المرجع السابق ، ص 11 .

[4]- وليد علي ماهر ، المرجع السابق ، ص 46 .

أما المشرع الجزائري فقد اشترط هو الأخر تسجيل أي تصرف في العلامة التجارية ، غير أن اشتراط التسجيل لا ينشأ حقا على العلامة التجارية ، وإنما يجعل الحق الجديد المتعلق بها و الذي نشأ بموجب العقد حجة على الغير ، وتتراجع أهمية هذا الشرط حين تكون العلامة مشهورة ، إذ تكتسب الحجية دون الحاجة إلى تسجيلها ، من هنا تتراجع أهمية التسجيل المقرر في مواجهة الغير، كما يتراجع دور الكتابة إلى اعتبارها مجرد شرط للإثبات[1] .

**ثانيا : شكلية الشهر**

لقد أوجبت التشريعات نظام الشهر القانوني لعقد الاعتماد الايجاري حماية لمصالح الغير ، ذلك أنه عن طريق إشهار عقد الاعتماد الايجاري يعلم الكافة بملكية شركة التأجير التمويلي للأصل و حقيقة الطابع المادي والعرضي لحيازة المستفيد له [2].

و لقد حرصت المؤسسات التي تمارس نشاط الاعتماد الايجاري على إعلام المتعاملين معها بملكيتها للمنقولات المؤجرة و ذلك عن طريق وضع ملصقات تدل على ذلك ، وذلك لأنه يترتب على الاعتماد الايجاري حيازة المشروع الصناعي أو التجاري من طرف المستفيد من العقد و بما أن هذه الحيازة توحي وضع ظاهر بملكية المستفيد لهذا الأصل مما يهدد مصالح المستفيد والمؤجر و من هنا تأتي أهمية أن يضع المشرع وسيلة إشهار عقد الاعتماد الايجاري [3].

[1]- عروسي ساسية ، المرجع السابق ، ص 10.

[2]- عيسى بخيت ، المرجع السابق ، ص 77.

[3]- حوالف عبد الصمد ، المرجع سابق ، ص 70.

لقد أوجب المشرع الفرنسي بموجب المادة 3 من القانون رقم 455/66 المتعلق بعقد الاعتماد الايجاري بخضوع هذا العقد للنشر ، مع إصدار مرسوم تنفيذي يحدد كيفيات الشهر ، و اتبعه في ذلك المشرع المصري بموجب القانون رقم 95 لسنة 1995 [1].

أما المشرع الجزائري ، فقد نص في المادة 06 من الأمر رقم 09/96 المتعلق بالاعتماد الايجاري على إشهار عمليات الاعتماد الايجاري ، و قد تم تنظيم كيفيات إشهار عمليات الاعتماد الايجاري للأصول المنقولة بموجب المرسوم التنفيذي رقم 90/06 ، و الأصول غير المنقولة بموجب المرسوم التنفيذي رقم 91/06 بالإضافة إلى الإشهار القانوني ، ألزم المشرع المستفيد بالقيام بعملية الإشهار المحاسبي لهذا العقد بموجب المرسوم التنفيذي رقم 07/96[2] .

**أ/ إجراءات شهر عقد الاعتماد الايجاري للمنقولات :**

نص المرسوم رقم 90/06 على الإجراءات التي تتعلق بقيد لعمليات الاعتماد الايجاري للأصول المنقولة و الاعتماد الايجاري المتعلق بالمحلات التجارية والمؤسسات الحرفية في المركز الوطني للسجل التجاري، و كل ما يلي ذلك من إجراءات تعديل القيد أو تجديده أو شطبه .

**1/إجراءات القيد :**

لقد تطلب المشرع الجزائري لشهر عقد الاعتماد الايجاري ، إعداد سجل عمومي خاص لضمان الشهر القانوني لعمليات الاعتماد الايجاري للأصول المنقولة و الاعتماد الايجاري المتعلق بالمحلات التجارية والمؤسسات الحرفية في المركز الوطني للسجل التجاري ، و ألزم أعوان الملحقات المحلية للمركز على مسك هذه السجلات

[1] – نفس المرجع ، ص 70 .

[2]– المرسوم التنفيذي رقم 07/96 المؤرخ في 03 جويلية 1996 المتضمن تنظيم مركزية الميزانيات و سيرها ، **الجريدة الرسمية** عدد 64 الصادرة بتاريخ 22 اكتوبر 1996.

مع السماح للجمهور للاطلاع عليها تحت سلطتهم المباشرة ، كما جعل عبء قيد عقد الاعتماد الايجاري على عاتق المؤسسة المالية المؤجرة [1].

أما المشرع الفرنسي فقد فرق في هذا الخصوص بين المشروع المستفيد و التاجر و غير التاجر ، فإذا كان المشروع المستأجر تاجرا ، فإن الشهر يتم على مستوى المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها مكتب السجل التجاري ، الذي قيد فيه المشروع التجاري أو التاجر الفرد ، أما إذا كان المشروع المستفيد غير تاجر فان الشهر يتم في المحكمة التي يقع في دائرتها المكان الذي تستخدم فيه الأشياء محل العقد [2].

**2/ تعديل القيد :**

تنص المادة 5 من المرسوم التنفيذي رقم 90/06 الذي يحدد كيفيات إشهار عمليات الاعتماد الايجاري للأصول المنقولة ، و المادة 1/4 من المرسوم رقم 665/72 فرنسي على وجوب التأشير على هامش القيد بجميع التعديلات التي ترد عليه ، ويترتب على ذلك أنه في حالة تصرف شركة الاعتماد الايجاري في المنقول المؤجر يجب التأشير بذلك على هامش القيد مع تعيين شخص المتصرف إليه .

و قد يؤدي التعديل إلى تغيير الاختصاص الإقليمي للمركز الوطني للسجل التجاري فيجب على المؤجر في هذه الحالة بالقيام بقيد التعديلات في سجلات ملحقة المركز الوطني للسجل التجاري المختصة إقليميا [3].

**3/تجديد القيد :**

إن المشرع الجزائري والمشرع المصري و إن أوجبا شهر و قيد عمليات الاعتماد الايجاري للمنقولات لإعلام الغير بملكية شركة الاعتماد الايجاري للمنقول محل العقد و إن المستأجر المستفيد يحوز هذا المنقول

[1]- حوالف عبد الصمد ، المرجع السابق ، ص 71.

[2]- عيسى بخيت ، المرجع السابق ، ص 79.

[3]- نفس المرجع ، نفس الصفحة .

حيازة عرضية مادية على سبيل الإيجار إلا انه لم يحدد مدة معينة يسقط بعدها قيد عقد الاعتماد الايجاري خلافا للقانون الفرنسي الذي حدد مدة خمس 05 سنوات بعدها يسقط القيد إذا لم تعد شركة الاعتماد الايجاري بإعادة قيده من جديدي على ضوء البيانات التي تم تعديلها في القيد [1].

**4/شطب القيد :**

تنص المادة السادسة من المرسوم التنفيذي رقم 90/06 الذي يحدد كيفيات إشهار عمليات الاعتماد الايجاري للأصول المنقولة على أنه يجب شطب قيد العقد في سجل خاص بشهر عقود الاعتماد الايجاري للمنقولات أما بناءا على ما يفيد اتفاق الأطراف على و إما بناءا على حكم أو قرار حائز لقوة الشيء المقضي فيه أو بانقضاء الإيجار عن طريق التنازل تنفيذا للوعد بالبيع من جانب واحد ، و يشطب القيد إذا قرر المستأجر حق الخيار بالشراء المتفق عليه عن طريق رسالة مضمونة الوصول خلال 15 يوما على الأقل قبل هذا التاريخ [2].

و في حالة زوال عقد الاعتماد الايجاري بالفسخ فإنه يتم شطب القيد الخاص به ، بطلب من شركة الاعتماد الايجاري استنادا إلى حكم حائز لقوة الشيء المقضي فيه حتى لا يتأثر بإلغاء الحكم أمام المجلس القضائي [3] .

**ب/ إجراءات شهر عقد الاعتماد الايجاري للعقارات:**

تنص المادة الثانية من المرسوم التنفيذي رقم 91/06 الذي يحدد كيفيات إشهار عمليات الاعتماد الايجاري للأصول غير المنقولة ، على أنه يجب أن يبين عقد اكتساب العقار، محل عقد الاعتماد الايجاري

[1]- نفس المرجع ، ص 79.

[2]- انظر المادة 45 من الأمر رقم 09/96 المتعلق بالاعتماد الايجاري .

[3]- حوالف عبد الصمد ، المرجع السابق ، ص 72 .

المعد وفقا لأحكام المرسوم رقم 63/76 المتعلق بتأسيس السجل العقاري [1] ، المعدل والمتمم و الخاضع للإشهار في الحفظ العقاري في باب خاص عنوانه – تحديد المستفيد من القرض و شروط انجاز عملية الاعتماد الايجاري للأصول غير المنقولة – ، العناصر الجوهرية الواردة في الاعتماد الايجاري للأصول غير المنقولة.

و تضيف الفقرة 2 من المادة 3 من المرسوم التنفيذي رقم 91/06 على أنه : " **يتعين على المؤجر أن يقوم بنشر كل عقد اعتماد إيجاري للأصول غير المنقولة المذكور في المادة 2 أعلاه ، لدى الحفظ العقاري التابع له العقار المعني بعملية الاعتماد الايجاري** " .

يتضح من نص المادتين أن المشرع أوجب شهر عقد الاعتماد الايجاري بسعي من شركة الاعتماد الايجاري لدى الحفظ العقاري التابع له العقار المعني بالعملية ، كما اشترط المشرع أن يكون العقد رسميا حين اشترط في نص المادة 2 أعلاه تعيين الموثق محرر العقد .

أما المشرع الفرنسي ، فأوجب شهر عقد الاعتماد الايجاري في مكاتب الرهن الرسمي بنفس الكيفية أو الشكل الذي ينشر فيه الرهن الرسمي الوارد على العقارات ، و ذلك طبقا للمواد 28 و 37 من القانون المتعلق بالرهن الرسمي الصادر بتاريخ 04 يناير سنة 1955 [2].

**ج/الشهر المحاسبي لعمليات الاعتماد الايجاري :**

لقد فرض نظام الشهر المحاسبي لعمليات الاعتماد الايجاري بموجب النظام رقم 07/96 السالف الذكر بهدف إعلام الغير بالمركز المالي للمستفيد ليكون التعامل معه على بينة بحيث يعلم المتعامل معه أن الأموال التي في حيازته بصفته مستأجرا لا مالكا ، و يتم هذا الشهر المحاسبي عن طريق إجراءات معينة نتطرق لها فيما يلي :

[1]– المرسوم التنفيذي رقم 63/76 المؤرخ في 25 مارس 1976 المتعلق بتأسيس السجل العقاري ، الجريدة الرسمية عدد 30 المعدل والمتمم بالمرسوم التنفيذي رقم 123/93 المؤرخ في 19 ماي 1993 ، **الجريدة الرسمية** عدد 34 .

[2]– بخيت عيسى ، المرجع السابق ، ص 74 .

يتم الشهر المحاسبي من خلال الالتزام الذي فرضه المشرع على شركات الاعتماد الايجاري بضرورة الانخراط إلى مركزية الميزانيات لبنك الجزائر ، لتقوم بتزويدها بالمعلومات المحاسبية والمالية للسنوات الثلاث الأخيرة التي تتضمن الميزانية وجدول الحسابات و النتائج والبيانات الملحقة [1].

و لعل الغرض من ذلك هو أن يكون لمؤسسة المستفيد وجود ظاهر ، بحيث يسهل على المتعاملين معها الاطلاع على حساب التشغيل العام ، ويتم قيد الأعباء الناتجة عن الاعتماد الايجاري في على نحو مستقل وبالخصوص في حالة تعدد عقود الاعتماد الايجاري التي يبرمها المستفيد [2].

و لقد نص النظام رقم 7/96 السالف الذكر في مادته الثانية على أن مهمة مركزية الميزانيات هي جمع المعلومات المالية والمحاسبية المتعلقة بالمؤسسات المتحصلة على قرض مالي من المؤجر الخاضع إلى تصريح لمركزية المخاطر و نشرها .

و كذلك الحال بالنسبة للمشرع المصري الذي تطرق لأحكام القواعد المحاسبية لعقد الاعتماد الايجاري في الباب الرابع من قانون 95 لسنة 1995 ، حيث ألزم المستأجر التمويلي بإدراج الأقساط في حسابات الأرباح والخسائر و إدراج عقود الاعتماد الايجاري في الميزانية ، و نص في المادة 25 منه على أن الالتزام بالشهر المحاسبي يقع على عاتق المشروعات الفردية التي تلتزم بنشر ميزانيتها [3].

أما المشرع الفرنسي فقد ألزم كل من مؤسسات الاعتماد الايجاري والمستفيد معا بشهر عقد الاعتماد الايجاري ففرض بموجب مرسوم رقم 102/83 الصادر بتاريخ 1983/11/29 على الشركات التي تمارس الاعتماد الايجاري أن تبين في ميزانيتها قيمة أموالها لدى توقيع العقد وقيمة الضرائب الواجب دفعها عند قفل الحسابات و السعر غير المدفوع لشراء الأموال ، أما الأشخاص الطبيعيين التجار فأوجب عليهم أن يدرجوا

[1]- حوالف عبد الصمد ، مرجع سابق ، ص 77 .

[2]- نفس المرجع ، نفس الصفحة .

[3]- نجوى براهيم البدالي ، **عقد الايجار التمويلي** ، بدون طبعة ، دار الجامعة الجديدة للنشر ، مصر ، 2005 ، ص 295 .

ضمن حسابات الاستثمار بند يتعلق بالايجارات و المبالغ الواجب دفعها مقابل الإيجار و كذلك إنشاء ملحق خاص للميزانية تقدر فيه المبالغ التي مازال المشروع مدينا بها [1].

إن الحكمة التي أرادتها التشريعات السالفة الذكر من النشر المحاسبي لعمليات الاعتماد الايجاري هي إعلام الغير بحقيقة علاقة الإيجار المترتبة على عقد الاعتماد الايجاري من جهة و الحفاظ على حق المؤسسة المالية في احتجاجها اتجاه الغير بحق ملكيتها على الأموال المؤجرة من جهة ثانية ، وكذلك تشجيع المؤسسات المالية على التوسع في عمليات الاعتماد الايجاري [2].

إن مبدأ الرضائية مبدأ أصيل في عقود الأعمال ، فرغم كل الإجراءات التي يخضع لها إبرام هذه العقود إلا أنها لا تؤثر على مبدأ الرضائية في هذه العقود ، حيث تعتبر كل الشكليات التي تتعلق بهذه العقود شكليات غير مباشرة – باستثناء الكتابة الرسمية لعقد الاعتماد الايجاري للأصول غير المنقولة – ، لا تتعلق مباشرة بانعقاد العقد و إنما اشترطها المشرع من أجل إثباته ،حيث يجب التمييز بين وجود العقد وطريقة إثباته فمادام يكفي لوجود العقد رضا المتعاقدين ، فالعقد رضائي ،حتى لو اشترط القانون الكتابة لإثباته .

[1]– حوالف عبد الصمد ، مرجع سابق ، ص 78 .

[2]– نفس المرجع ، ص 79.

## المبحث الثاني

## آثار تراجع مبدأ الرضائية في عقود الأعمال

لقد أثبت الفقه الحديث أن الشكلية لم يعد ينظر إليها كنقيض لمبدأ الرضائية و إنما هي وسيلة لحماية الإرادة ، و من هذا المنطلق اعتمدت التشريعات الحديثة على الشكلية لتحقيق أغراض مختلفة في التعاقد ، منها إثبات العقود أو نفاذها سواء اتجاه الغير أو فيما بين الأطراف ، وهو ما يعرف بالشكلية غير المباشرة ، و هي شكلية ليس لها اتصال مباشر بانعقاد العقد و إنما تمس بجانب من جوانبه فقط ، و على هذا الأساس لا يؤثر تخلفها على بقاء العقد و أنما على فعاليته و نفاذه .

تبدو التشريعات التي نظمت بعض عقود الأعمال واضحة بشأن إثبات هذه العقود بالكتابة ، مما أثر على مبدأ حرية الإثبات الذي تقوم عليها الحياة التجارية (**المطلب الأول**) كما يؤثر تخلف شكلية إثبات وشهر عقود الأعمال على فعاليتها و نفاذها (**المطلب الثاني**) .

### المطلب الأول

### أثر شكلية الكتابة في عقود الأعمال على مبدأ حرية الإثبات في المواد التجارية

ظهرت عقود الأعمال نتيجة لاتساع التبادلات التجارية و الحاجة إلى مسايرة انفتاح التعامل في إطار التجارة الخارجية ، التي تعجز العقود الكلاسيكية عن مسايرته ، فهي عقود نابعة من بيئة الأعمال التي تضم كل أنواع التعاقدات الحديثة الخاضعة لقانون الأعمال ، و على هذا الأساس تخضع عقود الأعمال لمبادئ القانون التجاري لاسيما مبدأي السرعة و الائتمان ، و يعتبر خضوعها لمبدأ الإثبات بالكتابة استثناءا على مبدأ حرية الإثبات الذي تتسم بها الحياة التجارية (**الفرع الأول**) .

تعتبر الكتابة أهم وسائل الإثبات ، حيث يثبت بها جميع الوقائع القانونية مادية كانت أو تصرفات قانونية ، كما أنها تعتبر مهمة لإثبات العقود التي تتعلق بالمشاريع الضخمة باعتبار أنها دليل يعد مقدما على

وجود النزاع ، لاسيما في عقود الأعمال حيث يتلاءم تطلب المحرر المكتوب مع أهمية هذه العقود و منازعاتها الكثيرة التي تتطلب أن تكون عناصر العقد و شروطه مفرغة في محرر مكتوب معد مسبقا تحسبا لأي نزاعات وهو ما يبرر خروج عقود الأعمال عن مبدأ الإثبات الحر (**الفرع الثاني** ).

## الفرع الأول

## استثناء عقود الأعمال من مبدأ حرية الإثبات في المواد التجارية

مبدأ حرية الإثبات في المواد التجارية هو أصل و ليس استثناء ، و قد كرسته كل التشريعات ، ومن بينها التشريع الجزائري حيث نص عليه صراحة بموجب المادة 30 من القانون التجاري : " **يثبت كل عقد تجاري : بسندات رسمية ، بسندات عرفية ، بفاتورة مقبولة ، بالرسائل ، بدفاتر الطرفين ، بالإثبات بالبينة أو بأية وسيلة أخرى إذا رأت المحكمة وجوب قبولها** " .

يتعلق مبدأ حرية الإثبات بالتصرفات القانونية التي تثبت لها الصفة التجارية ، و لقد حدد المشرع ما يعد عملا تجاريا بصفة أصلية ، فضلا عن تبني المشرع نظرية الأعمال التجارية بالتبعية ، بإقراره قرينة تجارية العمل وبذلك يكون قد وسع من دائرة تطبيق مبدأ الإثبات الحر[1] (**أولا**) ، و رتب عليه نتائج قانونية هامة (**ثانيا**) .

### أولا : نطاق تطبيق مبدأ حرية الإثبات

رسخت المادة 333 من القانون المدني [2] مبدأ حرية الإثبات في المواد التجارية من خلال استثناء المواد التجارية من نطاق تطبيقها ، و بالتالي تطبق على المواد التجارية المادة 30 من القانون التجاري التي نص فيها المشرع صراحة على مبدأ حرية الإثبات في المواد التجارية .

---

[1]- بقداد كمال ، حرية الإثبات في المادة التجارية ، **مجلة القانون** ، جامعة غليزان ، الجزائر ، العدد الثالث ، جوان 2012 ، ص 68 .

[2]- تنص المادة 333 من القانون المدني الجزائري على : " **في غير المواد التجارية إذا كان التصرف القانوني تزيد قيمته عن 100.000 دينار جزائري أو كان غير محدد القيمة ، فلا يجوز الإثبات بالشهود في وجوده أو انقضائه ما لم يوجد نص يقضي بغير ذلك** ".

و قد صنف المشرع ضمن القانون التجاري الأعمال التجارية ضمن ثلاث تقسيمات ، فمنها ما يعد عملا تجاريا أصليا ، وما يعد عملا تجاريا بالتبعية ، بالإضافة إلى الأعمال التجارية بحسب الشكل ، و من ثم لا يخضع لقاعدة الإثبات الحر التصرف المعتبر عملا مدنيا حتى لو كان طرفاه تجارا ، بينما تطبق هذه القاعدة متى كان المتعاقدين تاجرين و بصدد أعمال تجارية ، أما إذا كان العمل مختلطا، فإن تطبيق قاعدة الإثبات الحر يتم بالنظر إلى الطرف الذي يراد تقديم الدليل ضده[1].

و بالتالي فإن تطبيق هذه القاعدة يتوقف على طبيعة العمل وصفة الخصم المراد الإثبات في مواجهته مهما كانت الجهة المعروض النزاع عليها [2] ، فالمشرع الجزائري اعتمد على المعيارين الشخصي و الموضوعي لتحديد نطاق تطبيق القانون التجاري ، لما نص في مادته الأولى على تعريف التاجر ، و عدد في مادته الثانية الأعمال التجارية ، و لكن هذه الأعمال لم ترد على سبيل الحصر ، لذلك يمكن إضافة كل عمل تتوفر فيه المعايير التي اعتمدها المشرع لتحديد العمل التجاري و تمييزه عن العمل المدني [3].

و قد اختلفت المعايير التي يتم على أساسها التمييز بين العمل التجاري العمل المدني ، وبالرجوع إلى القانون التجاري نجد أن المشرع الجزائري لم يأخذ بمعيار واحد ، ففي نص المادة الثانية أخذ بنظرية التداول بخصوص أعمال السمسرة و الوساطة و الوكالة بالعمولة و عمليات الصرف ، بينما أخذ بنظرية المضاربة فيما يخص أعمال الشراء من أجل إعادة البيع قصد الربح ، وبالنسبة للمقاولات التجارية أخذ بنظرية المقاولات ، لذلك اعتبر العمل تجاريا متى توفر فيه أحد المعايير الثلاثة ، المضاربة أو التداول أو المقاولة كما قد تجتمع هذه المعايير الثلاثة في عمل واحد [4] .

[1]- بقداد كمال ، المرجع السابق ، ص 68.

[2]- نفس المرجع ، نفس الصفحة .

[3] – الموسوس عتو ، **محاضرات في القانون التجاري** ، موجه لطلبة السنة ثانية جذع مشترك ، جامعة غليزان ، 2021 ، 2022 ، ص 15.

[4] – نفس المرجع ، ص 18.

على أنه لا تحتاج الأعمال التجارية بحسب الشكل لأي من تلك المعايير كون المشرع اعتبرها تجارية انطلاقا من كونها يجب أن تفرغ في شكل معين ، فهي تعتبر أعمالا تجارية بمجرد توفر الشروط الشكلية التي يتطلبها القانون بغض النظر عن صفة القائم بها سواء كان تاجرا أم لا ، وبغض النظر عن طبيعة العمل التي أجريت بمناسبته سواء كان تجاريا أو مدنيا ، و قد حدد المشرع الجزائري ضمن المادة 4 من القانون التجاري الأعمال التجارية بحسب الشكل و هي : تأسيس الشركات التجارية ، السفتجة ، وكالات و مكاتب الأعمال مهما كان هدفها ، العمليات المتعلقة بالمحلات التجارية ، العقود التجارية المتعلقة بالتجارة البحرية و الجوية [1].

من جهة أخرى تعتبر الأعمال التجارية بالتبعية تجارية رغم أنها في الأصل هي أعمال مدنية لا تهدف إلى تحقيق الربح ، بل هي أعمال استهلاكية ، لكنها اعتبرت تجارية لأنها تمت بمناسبة مباشرة التاجر لحرفته التجارية ، فالمشرع اعتمد على معيار الحرفة التجارية في نص المادة الرابعة من القانون التجاري لإضفاء الصفة التجارية على الأعمال التي يباشرها التاجر و كانت مرتبطة و ضرورية لنشاطه التجاري [2].

قد يكون العمل ذو طبيعة مزدوجة فيكون مدنيا بالنسبة لأحد الأطراف و تجاريا بالنسبة للطرف الآخر ، فيسمى عملا تجاريا مختلطا ، فهو ليس نوعا جديدا من الأعمال التجارية ، بل هو ذلك العمل الذي يقوم به التاجر بمناسبة تجارته و يكون طرفه الآخر شخصا غير تاجر [3].

و قد أثارت الأعمال المختلطة إشكالية تتعلق بتحديد النظام القانوني الذي تخضع له ، و بالنسبة لتطبيق قاعدة الإثبات الحر فإنه يتم بالنظر إلى الطرف الذي يراد تقديم الدليل ضده ، أي أن غير التاجر

[1] – نجيم أهتوت ، **الوجيز في القانون التجاري** ، الطبعة الأولى ، المغرب ، 2020 ، ص 46.

[2] – الموسوس عتو ، المرجع السابق ، ص 18.

[3] – نجيم أهتوت ، المرجع السابق ، ص 52.

يجوز له أن يثبت العمل أو التصرف في مواجهة التاجر بجميع وسائل الإثبات ، مستفيدا من مبدأ حرية الإثبات ، بينما لا يستطيع التاجر إثبات التصرف في مواجهة غير التاجر إلا بإتباع قواعد الإثبات المدنية[1].

إن تكريس مبدأ الإثبات الحر في القانون التجاري يتماشى مع طبيعة البيئة التجارية التي تقوم على مبدأي السرعة و الائتمان [2]، عكس الأعمال المدنية التي تتصف بالبطء ، و التي تتطلب شروط موضوعية عامة وخاصة تحمي مصالح الأطراف ، بالإضافة إلى الإجراءات الشكلية المعقدة و المتشعبة و التي تستغرق وقتا طويلا يتعارض مع مصلحة التاجر الذي يهمه انجاز العمليات التجارية و تحقيق الربح بأقصى سرعة مع الحصول على ضمانات تحميه من التهرب و الاحتيال [3].

حيث يعتبر الائتمان في الميدان التجاري ضرورة حتمية دعت إليها قاعدة السرعة ، بالنظر إلى الاضطراب الذي يحدث في السوق نتيجة إخلال أحد التجار بالتزاماته ، مما استدعى تقرير جزاءات صارمة لحماية قاعدة الائتمان في القانون التجاري عن طريق قسوة قانون الصرف و شدة نظام الإفلاس ،بالإضافة إلى تقرير أحكام الإثبات الحر التي تتماشى مع قاعدة السرعة و الائتمان [4] .

و نظرا لاعتبارات اقتصادية استثنى من نطاق تطبيق هذا المذهب بعض العقود التجارية نظرا لقيمتها المالية و أهميتها للبيئة التجارية و للاقتصاد الوطني ، فنص على وجوب إثباتها بالكتابة ،كما اشترط الكتابة

---

[1] – نفس المرجع ، ص 54.

[2]– دحماني محمد الصغير ، مدى تطبيق "مبدأ حرية الإثبات " في المواد التجارية والبحرية ، **مجلة قانون النقل والنشاطات الميدانية** ، جامعة امحمد بن احمد وهران2 ، الجزائر ، المجلد 01 العدد 01 ، السنة 2014 ، ص 36.

[3] – بن النية أيوب ، الإثبات في المسائل التجارية ، **مذكرة ماجستير تخصص قانون أعمال** ، جامعة قسنطينة ، 2014/2013 ، ص 91،92.

[4] – الموسوس عتو ، المرجع السابق ، ص 11.

لصحة بعض العقود في القانون التجاري و في هذه الحالة لا يجوز الإثبات إلا بالكتابة ، و لا يقبل إثبات عكس مضمون الكتابة إلا بالكتابة [1].

كما يمكن للأطراف المتعاقدة الاتفاق فيما بينهم على إثبات التصرفات ذات الصفة التجارية فيما بينهم بالكتابة ، و بالتالي يوقف هذا الاتفاق مبدأ الإثبات الحر ، فقاعدة حرية الإثبات في المواد التجارية مقررة لمصلحة الأطراف لذلك يجوز لهم التنازل عنها صراحة أو ضمنا مادامت لا تتعلق بالنظام العام ، و هذا الاتجاه سار عليه الفقه و القضاء الفرنسي ، حيث أجاز الاتفاق على مخالفة قاعدة الإثبات الحر في التصرفات التجارية [2].

**ثانيا : نتائج مبدأ حرية الإثبات :**

يترتب على مبدأ الإثبات الحر نتائج قانونية هامة تتمثل في :

1/ يقر القانون التجاري صراحة للتاجر إثبات حقه بواسطة دفاتره التجارية[3]، و بذلك يكون قد خالف المبدأ العام الذي يقضي بعدم جواز اصطناع الشخص دليلا لنفسه ، و قد قيد قبول الدفاتر التجارية في الإثبات بشروط معينة تختلف بحسب ما إذا كان هذا الإثبات في مواجهة تاجر أو شخص غير تاجر،ونص على عدم جواز تجزئة ما ورد في الدفاتر التجارية من بيانات عند استعمالها كدليل [4].

2/ طبقا للقواعد العامة لا يجوز إلزام شخص بتقديم دليل ضد نفسه ، غير أن المشرع التجاري وبموجب المادة 330 من القانون المدني أجاز لخصم التاجر مهما كانت صفته سواء كان تاجرا أو غير تاجر أن

---

[1]- بقداد كمال ، المرجع السابق ، ص 70.

[2]- ابراهيم سيد أحمد ، **العقود والشركات التجارية** ، الطبعة الأولى ، دار الجامعة الجديدة للنشر ، الإسكندرية ، مصر ، 1999،ص 11.

[3]- تنص المادة 330 من القانون المدني : " **دفاتر التجار لا تكون حجة على غير التاجر ، غير أن هذه الدفاتر عندما تتضمن بيانات تتعلق بتوريدات قام بها التجار ، يجوز للقاضي توجيه اليمين المتممة إلى أحد الطرفين فيما يكون إثباته بالبينة ،و تكون دفاتر التجار منتظمة فلا يجوز توجيه اليمين المتممة إلى أحد الطرفين فيما يكون إثباته بالبينة ...**"

[4]- لحاق عيسى ، زروق مروان ،النظام القانوني للعقود التجارية ، **مجلة الحقوق و العلوم الانسانية** ، جامعة زيان عاشور الجلفة ، الجزائر العدد الاقتصادي (30) 2 ، 2015/8/1، ص 423.

يتمسك بما قيده خصمه التاجر في دفاتره سواء كان الدين مدنيا أو تجاريا ، حيث اعتبر ما ورد في دفاتر التاجر بمثابة إقرار منه بوقوع تلك العمليات ، كما أنه و خروجا عن مبدأ حياد القاضي، يجوز للقاضي أن يطلب من التاجر تقديم دفاتره من تلقاء نفسه ليستخلص منها دليلا في النزاع ذا الطبيعة التجارية [1].

3/ من النتائج التي تترتب على مبدأ الإثبات الحر أنه يجوز إثبات عكس ما اشتمل عليه دليل كتابي وإثبات ما يجاوز هذا الدليل بكافة الطرق و ذلك في غير الحالات التي يوجب فيها المشرع بالكتابة في المواد التجارية[2].

4/ خلافا لما نصت عليه المادة 328 من القانون المدني فيما يتعلق بحجية العقد العرفي على الغير ، فإنه يجوز الاحتجاج في مواجهة الغير بالمحررات العرفية حتى و لو لم تكن ثابتة التاريخ في المعاملات التجارية، ما لم يشترط القانون ثبوت التاريخ ، ويعتبر هذا التاريخ صحيحا حتى يثبت العكس [3].

## الفرع الثاني

## تبرير استثناء عقود الأعمال من مبدأ حرية الإثبات في المواد التجارية

لقد رأينا سابقا أن التشريعات التي نظمت بعض عقود الأعمال نصت على وجوب تحرير هذه العقود في شكل كتابي ، وذلك لما توفره الكتابة من مزايا بالنسبة لهذا النوع من العقود التي تتطلب مدة زمنية طويلة لإبرامها وتنفيذها ، فلا نتصور أن عقود مثل عقود الأعمال التي تتصف بأنها عقود تتعلق بمشاريع ضخمة و أن إبرامها و تنفيذها قد يصطدم بالعديد من النزاعات تثبت بغير الكتابة .

إن استثناء عقود الأعمال من مبدأ الإثبات الحر في المواد التجارية يتعلق بأهمية الكتابة كوسيلة إثبات من جهة (**أولا**)، و بطبيعة هذه العقود من جهة أخرى (**ثانيا** ).

---

[1] – بقداد كمال ، المرجع السابق ، ص

[2]– لحاق عيسى ، زروق مروان ، المرجع السابق ، ص 423.

[3]– نفس المرجع ، نفس الصفحة .

**أولا : أهمية الكتابة كدليل إثبات :**

يرجع اشتراط التشريعات الكتابة لإثبات بعض عقود الأعمال إلى ما تتمتع به الكتابة في الوقت الحاضر من أهمية تجعلها تحتل مركز الصدارة عن باقي أدلة الإثبات ، بالنظر إلى قوتها المطلقة في إثبات التصرفات القانونية و الوقائع المادية ، فضلا عن سهولة و يسر إعداد الدليل الكتابي بسبب تقدم وتطور وسائل الكتابة و أدواتها و أساليبها .

**أ/ الحجية المطلقة للكتابة كدليل إثبات :**

بعد تراجع دور البينة في إثبات الحقوق بسبب عيوبها التي تتعلق بنسيان الشاهد ، أو تعرضه لضغط يؤثر على شهادته ، بالإضافة إلى عدم استيعاب الشهادة لكافة التفاصيل لاسيما إذا مضى عليها وقت طويل ، و قوتها المحدودة في إثبات التصرفات و الوقائع القانونية [1] ، ظهر دور المحررات كوسيلة هامة لإثبات الحقوق بسبب ما تتمتع به من حجية مطلقة في الإثبات،سواء كانت هذه المحررات رسمية أو عرفية.

**1/ حجية المحررات الرسمية كدليل إثبات :**

تتمتع المحررات الرسمية بحجية مطلقة كدليل إثبات ما لم يطعن فيها بالتزوير، و هو ما يظهر من خلال نص المادة 324 مكرر 5 من القانون المدني الجزائري المعدلة بموجب القانون رقم 10/05[2]:"**يعتبر ما ورد في العقد الرسمي حجة حتى يثبت تزويره ، ويعتبر نافذا في كامل التراب الوطني** " .

[1]- ميثاق طالب عبد حمادي ، نهى خالد عيسى ، حدود مبدأ حرية الإثبات في المسائل التجارية (دراسة مقارنة ) ، **مجلة العلوم الاجتماعية** جامعة عمار ثليجي الأغواط ، الجزائر ، المجلد 06 عدد05 سنة 2019، ص 285،286.

[2]- القانون رقم 10/05 المؤرخ في 20 جوان 2005 ، **الجريدة الرسمية** عدد 44 الصادرة بتاريخ 26 جوان 2005، يعدل و يتمم الأمر رقم 58/75 الذي يتضمن القانون المدني الجزائري.

إن هذه الحجية المنصوص عليها في المادة لا تخص أطراف العقد فقط و إنما تشمل الغير أيضا ، كما أنه يعتبر حجة بما دون فيه من بيانات ، حيث نصت المادة 324 مكرر 07 من القانون المدني الجزائري على : " **يعتبر العقد الرسمي حجة فيما بين الأطراف و لو لم يعبر فيه إلا ببيانات على سبيل الإشارة شريطة أن يكون لذلك علاقة مباشرة مع الإجراء** " .

و نصت المادة 324 مكرر 06 فقرة 01 من القانون المدني الجزائري على أنه : " **يعتبر العقد الرسمي حجة لمحتوى الاتفاق المبرم بين الأطراف المتعاقدة وورثتهم و ذوي الشأن** " ، مما يدل على أن المحرر الرسمي حجة على الأطراف و ورثتهم و خلفهم الخاص و العام .

توحي النصوص أعلاه بأن المحرر الرسمي له دور هام في إثبات الحقوق فهو لا يعد حجة على طرفيه وخلفهم فقط و إنما يعتبر حجة على الغير كذلك ، لذلك يمكننا أن نتطرق إلى المحرر الرسمي من حيث تعريفه ، و شروط صحته .

**1-1تعريف المحررات الرسمية :**

تنص المادة 324 من القانون المدني الجزائري على : "**العقد الرسمي عقد يثبت فيه موظف أو ضابط عمومي أو شخص مكلف بخدمة عامة ما تم لديه ، أو ما تلقاه من ذوي الشأن و ذلك طبقا للأشكال القانونية و في حدود سلطته و اختصاصه** " ، وقد كانت قبل التعديل تقضي بأن الورقة الرسمية هي تلك : " **التي يثبت فيها موظف عام أو شخص مكلف بخدمة عامة ما تم لديه أو ما تلقاه من ذوي الشأن و ذلك طبقا للأوضاع القانونية وفي حدود سلطته و اختصاصه**".

الواقع أن هذا التعديل يتماشى مع التعديلات التي سنها في مجال خوصصة بعض المهن كمهنة التوثيق ، لكن استخدام لفظ "الورقة" بدلا عن لفظ "العقد "كان في غير محله ، فمصطلح العقد يقصد به في الأصل كل تصرف قانوني يتم بتوافق إرادتين بغض النظر عن وسيلة إثباته ، والورقة أو المحرر الذي يحرره

الموظف هو مستند ذلك الاتفاق القائم بين المتعاقدين ، وعليه كان من الصائب لو حافظ المشرع على لفظ الورقة أو على الأقل استبدلها بلفظ المحرر [1] لأن هذا المصطلح أدق من مدلول الورقة ، كما أن لفظ الورقة لا يعبر عن جوهر الإثبات بالكتابة [2].

### 1-2شروط صحة المحرر الرسمي :

يتطلب القانون لصحة المحرر الرسمي المعد للإثبات توفر ثلاثة شروط تتمثل فيما يلي :

**الشرط الأول :صدور المحرر من موظف عام أو شخص مكلف بخدمة عامة أو ضابط عمومي :**

**– الموظف العام** : لقد عرف المشرع الجزائري الموظف بموجب نص المادة 04 من الأمر رقم 03/06 المتعلق بالقانون الأساسي للوظيفة العمومية [3] على أنه : "**كل عون عين في وظيفة عمومية دائمة ورسم في السلم الإداري** "، كما أطلق تسمية موظف على كل عامل ثبت في منصب عمله بعد انتهاء مدته التجريبية و ذلك بنص المادة 05 من المرسوم رقم 59/85 المتضمن القانون الأساسي النموذجي لعمال المؤسسات و الإدارات العمومية [4].

و عليه يعتبر موظفا عاما كل من يشغل منصبا دائما في مصلحة عمومية و تكون له وضعية تنظيمية وليست عقدية ، و لا فرق إن كان موظفا في إحدى الإدارات الرئيسية للدولة أو إحدى الهيئات المحلية أو

---

[1]- يحياوي يوسف ، المرجع السابق، ص 14،15.

[2]- عصام أنور سليم ، **النظرية العامة للإثبات في المواد المدنية والتجارية** ، الطبعة الأولى ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، لبنان 2010 ، ص 136 .

[3]- الأمر رقم 03/06 المؤرخ في 2006/06/15 المتعلق بالقانون الأساسي للوظيفة العمومية ، **الجريدة الرسمية** عدد 46 الصادرة بتاريخ 16 جويلية 2006.

[4]- المرسوم التنفيذي رقم 59/85 المؤرخ في 23 /1985/03 المتضمن القانون النموذجي لعمال المؤسسات و الإدارات العمومية ، **الجريدة الرسمية** عدد 13 ، الصادرة بتاريخ 1985/03/24 .

المؤسسات العامة ، كموظفي المجالس البلدية أو موظفي الجامعات و كذا مختلف المصالح كمصلحتي السكك الحديدية أو البريد مثلا [1].

– **الضابط العمومي** : الضابط العمومي هو كل شخص يخول له القانون سلطة التصديق و إضفاء الرسمية على العقود أو الوثائق ، على أن تكون له مؤهلات قانونية تسمح له بذلك ، فتسند إليه مهمة تسيير مكتب عمومي لحسابه الخاص و تحت مسؤوليته و يتقاضى أجره من ذوي الشأن، كالموثق الذي عرفته المادة 03 من القانون رقم 02/06 المتضمن تنظيم مهنة التوثيق في الجزائر [2] على أنه : "**الموثق ضابط عمومي مفوض من قبل السلطة العمومية ، يتولى تحرير العقود التي يشترط فيها القانون الصيغة الرسمية ، وكذا العقود التي يرغب الأطراف إعطاءها هذه الصيغة** ".

و كذلك المحضر القضائي في الجزائر الذي عرفته المادة 04 من القانون رقم 03/06 المتضمن تنظيم مهنة المحضر القضائي[3] على أنه : " **ضابط عمومي مفوض من قبل السلطة العمومية يتولى تسيير مكتب عمومي لحسابه الخاص و تحت مسؤوليته ...**" .

– **المكلف بخدمة عامة** : هو كل شخص كلفته الدولة بتقديم خدمة عامة سواء كان خاضعا لقانون الوظيف العمومي أم لا ، و سواء كان مأجورا أم غير مأجور[4]، فيعتبر مكلفا بالخدمة العامة كل الأشخاص الذين يمارسون نشاطات تتعلق بتسيير المرافق العامة مثل ضباط الحالة المدنية الذين عرفتهم المادة الأولى من

[1]– يحياوي يوسف ، المرجع السابق ، ص 16 .

[2]– القانون رقم 02/06 المؤرخ في 2006/02/20 المتضمن تنظيم مهنة التوثيق ، **الجريدة الرسمية** عدد14 الصادرة بتاريخ 08 مارس 2006.

[3]– القانون رقم 03/06 المؤرخ في 2006/02/20 المتضمن تنظيم مهنة المحضر القضائي ، **الجريدة الرسمية** عدد14 الصادرة بتاريخ 08 مارس 2006.

[4]– رقية سكيل ، **محاضرات في مادة طرق الإثبات** ، السنة الثالثة حقوق تخصص القانون الخاص ، كلية الحقوق و العلوم السياسية ، جامعة حسيبة بن بوعلي ، بالشلف ، السنة الجامعية 2020/2019 ، ص 28 .

الأمر رقم 20/70 المتعلق بالحالة المدنية [1] و التي تنص على أنه : " **ضباط الحالة المدنية يتمثلون في رئيس المجلس الشعبي البلدي ونوابه ، و في الخارج رؤساء البعثات الدبلوماسية المشرفون على دائرة قنصلية و رؤساء المراكز القنصلية** " [2].

كما يعتبر مكلفا بالخدمة العامة ، الخواص الذين يساهمون في تسيير بعض المرافق العمومية كالموثقين والمحضرين و المحامين و الخبراء والمترجمين ، بغض النظر عن كونهم غير مأجورين حيث تتولى الدولة تنظيم هذه المهن عن طرق تحديد شروطها و كيفيات ممارستها [3].

**الشرط الثاني : مراعاة الأشكال القانونية :**

يلزم القانون على الموظف أو الضابط العمومي أو المكلف بالخدمة العامة مراعاة الأشكال القانونية في تحريرهم لما تم لديهم أو ما تلقوه من ذوي الشأن ، فلكل ورقة رسمية تضع التشريعات أشكالا تتمثل في قواعد وإجراءات معينة خاصة بكل موظف أو مكلف بخدمة عامة يجب مراعاتها .

فقانون التوثيق السالف الذكر وضع أشكالا قانونية لا بد من مراعاتها في تحرير الورقة التوثيقية منها : أن يحرر العقد تحت طائلة البطلان باللغة العربية في نص واحد واضح تسهل قراءته و بدون اختصار أو بياض أو نقص ، كتابة التواريخ و المبالغ بالأحرف و الأرقام[4]، عدم الكشط أو الحشر في المحرر والمصادقة على الكلمات المشطوبة [5].

---

[1]- الأمر رقم 20/70 المؤرخ في19فيفري 1970، المتعلق بالحالة المدنية ، المعدل و المتمم بموجب القانون رقم 08/14 المؤرخ في 09 أوت 2014 ، **الجريدة الرسمية** عدد 49 الصادرة بتاريخ لسنة 2014..

[2]- زروق يوسف ، حجية وسائل الإثبات الحديثة ، **رسالة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه في القانون الخاص** ، جامعة تلمسان 2013/2012 ، ص 34 .

[3]- يحياوي يوسف ، المرجع سابق ، ص 18 .

[4]- المادة 26 من القانون رقم 02/06 المتضمن تنظيم مهنة التوثيق .

[5]- انظر المادة 27 من نفس القانون .

ضرورة تضمين العقد مجموعة من البيانات تتعلق ب ، اسم ولقب الموثق و مقر مكتبه ، اسم ولقب وموطن وصفة وتاريخ و مكان ولادة الأطراف و الشهود ، موضوع العقد ومكان وتاريخ إبرامه ، وكالات الأطراف المصادق عليها التي يجب أن تلحق بالأصل ، التنويه على تلاوة الموثق على الأطراف النصوص الجبائية ، والتشريع الخاص المعمول به ، توقيع الأطراف والموثق و الشهود و المترجم عند الاقتضاء[1].

هناك أشكال قانونية أخرى تتعلق بتصرفات قانونية معينة مثل العقود المعلنة عن ملكية عقارية التي ألزم المشرع أن يبين فيها الضابط العمومي طبيعة وحالات و مضمون و حدود العقارات و أسماء المالكين السابقين ، و عند الإمكان حصة و تاريخ التحويلات المتتالية [2].

تعتبر هذه الشروط ضرورية في كل محرر حتى تصبح له صفة الرسمية ، ففي حال تخلف هذه الشروط أو إحداها فقد المحرر صفته الرسمية و أصبح مجرد ورقة عرفية متى كان موقعا من قبل الأطراف[3].

كما يفقد العقد صفته الرسمية بسبب عدم كفاءة أو أهلية الضابط العمومي أو انعدام الشكل، ويصبح مجرد محرر عرفي بشرط أن يكون موقعا من قبل الأطراف ، وهو ما قضت به المادة 326 مكرر .

لكن السؤال المطروح هنا : ما مصير هذا المحرر إذا لم يوقع عليه كل الأطراف ، فهل يعتد به كورقة عرفية أم لا ؟ .

الراجح أن غياب التوقيع في المحرر العرفي يجعله غير صالح للإثبات ، لأن الأطراف وقعوا بناءا على اشتراك الأطراف الذين لم يوقعوا معهم في الالتزام [4].

[1]- المادة 29 من القانونر رقم 02/06 المتضمن تنظيم مهنة التوثيق.

[2]- أنظر المادة 324 مكرر 4 من القانون المدني الجزائري .

[3]- أنظر المادة 326 مكرر 2 من القانون المدني الجزائري .

[4]- زروق يوسف ، مرجع سابق ، ص 38 .

أما إذا كانت الكتابة الرسمية شرط لانعقاد العقد ، فإن تخلف الأشكال القانونية المطلوبة في المحرر تجعل منه باطلا ليس له أي قيمة [1].

**الشرط الثالث : الاختصاص**

لا يكفي أن تصدر الورقة الرسمية من موظف أو ضابط عمومي أو مكلف بالخدمة العامة ، بل لابد أن يكون هذا الشخص الذي صدرت منه الورقة الرسمية صاحب ولاية واختصاص ، فمثلا اختصاص ضابط الحالة المدنية في تحرير وثائق الحالة المدنية ، و كتاب الضبط في تحرير محاضر الجلسات ، والموثقين في تحرير العقود ، والقضاة في تحرير الأحكام و المحضرين القضائيين في تحرير محاضر التكليف الحضور والتبليغ ...[2].

كما يجب أن يكون الموظف العام أو الضابط العمومي أو المكلف بالخدمة العامة مختصا مكانيا في تحرير الرقة الرسمية بمعنى أن لا يتجاوز الحدود المكانية ، فمثلا الموثق يمتد اختصاصه لكامل التراب الوطني حسب المادة 02 من القانون رقم 02/06 المتضمن تنظيم مهنة التوثيق ، بينما المحضر القضائي يمتد اختصاصه إلى دائرة المجلس القضائي حسب المادة 02 من القانون 03/06 المتضمن تنظيم مهنة المحضر القضائي [3].

كما يجب أن يكون الموظف العام أو الضابط العمومي أو المكلف بخدمة عامة مزاولا لوظيفته وقت تحرير الورقة بصفة قانونية فلا يكون قد عزل أو تم تحويله أو تنزيله في الرتبة بحيث يفقد هذه الولاية أو الاختصاص ، كما يجب أن لا يمارس وظيفته وفق حظر قانوني[4].

---

[1]- نفس المرجع ، ص 39 .

[2]- رقية سكيل ، مرجع سابق ، ص 28 .

[3]- نفس المرجع ، نفس الصفحة .

[4]- زروق يوسف ، مرجع سابق ، ص 35 .

**2/حجية المحررات العرفية كدليل إثبات :**

هناك نوعين من المحررات العرفية ، نوع معد من أطرافه مسبقا ليكون دليل إثبات فيما قد يثور بينهم من نزاعات ، ونوع آخر لم يقصد من إعداده استعماله للإثبات لكن يمكن استخدامه لهذا الغرض ، أما بالنسبة للنوع الأول فقد وضعت له اغلب التشريعات شروطا و نظمت حجيته على النحو التالي :

تنص المادة 327 من القانون المدني الجزائري **على أنه : " يعتبر العقد العرفي صادرا ممن كتبه أو وقعه أو وضع عليه بصمة إصبعه ، مال م ينكر صراحة ما هو منسوب إليه أو ورثته أو خلفه فلا يطلب منهم الإنكار و يكفي أن يحلفوا يمينا بأنهم لا يعلمون أن الخط أو الإمضاء أو البصمة هي لمن تلقى منه هذا الحق".**

و عليه يعد المحرر العرفي حجة على من صدر منه و هو الذي وقع عليه بشرط أن يعترف صراحة بذلك ، أما إذا تم الإنكار تزول حجية المحرر العرفي مؤقتا إلى أن تتثبت المحكمة من هذا النفي عن طريق تحقيق الخطوط ، و كل ذلك لا يعني بالضرورة صحة البيانات الواردة في المحرر العرفي ، فقد يلحقه تزوير مادي بالتحريف أو بالإضافة أو الحذف ، و لكي يثبت الموقع ذلك عليه الادعاء بالتزوير أو نقض هذه البيانات بالطرق العادية للإثبات ، لاسيما الكتابة حيث لا يجوز إثبات ما يخالف الكتابة إلا بالكتابة [1].

أما بالنسبة للمحرر العرفي المصادق عليه من طرف موظف عام او ضابط عمومي فهو يأخذ قوة المحرر الرسمي ، و ذلك لإشهاد الموظف العمومي على توقيعات أطرافه و وضع ختم المصلحة التي ينتمي إليها وعلى من أراد أن ينكر نسبة التوقيع عليه أن يطعن فيه بالتزوير حيث لا يكفي إنكار التوقيع في هذه الحالة[2].

[1]- نفس المرجع ، ص 52،53.

[2]- محمد زهدور ، **الموجز في الطرق المدنية للإثبات في التشريع الجزائري** ، الطبعة الأولى ، الجزائر ، 1991، ص 35.

كما يكون المحرر العرفي حجة بالنسبة للغير إذا أمكن التثبت من صحتها بما دون فيها من بيانات بينما لا يكون التاريخ حجة على الغير إلا إذا كان ثابتا ، ويشترط في من يتمسك بثبوت التاريخ أن يكون حسن النية أي يجهل التصرف الذي يحتج بعدم ثبوت تاريخه و بالتالي لا يكون نافذا في مواجهته ، ويقصد بالغير بالنسبة للتاريخ كل شخص لم يشارك في إنشاء الورقة العرفية و لم يكن طرفا فيها و لا ممثلا فيها كالخلف العام والدائن العادي[1] .

و قد نص المشرع الجزائري بموجب المادة 328 من القانون المدني الجزائري على أن العقد العرفي لا يكون حجة على الغير في تاريخه إلا من أن يكون له تاريخ ثابت ، ويكون تاريخ العقد ثابتا ابتداء :

- من يوم تسجيله.
- من يوم ثبوت مضمونه في عقد آخر .
- من يوم التأشير عليه على يد ضابط عام مختص .
- من يوم وفاة احد الذين وقعوا عليه.

**ب/ تأثير تطور وسائل الكتابة على أهميتها كدليل إثبات :**

لقد أثر تطور وسائل الاتصال الحديثة على القواعد العامة المنظمة للإثبات و على العقود التي أصبحت تبرم عن بعد بسهولة و يسر ، بحيث أدى إلى ظهور نمط جديد من الكتابة تنفذ عبر وسائط الكترونية بدءا بجهاز التلكس والفاكس وصولا إلى شبكة الانترنت و وسائلها المتطورة ، تسمى بالكتابة الالكترونية ، فما مدى حجية هذه الكتابة في إثبات التصرفات القانونية ؟ ، وما هي عناصر المحرر الالكتروني حتى يكون صالحا لاستعماله كدليل إثبات ؟ .

[1]- زروق يوسف ، المرجع السابق ، ص 53.

**1/ حجية المحرر الالكتروني كدليل إثبات :**

لقد نص المشرع الجزائري في المادة 323 مكرر من القانون المدني الجزائري على أنه : " **يعتبر الإثبات بالكتابة في الشكل الالكتروني كالإثبات بالكتابة على الورق بشرط إمكانية التأكد من هوية الشخص الذي أصدرها و أن تكون معدو و محفوظة في ظروف تضمن سلامتها** " ، و أضاف بموجب المادة 327 مكرر 1 من القانون المدني الجزائري أنه : "**يعتد بالتوقيع الالكتروني وفق الشروط المذكورة في المادة مكرر1** " .

وعلى هذا الأساس يكون المشرع قد اعترف بأن للكتابة الالكترونية لها نفس حجية الكتابة التقليدية بشرط إمكانية التأكد من هوية مصدرها ، و أن يكون قد تم تدوينها وحفظها قد تم في ظروف تدعو إلى الثقة ، وتطبق نفس الشروط على التوقيع الالكتروني باعتباره من أهم الشروط لاكتساب المحرر الالكتروني الحجية القانونية للاعتداد به كدليل إثبات .

2/ **عناصر المحرر الالكتروني :**

تعتبر المحررات الالكترونية كالمحررات التقليدية من حيث ضرورة توفر ثلاث عناصر أساسية حتى يكون صالحا لاستعماله كدليل إثبات هي : الكتابة الالكترونية ، التوقيع الالكتروني ، الدعامة الالكترونية التي تدون فيها الكتابة الالكترونية .

**2-1 الكتابة الالكترونية :**

يقصد بالكتابة كل الرموز التي تعبر عن الفكر أو القول ، مهما كانت الدعامة التي تستند عليها فقد تكون ورقا أو خشبا أو جلدا ، أو أي وسيط آخر قادر على نقلها ، و بأي لغة كتبت تلك الرموز سواء بلغة أجنبية أو محلية ، وسواء كتبت بخط الموقع على الورقة أو بخط غيره[1].

كذلك بالرجوع إلى ما نصت عليه المادة 323 مكرر من القانون المدني الجزائري نجد أن المشرع أدخل في مفهوم الكتابة ، كل تدوين للحروف أو الأرقام و العلامات ، وكل إشارة أو رمز يكون لها دلالة تعبيرية واضحة ومفهومة ، مهما كانت الدعامة التي تستعمل في إنشائها ، ومهما كانت الوسائط التي تستخدم لنقلها.

و على هذا الأساس يمكن تعريف الكتابة الالكترونية بأنها مجموعة الرموز أو الأرقام أو الحروف ، و التي تصاغ بطريقة معينة باستعمال وسائل الكترونية للتعبير عن القول أو الفعل أو الفكر [2].

### 2-2 التوقيع الالكتروني :

يمكن تعريف التوقيع على أنه كل إشارة خطية متميزة خاصة بالشخص الذي صدرت عنه و الذي يستعملها بصورة معتادة للإعلان عن اسمه و التعبير عن موافقته على بعض التصرفات القانونية ، و الذي قد يشمل الاسم الشخصي أو الاسم العائلي أو هما معا [3].

---

[1]- سمير حامد عبد العزيز الجمال ، **التعاقد عبر تقنيات الاتصال الحديثة ( دراسة مقارنة )** ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2006 ، ص 191 .

[2]- سليماني مصطفى ، وسائل الإثبات و حجيتها في عقود التجارة الالكترونية في التشريع الجزائري و المقارن ، **رسالة دكتوراه تخصص قانون عام معمق** ، جامعة أدرار ، 2020/2019، ص 94.

[3]- رايس محمد ، حجية الإثبات بالتوقيع الالكتروني طبقا لقواعد القانون المدني الجزائري الجديد ، **المجلة الجزائرية للقانون المقارن** جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان ، الجزائر ، العدد01 ، بدون سنة نشر ، ص 33 .

و في المجال الالكتروني يعتبر التوقيع مجموعة الإجراءات التقنية التي تسمح بتحديد شخصية من تصدر عنه هذه الإجراءات و قبوله بمضمون التصرف ، والتي تظهر في شكل بيانات تعطي في النهاية مفتاحا سريا خاصا بشخص معين ، و تكون هذه البيانات متميزة بحيث تسمح بتحديد الشخص الموقع[1].

**2-3 الدعامة الالكترونية :**

يحرر المستند الالكتروني على دعامات تختلف على الدعامات التقليدية ، تسمى بالدعامة الالكترونية و قد عرفها التوجيه الأوروبي الصادر بتاريخ 23 سبتمبر 2002 في المادة الثانية منه على أنها : " كل أداة تمكن المستهلك من تخزين المعلومات الموجه إليه شخصيا بطريقة تسهل عليه الرجوع إليها في المستقبل خلال فترة زمنية ملائمة للأغراض التي توختها المعلومات و التي تسمح بالاستنساخ المطابق لأصل المعلومات المخزنة " [2].

فالدعامة الورقية هي التي تجسد الوجود المادي للعقد التقليدي ، أما المستند الالكتروني فهو الذي يجسد عقود التجارة الالكترونية و الذي يجب أن يكون موقعا توقيعا الكترونيا حتى تكون له حجية عند تقديمه كدليل[3].

و بذلك نلاحظ أن استثناء إثبات عقود الأعمال له ما يبرره بالنظر إلى أن تأثير التطور التكنولوجي على إبرام العقود ، حيث أصبح يستحيل إبرام صفقات تجارية بين المتعاملين الاقتصاديين دون توثيقها بالاعتماد على سجلات الكترونية ، فضلا عن صلاحيتها لإثبات الحقوق مهما مر عليها الزمن ، حيث أن المحررات الالكترونية تبرم عبر دعامات لا تؤثر عليها عوامل الزمن .

---

[1]- نفس المرجع ، نفس الصفحة .

[2]- سليماني مصطفى ، المرجع السابق ، ص 98.

[3]-HANSE Oliver and SUSAN Dionne, The New Virtual Money-Law and Practice,Kluwer Law International Press, New York, 1999, p 159

**ثانيا : طبيعة عقود الأعمال تفرض إثباتها بالكتابة**

على الرغم من الدور الذي يؤديه مبدأ حرية الإثبات من تسيير إثبات المعاملات التجارية ، إلا أن التشريعات التي نظمت بعض عقود الأعمال فرضت تحرير هذه العقود بشكل كتابي باعتبار أن الكتابة تعتبر أكثر ملائمة لطبيعة هذه العقود و ذلك لعدة اعتبارات ، يمكن جمعها في النقاط التالية :

أ/ يرتبط استثناء عقود الأعمال من نطاق مبدأ حرية الإثبات لضرورات اقتصادية تقتضي إعلام الغير بوجود هذه العقود [1]، ففي ظل الدور الاقتصادي الهام الذي تؤديه هذه العقود ، لا نتصور إثبات الحقوق الناتجة عنها إلا كتابة ، وخاصة لما يتعلق العقد بتطوير الاستثمار و تشجيع التجارة الخارجية و هو ما تطرقنا لذلك سابقا .

ب/ تتلاءم الكتابة مع طبيعة عقود الأعمال التي تتسم بكثرة بنودها التي لا يمكن تركها بدون تدوين،فكثرة الالتزامات الناتجة عن الطبيعة المركبة لهذه العقود بالإضافة إلى تعدد الأطراف المشاركة فيها تقتضي كتابتها حتى يعلم كل طرف ما له من حقوق و ما عليه من التزامات [2].

ج/ في عقد الاعتماد الايجاري تكون الكتابة ضرورية من أجل إتمام إجراءات الشهر القانوني والمحاسبي ، إذ سيتعذر إتمام هذه الإجراءات ما لم يفرغ العقد في محرر مكتوب ، و حتى يمكن الاحتجاج بهذا العقد اتجاه الغير ، كما أن عقد الاعتماد الايجاري هو من العقود المستمرة عبر الزمن لذلك تعتبر الكتابة ضرورية لإثبات هذا العقد ، فالكتابة تسمح بالرجوع للبيانات التي يتضمنها هذا العقد على غرار البيانات التي تتعلق بالتعريف بطرفي العقد ، و التعريف بالأشياء و العقارات محل العقد ، و الأقساط التي يجب على

[1]- ميثاق طالب عبد حمادي ، نهى خالد عيسى ، المرجع السابق ، ص 285.

[2]- حوالف عبد الصمد ، المرجع السابق ، ص 69.

المستأجر التمويلي دفعها و الثمن الذي يجب عليه دفعه في نهاية مدة الإيجار إذا أراد شراء الأشياء المؤجرة و غير ذلك من البيانات التي لا يمكن حفظها إلا بالكتابة [1].

د/ تستغرق عقود الأعمال وقتا طويلا لإبرامها و تنفيذها و على هذا الأساس يكون للمتعاقدين متسع من الوقت لتحرير سند كتابي .

و/ يتلاءم تحرير عقد تحويل الفاتورة مع طبيعته باعتباره ورقة تجارية و أداة ائتمان حسب القانون التجاري الجزائري و على هذا الأساس لا يمكن إثبات البيانات الواردة فيه إلا كتابة .

هـ/ يكون الإثبات بالكتابة ضروريا بالنسبة للعقود التي تتسم بتشعب و تعقد إجراءاتها ، فكلما كان العقد يمر بإجراءات كثيرة و معقدة كانت النزاعات المرتبطة بإبرامه و تنفيذه كثيرة [2]، و ينطبق الأمر على عقود الأعمال التي تثير العديد من المنازعات المتعلقة أساسا بتفسير بنودها أو تلك المرتبطة و بتنفيذ الالتزامات الناجمة عنها ، والتي في الغالب ترتبط بمسائل فنية و تقنية ، حيث يلجأ أطرافها لتحصيل حقوقهم إما إلى القضاء أو إلى التحكيم ، لذلك تكون دائما بحاجة إلى تقديم الدليل الكتابي [3].

يمثل التحكيم أهمية كبيرة في مجال حل المنازعات الناشئة عن عقود الأعمال ، لكونها في الغالب عقود تجارية دولية ، تتطلب منازعاتها حسما سريعا بعيدا عن التعقيدات و الإجراءات الروتينية التي يقوم عليها القضاء ، لذلك أصبح اتفاق التحكيم بندا اعتياديا في عقود الأعمال[4] .

لقد نص المشرع الجزائري على ضرورة كتابة شرط التحكيم في العقد الأصلي أو في وثيقة مسبقة عنه كشرط إثبات و هذا ما ورد في المادة 1008 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية [1] بنصها على أنه "

---

[1]- نفس المرجع ، نفس الصفحة .

[2]- ميثاق طالب عبد حمادي ، نهى خالد عيسى ، المرجع السابق ، ص 285.

[3]- كمال فتحي دريس ، الاتفاق على التحكيم في منازعات عقود الأعمال ، **مقال ضمن كتاب جماعي حول عقود الأعمال** ،جامعة يحي فارس المدية ، الجزائر ، منشورات مخبر السيادة و العولمة، 2019، 2020، ص 476.

[4]- نفس المرجع ، ص 463 .

يثبت شرط التحكيم تحت طائلة البطلان بالكتابة في الاتفاقية الأصلية أو الوثيقة التي يستند إليها " ، كما نص بموجب المادة 1040 من نفس القانون بشأن تنظيم التحكيم التجاري الدولي على إثبات اتفاق التحكيم بالكتابة أو بأية وسيلة اتصال أخرى تجيز الإثبات بالكتابة ، و على هذا الأساس يكون إثبات البنود المتعلقة باتفاق التحكيم كطريق بديل لحل النزاعات المترتبة على عقود الأعمال لا تثبت إلا بالكتابة.

و في حقيقة الأمر أن الشكليات المطلوبة في عقود الأعمال لا تتعارض مع مبدأ حرية الإثبات ، بقدر ما هي وسيلة ضرورية لحماية أوضاع و مصالح الأطراف ، كما أن غياب الإجراءات الشكلية في الكثير من المعاملات التجارية يؤثر حتما على مرونة هذه المعاملات ، فتداخل المصالح اقتضى إتباع تلك الشكليات من أجل الحفاظ على الشفافية و الطمأنينة المطلوبة في ميدان الأعمال .

## المطلب الثاني

## آثار تخلف الشكلية في عقود الأعمال

لقد اشرنا سابقا إلى أن جزاء تخلف الشكلية غير المباشرة لا يؤثر على بقاء العقود و إنما على إثباتها ونفاذها ، حيث تتعلق مسألة عدم النفاذ بعدم سريان العقد اتجاه الغير ، حماية له من الأضرار التي قد تلحقه من جراء العقود التي لم يحترم أطرافها الإجراءات التي فرضها القانون ، باعتبار أن حماية الغير من أهم المبادئ التي تقوم عليها العدالة والقانون .

لقد رأينا سابقا أن المشرع الجزائري نص صراحة ضمن القانون رقم 06/96 المتعلق بالاعتماد الايجاري على شكلية كتابة و شهر عقد الاعتماد الايجاري و كذلك التشريعين الفرنسي و المصري ، كما أن التشريعات التي نظمت عقود نقل التكنولوجيا تطلبت شكلية الكتابة لإثبات عقد الفرانشيز ، و هي

[1] – القانون رقم 09/08 المؤرخ في 25 فيفري 2008 ، المتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية ، **الجريدة الرسمية** عدد 21 الصادرة بتاريخ 23 أفريل 2008.

شكليات غير مباشرة يؤثر تخلفها على نفاذ هذه العقود (**الفرع الأول**) ، كما يمكن أن يكون البطلان المطلق جزاء لتخلف الكتابة الرسمية التي فرضها المشرع لانعقاد عقد الاعتماد الايجاري العقاري (**الفرع الثاني**).

## الفرع الأول

## عدم النفاذ كجزاء على تخلف الشكلية غير المباشرة في عقود الأعمال

لقد ألزم المشرع الجزائري بموجب القانون رقم 09/96 المتعلق بالاعتماد الايجاري شهر عقد الاعتماد الايجاري دون أن يتطرق إلى الحكم أو الجزاء المقرر في حال عدم استيفاء هذا الإجراء ، مما يثير التساؤل حول فعالية عقد الاعتماد الايجاري و حجيته اتجاه الغير في غياب شهر هذا العقد ؟ .

بالرجوع إلى القواعد العامة نجد أن العقود التي أهملت الشكلية غير المباشرة تبقى صحيحة باعتبارها عقود رضائية من حيث الأصل ، إلا أنه لا تكون لها فعالية مطلقة و إنما فعالية نسبية من حيث النفاذ بحيث أن نفاذها يبقى مرهونا بالإقرار و عدم الإنكار ، و باعتبار أن عقود الأعمال تخضع إلى قواعد القانون المدني في غياب وجود نص خاص فإن جزاء تخلف إجراءات الشكلية غير المباشرة يترتب عليه عدم نفاذ هذه العقود ، فما المقصود بعدم النفاذ ؟ و ما هي الآثار المترتبة عليه ؟.

**أولا/ المقصود بعدم النفاذ :**

يعتبر عدم النفاذ صورة من صور الجزاء الذي يرتبه القانون في حال مخالفة قاعدة من قواعده ، و هو من أهم الجزاءات التي تلحق بالعقد في حال لم يستوفي بعض الإجراءات القانونية لاسيما ما يتعلق منها بالشكلية غير المباشرة ، لذلك نتطرق إلى تعريف عدم النفاذ ، ثم نقوم بتمييزه على باقي المفاهيم المشابهة له .

**أ/ تعريف عدم النفاذ :**

لقد ورد بشأن عدم النفاذ عدة تعريفات يمكن أن نستخلص منها التعريف التالي : هو عدم سريان آثار العقد في حق الغير مع بقائه منتجا لآثاره فيما بين طرفيه التصرف في حق الغير، ، فهو جزاء مقصور على غير المتعاقدين ، و رغم أنه يشبه البطلان إلا أنهما مختلفان من ناحية الأثر على المتعاقدان إذ يعتبر العقد كان لم يكن بالنسبة لهما في حال البطلان بينما لا يعتبر كذلك في حال النفاذ[1].

و قد اعتبر أنصار نظرية عدم النفاذ أن هذا الأخير هو جزاء يقوم بجانب البطلان ، بغض النظر عن ما إذا كان يشبهه أم لا ، فهم يعتبرون أن الغير هم الخلف الخاص و لا يقصد بهم الأجانب تماما عن العقد ، لأن أمر هؤلاء محكوم بالقاعدة العامة المتعلقة بنسبية أثر العقد و بالتالي هم غير معنيين بهذا الجزاء ، وعلى هذا الأساس يعتبر عدم النفاذ بالنسبة لهم هو عدم سريان العقد في حق الغير مع بقائه صحيحا بين المتعاقدين[2].

**ب/ تمييز عدم النفاذ عن المفاهيم التي تشبهه :**

يمكننا التمييز بين عدم النفاذ و غيره من المفاهيم التي تشبهه من خلال مقارنة بالبطلان أولا، ثم مقارنته بالعقد الموقوف .

**1/البطلان و عدم النفاذ :**

البطلان هو جزاء مدني يلحق العقود في حال تخلف أحد أركانها أو شروط صحتها[3]، و باعتبار أن البطلان جزاء يلحق آثار التصرف فإنه من المنطقي أن نقبل بالتسوية بينه و بين عدم النفاذ ، لكن هذا لا يعني إنكار أوجه الاختلاف بين المفهومين و التي تجعل من الصعب القبول بهذه التسوية [1].

[1]- يحياوي يوسف ، المرجع السابق ، ص 86 .

[2]- نفس المرجع ، نفس الصفحة .

[3]- مصطفى موسى العجارمة ، المرجع السابق ، ص 167 .

يختلف البطلان عن عدم النفاذ من عدة نواحي من بينها موضوع كل منهما ، فالبطلان يتعلق بعلة تلحق العقد في مرحلة إنشائه بينما يتعلق عدم النفاذ بآثار العقد .

لقد قسم الفقه الحديث البطلان إلى درجتين : البطلان المطلق و البطلان النسبي ، فيلحق البطلان المطلق العقد متى لم يستجمع أركانه كاملة مستوفية لشروطها ، فيرجع المتعاقدين إلى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد ، و لكل ذي مصلحة التمسك به و للمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها و ربما أصاب البطلان أحد شروط صحة الرضا فيكون بطلانا نسبيا ، يتوقف على إجازة من تقرر البطلان لمصلحته [2].

و على هذا الأساس يمكننا ملاحظة أن البطلان النسبي أقرب إلى عدم النفاذ من حيث الحق في التمسك بكل منهما ، فكما أن البطلان النسبي لا يتمسك به إلا من تقرر البطلان لمصلحته ، فكذلك حق التمسك بعدم النفاذ مقرر فقط لمن شرع لحمايته ، مع اختلاف صفة صاحب هذا الحق ، فعدم النفاذ مقرر لحماية شخص من غير المتعاقدين ، بينما البطلان النسبي يمس أحد أطراف العقد و هو الطرف الذي لحق إرادته أحد عيوب الرضا .

العقد الباطل بطلانا مطلقا يعتبر معدوما منذ نشأته لذلك لا تلحقه الإجازة ، أي أن المتعاقد لا يمكنه التنازل عن حقه في طلب إبطال العقد [3]، بينما يحق للمتعاقد الذي تقرر البطلان لمصلحته أن يجيز العقد الباطل بطلانا نسبيا ، أما عدم النفاذ فلا يصححه أحد المتعاقدين و إنما يتوقف الأمر على إجازة الغير صاحب المصلحة في العقد [4].

---

[1]- يحياوي يوسف ، المرجع السابق ، ص 90.

[2]- مصطفى موسى العجارمة ، المرجع السابق ، ص 167.

[3]- نفس المرجع ، ص 167 .

[4]- يحياوي يوسف ، المرجع السابق ، ص 91.

يتضح مما سبق أنه لا يمكن التسوية بين البطلان و عدم النفاذ ، و أن الاختلاف بينهما يتعلق بعدة نواحي ، غير أنهما يشتركان في كونهما يلحقان العقد في حال تخلف شكلية الإثبات ، حيث يعتبر عدم النفاذ جزاء أصلي في هذه الحالة و البطلان جزاء استثنائي كما سنرى لاحقا.

**2/ عدم النفاذ والعقد الموقوف :**

تعرف فكرة العقد الموقوف في بعض التشريعات العربية التي تعتمد على قواعد الفقه الإسلامي[1]، وهي فكرة تجتمع مع فكرة عدم النفاذ في عدم سريان العقد لسبب ما ، إلا أن الاختلاف بين الفكرتين يبقى واضحا ، فالعقد الموقوف لا يرتب أثرا لا بين المتعاقدين ولا بالنسبة للغير ، غير أنه يمكن تفعيل تلك الآثار بالإجازة فيصبح العقد نافذا بعدما كان موقوفا ، أما إذا لم يتم إجازته فإنه يصبح باطلا ، و هذا يدل على عدم استقرار العقد الموقوف ، و يجعله يقترب من عدم النفاذ بالنسبة لهذه الخاصية ، فكذلك عدم النفاذ في بعض صوره يبقى متأرجحا بين الصحة و البطلان في انتظار الإجازة [2].

**ثانيا : الآثار المترتبة على عدم النفاذ و مدى تطيقها على عقود الأعمال**

لا بد أن نشير إلى أنه إذا كان القانون صريحا بشأن الكتابة كدليل إثبات وحيد فالأمر هنا يتعلق بنفاذ العقد حتما ، أي أن نفاذه يظل محدودا ، كما أن مسألة إثباته صعبة جدا ، و قد اعتبر بعض الفقهاء أن العقد غير النافذ أو العقد الذي يتعذر إثباته يساويان العقد الباطل من الناحية العملية ، أما إذا لم يكن النص صريحا بشأن الكتابة كدليل إثبات فإن تخلف الشكلية المطلوبة للإثبات لا يعني انتفاء الحق و يبقى من الممكن إقامة الدليل على وجوده بوسيلة من وسائل الإثبات الأخرى [3].

[1]- مصطفى موسى العجارمة ، المرجع السابق ، ص 167.

[2]- يحياوي يوسف ، المرجع السابق ، ص 93.

[3]- المرجع السابق ، ص 71 ، 72.

تترتب على عدم النفاذ آثار عديدة نكتفي بدراسة ما يتعلق منها بموضوع تخلف شكلية الشهر، فنتطرق إلى آثار عدم النفاذ بالنسبة للغير و بالنسبة للمتعاقدين بالتركيز على عقد الاعتماد الايجاري.

**أ/ آثار عدم النفاذ بالنسبة للغير :**

تعتبر حماية الغير من أهم المبادئ التي يقوم عليها القانون ، ومن أجل ذلك يفرض على المتعاقدين إجراءات قانونية معينة يترتب على مخالفتها عدم نفاذ تصرفاتهم القانونية في حق غيرهم ، و يظهر اعتناق المشرع الجزائري لنظرية عدم النفاذ في حال تخلف الشكلية غير المباشرة في عدة مواضع من بينها عدم سريان عقد الاعتماد الايجاري في حق الغير في حال تخلف إجراءات الشهر التي نص عليها المشرع الجزائري بموجب القانون والتنظيم المتعلق بعقد الاعتماد الايجاري [1].

يمثل شهر عقد الاعتماد الايجاري حماية للغير المتعامل مع المستأجر التمويلي ، حيث يجنبه الوقوع أو الانخداع بالوضع الظاهر ، باعتباره حائزا للأصل المؤجر بمقتضى عقد الاعتماد الايجاري ، وبالتالي يساهم الشهر في تجنيب الغير أخذ صورة خاطئة حول يسار المستأجر التمويلي قبل التعاقد ، و بذلك يكون الشهر شرطا لنفاذ عقد الاعتماد الايجاري و الاحتجاج بعه في مواجهة الغير ، و بمفهوم المخالفة يترتب على تخلف الشهر عدم نفاذ عقد الاعتماد الايجاري في حق الغير[2] .

و ما يأخذ على المشرع الجزائري أنه لم ينص على الجزاء المترتب على تخلف الشهر ، في حين نجد المشرع الفرنسي نص على عدم نفاذ ملكية شركة الاعتماد الايجاري للمنقولات المؤجرة كجزاء في حال تخلف إجراءات الشهر ، إلا أنه قصر هذا الجزاء على عدم جواز الاحتجاج بحق الملكية في مواجهة دائني المستفيد

[1]- يحياوي يوسف ، المرجع السابق ، ص 94،95.

[2]- بن نوي صالح ، ضمانات تنفيذ عقد الاعتماد الايجاري للمنقولات ، **أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه** ، تخصص العقود والمسؤولية ،جامعة الجزائر 01 ، 2020،2021، ص 83.

أوفي مواجه خلفه الخاص الذي تلقى المنقول المؤجر بعوض ، أما في مواجهة غير هؤلاء تستطيع شركة الاعتماد الايجاري الاحتجاج بملكيتها مثل خلف المستفيد الذي تلقى عنه المنقول دون عوض [1] .

كما أضاف المشرع الفرنسي الجزاء الجبائي في حال مخالفة إجراءات الشهر بموجب القانون رقم 115/95 المؤرخ في 1995/02/04 الذي ألزم مؤسسات الاعتماد الايجاري احترام إجراءات الشهر القانوني من أجل الاستفادة من الإعفاءات القانونية [2].

أما عن جزاء تخلف إجراءات شهر عقد الاعتماد الايجاري العقاري فهو حرمان المؤسسة المالية من الاحتجاج بملكيتها على العقارات محل العقد في مواجهة الغير ، إلا إذا اثبت سوء نية هذا الأخير ، وهذا ما أخذ به المشرعين المصري و الفرنسي ، على اعتبار أن شهر الاعتماد الايجاري العقاري لا يعد ركنا من أركان العقد ، لذلك فتخلفه لا يؤدي إلى بطلان العقد بطلانا مطلقا ، و إنما يعد العقد صحيحا و يبقى منتجا لآثاره ويمكن شهره في كل وقت ، ويمكن الاحتجاج به على الغير اعتبارا من تاريخ شهره [3].

و يقصد بالغير هنا ، الخلف الخاص للمؤجر ، أي كل شخص تلقى حقا عينيا أصليا على العقار المؤجر كالمشتري من المؤجر ، وكل شخص له حق عيني تبعي على العقار المؤجر ، كما يشمل الغير هنا الدائنين العاديين للمؤجر ، ومن ثم فإن دائني المستأجر التمويلي ، لا يدخلون في وصف الغير ، وذلك عكس ما هو مقرر بشأن عقد الاعتماد الايجاري للمنقولات ، لأن الهدف من شهر هذا الأخير هو حماية المتعاملين مع المشروع المستأجر التمويلي من مظهر اليسار الذي توحي به حيازته للآلات أو المعدات المؤجرة [4].

---

[1]- عيسى بخيت ، المرجع السابق ، 80، 81.

[2]- Alain Cohein, le crédit bail immobilier et la réforme de 1995, 3eme édition, éditions Dalloz, 1996, paris , P 04 et 05.

[3]- شيخ ناجية ، الشكلية كقيد على الإرادة التعاقدية في عقد الاعتماد الايجاري ، **مداخلة من الملتقى الوطني حول مبدأ سلطان الإرادة في عقود الأعمال بين الحرية و التقييد** ، جامعة امحمد بوقرة بومرداس ، يومي 06و 07 نوفمبر 2017 ، ص 238 .

[4]- بخيت عيسى ، المرجع السابق ، ص 76 .

**ب/ عدم النفاذ فيما بين المتعاقدين :**

يتعلق عدم النفاذ بعدم سريان في حق الغير مع بقائه منتجا لآثاره فيما بين طرفيه ، غير أن هذا الأمر لا ينطبق على كل العقود ، حيث أنه بالرجوع إلى القانون المدني الجزائري نجد أحكام تتعلق بعدم سريان بعض العقود فيما بين المتعاقدين أيضا ، حيث أن عدم مراعاة أحكام التصرفات الواردة على العقار لاسيما إجراءات الشهر يترتب عليه عدم سريان العقد حتى فيما بين المتعاقدين [1].

إن شهر عقد الاعتماد الايجاري لا يعتبر حماية للغير فقط و إنما يوفر أيضا الحماية للمؤجر التمويلي باعتباره المالك للأصل محل عقد الاعتماد الايجاري ، إذ بموجبه لا يمكن لدائني المستأجر التمويلي القيام بأي إجراء قانوني عليه ، طالما أن الشهر يعلمهم أن ذلك الأصل لا يخصه و بالتالي يستحيل التنفيذ على مال غير مملوك للمدين ، فالشهر يعتبر إذا قرينة قانونية على علم الدائنين العاديين للمستأجر التمويلي [2].

و بالتالي فإن عدم نفاذ عقد الاعتماد الايجاري في حال تخلف إجراءات شهر عقد الاعتماد الايجاري لا يؤثر على صلاحية العقد للاحتجاج به في مواجهة الغير فقط ، فهو يؤثر أيضا على الحماية المقررة لصالح المؤجر التمويلي بموجب الشهر .

أما بشأن الجزاءات التي تترتب على مخالفة الشهر المحاسبي لعقد الاعتماد الايجاري ، فإن المشرع الجزائري اكتفى بالنص في المادة 10 من النظام رقم 07/96 المتعلق بالشهر المحاسبي لعقد الاعتماد الايجاري على أن مخالفة أحكامه يجب التصريح بها لدى اللجنة المصرفية التي تعاقب على كل مخالفة في حالة عدم احترام القوانين والأنظمة التي تخضع لها البنوك والمؤسسات المالية.

أما المشرع الفرنسي فقد رتب على مخالفة القواعد المحاسبية طبقا للمادة 13 من لائحة 1972 على عقوبة الحبس مدة تتراوح بين 10 أيام و 30 يوما و غرامة لا تقل عن 400 فرنك أو إحدى العقوبتين و في

[1]- انظر المادة 793 من القانون المدني الجزائري .

[2]- بن نوي صالح ، المرجع السابق ، ص 82.

حالة العود تصل العقوبة إلى الحبس سنتين وغرامة قيمتها ألفي فرنك و في حالة العود تصل الغرامة إلى عشرة ألاف فرنك ، مع إعطاء القاضي الجنائي سلطة تقديرية للحكم بالحبس أو الغرامة أو الجمع بينهما [1].

لا بد أن نشير في الأخير إلى أنه إذا كان القانون صريحا بشأن الكتابة كدليل إثبات وحيد فالأمر هنا يتعلق بنفاذ العقد حتما ، أي أن نفاذه يظل محدودا ، كما أن مسألة إثباته صعبة جدا ، و قد اعتبر بعض الفقهاء أن العقد غير النافذ أو العقد الذي يتعذر إثباته يساويان العقد الباطل من الناحية العملية ، أما إذا لم يكن النص صريحا بشأن الكتابة كدليل إثبات فإن تخلف الشكلية المطلوبة للإثبات لا يعني انتفاء الحق و يبقى من الممكن إقامة الدليل على وجوده بوسيلة من وسائل الإثبات الأخرى [2].

## الفرع الثاني

## البطلان المطلق كجزاء لتخلف شكلية الكتابة في عقد الاعتماد الايجاري العقاري

تنص المادة 2 من المرسوم التنفيذي رقم 91/06 المتعلق بكيفيات شهر عمليات الاعتماد الايجاري للأصول غير المنقولة ، على أنه يحرر عقد الاعتماد الايجاري للأصول غير المنقولة لدى موثق وهو أمر منطقي لأن جميع التصرفات القانونية المتعلقة بالعقار تشترط فيها الكتابة الرسمية و هي ركن للانعقاد .

كما تنص المادة 324 مكرر 1 من القانون المدني الجزائري على أنه : " **زيادة على العقود التي يأمر القانون بإخضاعها إلى شكل رسمي يجب ، تحت طائلة البطلان تحرير العقود التي تتضمن ....عقود إيجار زراعية او تجارية ...**" .

[1]- هاني محمد دويدار ،المرجع السابق، ص 115، 116.

[2]- يحياوي يوسف ، المرجع السابق ، ص 71 ، 72.

يتضح من خلال النصين السابقين أن الكتابة الرسمية شرطا لإبرام عقد الاعتماد الايجاري العقاري تحت طائلة البطلان ، فإذا أوجب المشرع شكلا معينا لانعقاد العقد فإن عدم إتباعه يترتب عليه بطلان التصرف بطلانا مطلقا ، فما هو مفهوم البطلان المطلق ؟ ، و ما هي الآثار المترتبة عليه ؟

**أولا : مفهوم البطلان المطلق :**

يمكننا أن نتطرق إلى مفهوم البطلان المطلق من خلال ، تعريفه و تمييزه عن عما يشابهه ، ثم نتطرق إلى صاحب الحق في التمسك به ، و تقادمه .

**أ/ تعريف البطلان المطلق :**

البطلان المطلق هو جزاء يترتب على تخلف ركن من أركان العقد ، أو مخالفة العقد للنظام العام والآداب العامة [1]، و بسببه يعتبر العقد كأن لم يكن ، بالتالي فإنه لا يرتب أثرا سواء فيما بين المتعاقدين أو بالنسبة للغير ، ولا وسيلة لانعقاد هذا التصرف بشكل صحيح من الناحية القانونية إلا بإعادته من جديد مستوفيا للشكل المطلوب [2].

و على هذا الأساس يكون العقد باطلا بطلانا مطلقا في الحالات التالية :

- انعدام التراضي لعدم تطابق الإرادتين .
- انعدام الإرادة المدركة المميزة سواء لصغر السن أو لعارض من عوارض الأهلية كالجنون .
- تخلف الإرادة الجازمة كما هو الشأن في تصرفات المجاملة و إرادة الهازل الذي استبان هزله من عبارات التعاقد أو يمكن العلم به من ظروف المعاملة .
- تخلف سبب الالتزام أو عدم مشروعيته.

[1]- كوسام أمينة ، **محاضرات في مادة النظرية العامة للعقد** ، جامعة سطيف ، بدون سنة نشر ، ص 26.

[2]- مصطفى موسى العجارمة ، المرجع السابق ، ص 167.

- تخلف الشكل الذي تطلبه القانون لانعقاد العقد .
- تخلف ركن التسليم في العقود العينية [1].

**ب/تمييز البطلان المطلق عن ما يشابهه :**

سبق لنا التمييز بين البطلان المطلق و عدم النفاذ ، و توصلنا إلى أن الفرق بينهما يكمن في أن العقد الباطل بطلان بطلانا مطلقا يعتبر كأن لم يكن سواء بالنسبة لطرفيه أو بالنسبة للغير ، بينما عدم النفاذ لا يؤثر على صحة العقد و إنما على الاحتجاج به في مواجهة الغير ، لذلك بقي لنا تمييز البطلان المطلق عن البطلان النسبي ، ثم تمييزه عن الفسخ .

**1/ تمييز البطلان المطلق عن البطلان النسبي :**

يقيم الفقه التقليدي التمييز بين البطلان المطلق و البطلان النسبي على أساس أن البطلان المطلق هو جزاء تخلف ركن من أركان العقد أو شرط من شروط المحل أو السبب ، بينما البطلان النسبي هو جزاء تخلف شرط من شروط صحة العقد ، وهو نفس المعيار الذي اعتمد عيه المشرع الجزائري للتفرقة بين البطلان المطلق والبطلان النسبي ، بينما اعتمد الفقه الحديث على معيار المصلحة للتفرقة بين البطلان المطلق و البطلان النسبي ، فإذا كانت المصلحة المراد حمايتها عامة كان الجزاء هو البطلان المطلق ، أما إذا أراد المشرع حماية مصلحة خاصة فان الجزاء هو البطلان النسبي ، كما في حالة نقص الأهلية أو عيوب الرضا [2].

[1]- كوسام أمينة ، المرجع السابق ، ص 28.

[2]- نفس المرجع ، نفس الصفحة .

**2/ تمييز البطلان المطلق عن الفسخ :**

الفسخ هو حل الرابطة القانونية بسبب عدم تنفيذ احد المتعاقدين لالتزاماته الناشئة عن العقد فالعقد نشا صحيحا مستوفيا لأركانه وشروط صحته غير أن احد طرفيه لم يقم بتنفيذ التزامه بعد إبرامه ، مما خول للطرف الآخر اللجوء إلى القضاء لطلب حل الرابطة العقدية حتى يتخلص من تنفيذ التزاماته ،و هو لا يكون إلا في العقود الملزمة لجانبين [1] ، و قد يقع الفسخ باتفاق الطرفين أو بحكم القانون كذلك [2].

في حين أن البطلان المطلق يلحق العقد لعلة صاحبت إبرامه ، كما أنه يعتبر أوسع نطاقا ، فهو يرد على العقود الملزمة لجانبين الملزمة لجانب واحد [3].

**ج/ تقرير البطلان المطلق :**

يتمتع البطلان بنظام خاص سواء من حيث صاحب الحق في التمسك به ، أو من حث إمكانية سقوط الحق في التمسك به .

**1/ حق التمسك بالبطلان المطلق :**

لأن مناط تقرير البطلان المطلق هو حماية مصلحة عامة فإنه يحق لكل ذي مصلحة أن يتمسك ، كما يجوز للقاضي أن يقضي به من تلقاء نفسه [4] ، و لو لم يطلب ذلك أحد و في أي مرحلة كانت عليها الدعوى [5].

---

[1]- تنص المادة رقم 119 من القانون المدني الجزائري على أنه : " **في العقود الملزمة لجانبين إذا لم يوفي احد المتعاقدين بالتزامه جاز للمتعاقد الأخر بعد اعذراه المدين أن يطالب بتنفيذ العقد أو فسخه مع التعويض في الحالتين إذا اقتضى الحال ذلك ، ويجوز للقاضي أن يمنح المدين آجلا حسب الظروف كما يجوز له أن يرفض الفسخ إذا كان لم يوفي به المدين قليل الأهمية بالنسبة إلى كافة الالتزامات** " .

[2]- انظر المواد 120، 121 من القانون المدني الجزائري .

[3]- هجيرة تومي ، سامية بويزري ، نظرية البطلان في القانون المدني الجزائري ، **المجلة الأكاديمية للبحوث القانونية و السياسية** ، جامعة عمار ثليجي الأغواط ، الجزائر ، المجلد الخامس ، العدد الأول ، السنة 2021 ، ص 247.

[4]- المادة 102 من القانون المدني الجزائري.

[5]- كوسام أمينة ، المرجع السابق ، ص 29.

و على هذا الأساس يحق لكل صاحب مصلحة تتأثر بصحة العقد أو بطلانه أن يتمسك بالبطلان المطلق ، سواء كان من المتعاقدين أو من يقوم مقامهما ، كما يتقرر حق التمسك بالبطلان للخلف الخاص والخلف العام والدائنين [1]، خلافا للبطلان النسبي الذي لا يحق التمسك به إلا ممن تقرر الإبطال لمصلحته دون المتعاقد الآخر [2].

**2/ سقوط الحق في التمسك بالبطلان المطلق :**

يعتبر البطلان المطلق معدوما من الناحية القانونية لذلك لا تصححه الإجازة و لا يزول ولا يتقادم ،ولا ينطبق ذلك على دعوى البطلان حيث أنه يرد عيها التقادم و ذلك خلال 15 سنة من وقت إبرام العقد طبقا للمادة 102 من القانون المدني الجزائري ، أما الدفع بالبطلان فلا يسقط ، فإذا طالب أحد الأطراف بتنفيذ العقد الباطل بطلانا مطلقا بعد مرور 15 سنة ، يجوز للطرف الآخر الدفع ببطلانه لأن الدفوع لا تتقادم [3].

**ثانيا : آثار البطلان المطلق**

يرتب البطلان المطلق آثار أصلية و أخرى عرضية نتطرق لها فيما يلي :

**أ/ آثار البطلان المطلق الأصلية :**

يترتب على البطلان زوال العقد من يوم إبرامه أي بأثر رجعي ، فيصير العقد كان لم يكن سواء بالنسبة للمتعاقدين أو بالنسبة للغير .

**1/ آثار البطلان المطلق بالنسبة للمتعاقدين :**

[1]- هجيرة تومي ، سامية بويزري ، المرجع السابق ، ص 251 .

[2]- انظر المادة رقم 99 من القانون المدني الجزائري .

[3]-كوسام أمينة ، المرجع السابق ، ص 31.

تتلخص الآثار الأصلية للبطلان المطلق بالنسبة للمتعاقدين في :

**1-1 عدم المطالبة بتنفيذ العقد:** لا يحق لأي من الطرفين المطالبة بتنفيذ العقد الباطل بطلانا مطلقا، وذلك لأنه لا تنتج عليه أي آثار [1].

**1-2 إعادة المتعاقدين إلى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد** : يترتب على البطلان سواء كان مطلقا أونسبيا إعادة المتعاقدين إلى الحالة التي كان عليها قبل التعاقد ، و هو ما قضت به المادة 103 من القانون المدني الجزائري ، فإذا شرع المتعاقدين في تنفيذ العقد أو تم تنفيذه فانه على كل متعاقد أن يرد ما حصل عليه سواء عينا أو بمقابل ، ما عدا في حالة تقرير بطلان العقد لعدم مشروعيته فانه يحرم من الاسترداد من كان سببا في عدم مشروعيته [2].

كما أنه إذا تقرر البطلان النسبي لمصلحة ناقص الأهلية فإنه لا يرد إلا المقدار الذي عاد عليه بالمنفعة طبقا للفقرة 102 فقرة 02 من القانون المدني الجزائري .

أما إذا كان العقد من العقود الزمنية فإنه يستحيل إعادة المتعاقدين إلى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد لذلك أجاز المشرع بموجب المادة 103 من القانون المدني الجزائري للقاضي الحكم بتعويض عادل .

**2/ آثار البطلان المطلق بالنسبة لغير المتعاقدين** :

يقصد بالغير في هذا الموضع كل من تتأثر حقوقه بصحة أو بطلان عقد ليس طرفا فيه ، أي الخلف الخاص للمتعاقدين ، و هو من يخلف المتعاقد في عين معينة بالذات أو في حق عيني عليها كالمشتري ، وقد قرر المشرع حماية الغير حسن النية من نتائج البطلان في عدة حالات من بينها حماية الغير في العقد

[1]-هجيرة تومي ، سامية بوزيري ، المرجع السابق ، ص 253.

[2]- نفس المرجع ، ص 254.

الصوري [1]، وحماية حائز المنقول حسن النية [2]، و ذلك لتجنب الأضرار التي قد تلحق بهم من جهة والحفاظ على استقرار المعاملات من جهة أخرى [3].

**ب/ آثار البطلان المطلق العرضية :**

هناك حالات معينة يرتب فيها القانون على البطلان المطلق آثار عرضية ، تتعلق هذه الحالات إما بإمكانية إنقاص العقد بالنسبة للعقد الذي يعتبر صحيحا في جزء منه ، أو تحويل العقد الباطل إلى عقد آخر صحيح .

**1/ إنقاص العقد :**

طبقا للمادة 104 من القانون المدني الجزائري فإنه إذا كان العقد صحيحا في شق منه و باطلا في شقه الآخر ، فإنه يمكن الإبقاء على الشق الصحيح منه ، متى تبين أن الشق الباطل لا يؤثر استبعاده على العقد ، بشرط أن لا يتعارض ذلك مع إرادة المتعاقدين ، وبذلك يكون القانون قد اشترط لإنقاص العقد أن يكون العقد باطلا أو قابلا للأبطال في شق منه ، وان يكون قابلا للتجزئة أو تكون إرادة الأطراف انصرفت لذلك ، و أخيرا أن لا يكون الشق الباطل هو الدافع إلى التعاقد [4].

و قد عرف الفقه إنقاص العقد بأنه : " تطهير العقد أو التصرف القانوني من الشق الباطل حتى يستمر في إنتاج آثاره القانونية المقصودة منه " ، أما الغاية من إنقاص العقد فهي المحافظة على التصرف القانوني الباطل قدر الإمكان بحيث تزيل الشق الباطل فيه و يبقى الشق الصحيح قائما و مرتبا لآثاره

[1]- أنظر المادة 198 رقم من القانون المدني الجزائري .

[2]- أنظر المادة رقم 835 القانون المدني الجزائري .

[3]- كوسام أمينة ، المرجع السابق ، ص 34.

[4]- هجيرة تومي ، سامية بوزيري ، المرجع السابق ، ص 255.

القانونية [1] ، من أجل التقليل من حالات البطلان و بالتالي الحفاظ على استقرار المعاملات القانونية وتحقيق الثقة بين المتعاقدين [2].

و قد أخذ المشرع الجزائري بنظرية إنقاص العقد تأثرا بالتشريع الألماني ، فالتشريع الفرنسي لم يأخذ بهذه النظرية و إنما بفكرة قريبة منها و هي فكرة البطلان الجزئي ، رغم أن هناك من الفقهاء من يعتبر إنقاص العقد مجرد وسيلة من وسائل البطلان الجزئي [3].

كما اختلف الفقهاء حول التكييف القانوني لإنقاص العقد ، فالبعض اعتبره تعديل قانوني للتصرف عن طريق التزامات جديدة مصدرها القانون محل الالتزامات الباطلة ، استنادا على نص المادة 139 من القانون المدني الألماني و على هذا الأساس اعتبر أنصار هذا الرأي أن الإنقاص ليس أثرا للبطلان الجزئي بل هو بطلان عادي يرد على تصرف معيب فيعدم آثاره قم يضع القانون التزامات جديدة محل الالتزامات القديمة، فيكون مصدر هذه الالتزامات القانون و ليس العقد الباطل [4].

أما البعض الآخر فاعتبر إنقاص العقد تعديل قضائي للتصرف القانوني عن طريق التجديد الجبري للالتزام القديم ، فالقانون يفرض على القاضي أن يتدخل بما له من سلطة تقديرية لينشئ التزاما قضائيا جديدا أكثر عدالة من الالتزام التعاقدي ، بينما يعتبر الرأي الراجح الإنقاص تصحيحا لعقد معيب جزئيا عن طريق تدخل القاضي بما له من سلطة تقديرية لإزالة العيب الموجود في حالة النزاع ، مع مراعاة لنية

[1]- زرقاط عيسى ، تأثير المنظومة الجرمانية على التشريع الجزائري في مجال البطلان ، **مجلة دفاتر السياسة و القانون** ، جامعة قاصدي مرباح ورقلة ، الجزائر ، المجلد 02 ، العدد 03، 2010/06/01، ، ص 02 .

[2]- هجيرة تومي ، سامية بوزيري ، المرجع السابق ، ص 255.

[3]- زرقاط عيسى ، المرجع السابق، ص 04.

[4]- نفس المرجع ، نفس الصفحة .

المتعاقدين ، و لا يعتبر إنقاص العقد تعديلا قانونيا و لا قضائيا لان التعديل في الغالب يتعلق بمنح سلطة تقديرية لشخص ليس طرفا في العقد [1].

**2/ تحويل العقد :**

لقد تبنى المشرع الجزائري نظرية تحويل العقد بموجب المادة 105 من القانون المدني الجزائري ، وهي نظرية تقوم على أساس فكرة أن العقد الباطل قد يتضمن في بعض الحالات عناصر عقد صحيح ، فيتحول إلى عقد آخر جديد بشرط انصراف نية أطرافه إلى إبرام هذا العقد الصحيح ، و تبعا لذلك يعتبر العقد الباطل كان لم يكن في حين يرتب العقد الصحيح كل آثاره القانونية [2].

و عليه تنطبق آثار البطلان المطلق كجزاء في حال لم يراعي طرفا عقد الاعتماد الايجاري العقاري شكلية الكتابة الرسمية التي نصت عليها المادة 02 من المرسوم التنفيذي 91/06 الذي يحدد كيفيات شهر عقد الاعتماد الايجاري للأصول غير المنقولة ، كقيد شكلي يرد على إرادة الأطراف في مرحلة إنشاء العقد.

[1]- نفس المرجع ، ص 04.

[2]- هجيرة تومي ، سامية بوزيري ، المرجع السابق ، ص 255.

## خلاصة الباب الأول

ترتبط مرحلة تكوين عقود الأعمال بنوعين من القيود التي تفرض على مبدأ الحرية التعاقدية ، سواء فيما يتعلق بتقييد حرية المتعاقد في اختبار المتعاقد من خلال تحديد صفة المتعاقد ، بينما يتعلق القيد الثاني بالشكليات التي فرضتها التشريعات لإبرام عقود الأعمال سواء في المرحلة السابقة على التعاقد أو خلال ذلك خصوصا بعد تأثر عقود الأعمال بالحركة التشريعية التي تتميز بتزايد الشكلية بجميع صورها في التصرفات القانونية ، مقابل تراجع مبدأ الرضائية .

إن تحديد صفة المتعاقد تبدو أكثر وضوحا في عقد الاعتماد الايجاري وعقد تحويل الفاتورة باعتبارهما يقومان على الاعتبار الشخصي ، و يظهر تأثير تحديد صفة المتعاقد على مرحلة تكوين هذه العقود من خلال تكثيف شروط التعاقد و من خلال الاعتماد على الأسلوب الإداري لتحقيق الهدف العام ، حيث لجأ المشرع إلى تكثيف شروط إبرام هذه العقود حرصا منه على تكوين المتعاقد المناسب الذي يصبغ عليه صفة المتعاقد لما تمثله هذه الصفة من أهمية على الصعيد الاقتصادي ، ومن جهة أخرى صارت الحرية التعاقدية أكثر تقييدا ، لما تمادى المشرع في التضييق في إبرام هذه العقود عبر فرض الإجراءات الإدارية .

كذلك تصطدم حرية المتعاقدين في عقود الأعمال بتقييد اختيار الشكل الذي يتم به إثبات تصرفاتهم بفرض الكتابة عند القيام ببعض الالتزامات ، إذ يفرض القانون تقديم الدليل الكتابي لإثبات عقد الاعتماد الايجاري وعقد الفرانشيز ، كما كانت التشريعات واضحة بشأن إخضاع بعض عقود الأعمال لشكلية الشهر ، و هي شكليات غير مباشرة يؤثر تخلفها على نفاذ هذه العقود ، كما يمكن أن يؤثر على بقائها كتقرير البطلان المطلق كجزاء لتخلف الكتابة الرسمية التي فرضها المشرع الجزائري لانعقاد عقد الاعتماد الايجاري العقاري .

# الباب الثاني:
# تراجع مبدأ حرية التعاقد في تحديد آثار عقود الأعمال

طبقا للقاعدة العامة يملك المتعاقدين حرية تحديد بنود العقد وفق ما يحقق مصالحهما في حدود القواعد التي تضبط هذه الإرادة و تنظمها، لأن مبدأ حرية التعاقد الذي تؤسس عليه العقود يقتضي حرية المتعاقدين في تحديد مضمون العقد ، و إن اقتضت حاجات المجتمع تقييد هذه الحرية عن طريق فرض التزامات غير إرادية فإن الأمر لا يكون إلا استثناءا ، و في أغلب الأحيان يكون عن طريق قواعد مكملة يجوز للأطراف الاتفاق على مخالفتها ، كما قد يكون تقييد حرية المتعاقدين في تحديد مضمون العقد بطريقة غير مباشرة عندما يخول المشرع للقاضي صلاحية التدخل لتعديل العقد أو إلغاء بعض الالتزامات من أجل إعادة التوازن للعقد .

لقد ارتبط تقييد حرية المتعاقدين في مجال تحديد بنود العقد برغبة التشريعات في تهذيب مبدأ سلطان الإرادة الذي كان له تأثير قوي على اختلال توازن العلاقات التعاقدية ، و لذلك كان منطقيا تراجع استخدام هذا المبدأ و تضييق حدوده في مجال الأعمال حرصا على وجود علاقات متوازنة خاصة في ظل تغير الأوضاع الاقتصادية و ما نتج عنه من توسع في العلاقات و الروابط القانونية و سيطرة المنافسة على النشاطات الاقتصادية مما أدى إلى ظهور قوانين خاصة تحكم هذه النشاطات لاسيما نشاط الإنتاج والتوزيع ، وتعمل على حفظ التوازنات بين العلاقات التعاقدية داخل السوق ، حيث يعنى قانون المنافسة بتنظيم وتوجيه هذه العلاقات من أجل تكريس و ضمان حرية المنافسة التي تعتبر الهدف الأساسي كأصل ومن أجل ضمان استقرار هذه العلاقات من خلال تحقيق التوازنات العقدية بصورة غير مباشرة ، عبر أسلوب إجباري منعي متميز ، يفرض التزامات جديدة غير معروفة في قانون العقود على المتعاقدين مع منع وحظر كل الممارسات المنافية للمنافسة ، و هو ما يتعارض مع حرية المتعاقدين في تحديد آثار عقود الأعمال باعتبار أن هذه العقود تبرم بين المتعاملين الاقتصاديين في السوق ، و من ثم يخضع إبرامها لضرورة احترام قواعد المنافسة **(الفصل الأول)**.

تعتبر عقود الأعمال نتاج بيئة اقتصادية مكونة من مجموعة أنشطة متعاملين في شكل مؤسسات قوية أو ضعيفة ، مؤسسات جديدة أو قديمة ، منها من تملك القدرة الفنية والتقنية و أخرى لا تملك هذه القدرة تسمى "**بيئة الأعمال**" ، مجسدة ما يعرف بالتفاوت الاقتصادي في المراكز القانونية ووجود الفجوة الاقتصادية بين أطراف العقد حيث نكون أمام متعاملين اقتصاديان،أحدهما يملك السيولة المالية و المعرفة الفنية والتكنولوجيا ،ومتعامل آخر لا يملكها فتدفعه حاجته إلى تمويل مشروعه أو تطويره إلى قبول الشروط التي يمليها عليه الطرف الأقوى دون القدرة على التفاوض بشأنها [1]،مما يجعل هذا النوع من العقود مسرحا للشروط التعسفية، والتي يتم مواجهتها عن طريق تدخل القاضي لإعادة التوازن للعقد ، و حماية الطرف الضعيف فيه على أساس نظرية الإذعان ، في قواعد القانون المدني ، باعتبار نظرية الإذعان أوسع نطاقا من حيث الحماية في مجال الشروط التعسفية فهي تمثل نظرية عامة في القانون المدني تشمل الجميع بما فيهم المتعاملين الاقتصاديين عند تعاقدهم مع بعضهم باعتبار أنهم غير مشمولين بالحماية التي تقررها القواعد الخاصة ( **الفصل الثاني** ).

[1] – بوعش وافية ، محاضرات في عقود الأعمال ، المرجع السابق ، ص 16 .

## الفصل الأول

## تدخل قانون المنافسة للحد من الحرية التعاقدية في عقود الأعمال تحقيقا للتوازن العقدي

يطبق قانون المنافسة على العلاقات بين المتعاملين الاقتصاديين في السوق، حيث يتم تنظيم وتوجيه هذه العلاقات من أجل تكريس و ضمان حرية المنافسة التي تعتبر الهدف الأساسي كأصل ، ومن أجل ضمان استقرار هذه العلاقات من خلال تحقيق التوازنات العقدية بصورة غير مباشرة ، عبر أسلوب إجباري منعي متميز ، يفرض التزامات جديدة غير معروفة في قانون العقود على المتعاقدين مع منع وحظر كل الممارسات المقيدة للمنافسة ، و هو ما يتعارض مع حرية المتعاقدين في تحديد آثار العقد و يعتبر صورة من صور تقييد الحرية التعاقدية .

يتدخل المشرع لضبط و توجيه النشاط الاقتصادي باسم النظام العام التنافسي المستوحى من النظام العام الاقتصادي التوجيهي الذي يعتبر جوهر القانون الاقتصادي المعاصر ، وهو قانون يربط بين الاقتصاد والقواعد القانونية كنتيجة للتطورات التي شهدها قانون المنافسة ، هذا الأخير الذي تتجسد مهمته الأساسية في حماية النظام العام الاقتصادي ، من خلال حظر الممارسات المقيدة للمنافسة و مراقبة عمليات تجميع المؤسسات الاقتصادية ، فإذا كان إبرام العقود بشكل عام مرتبط باحترام النظام العام و إلا كانت باطلة ، فإن المتعاملين الاقتصاديين ملزمين باحترام النظام العام الاقتصادي التنافسي في العلاقات التعاقدية التي تجمع بينهم.

و على هذا الأساس يرتبط إبرام عقود الأعمال بضرورة احترام النظام العام الاقتصادي التنافسي فرغم عدم تمكن التشريعات من تنظيم أغلب عقود الأعمال إلا أن احترام إبرام عقود الأعمال لشروط المنافسة

يعتبر أمر ضروري [1]، و ذلك لارتباط عقود الأعمال بمجال السوق " فلا نشاط اقتصادي بدون وجود السوق " كما لا يمكن الحديث عن المنافسة في ظل غياب عقود الأعمال التي بواسطتها يستطيع المتعامل الاقتصادي التزاحم والتنافس في السوق ، حيث يمكننا وصف العلاقة بين عقود الأعمال و القواعد الناظمة لقانون المنافسة بعلاقة تأثير و تأثر[2].

تعتبر عقود الأعمال المجال الخصب لقواعد المنافسة ، باعتبارها تساهم في تنشيط مجال المنافسة وتسويق أو توزيع المنتجات والسلع التي تتميز بجودتها العالية و الحاملة للعلامات التجارية المرخص باستغلالها ، فاستحداث عقد الترخيص باستغلال العلامة التجارية الذي يعتبر أحد عقود الأعمال كان لغرض معالجة مشكلة المتعاملين الاقتصاديين ناقصي الأموال و الخبرة والمعرفة الفنية و الذين لا يملكون العلامات التجارية ذات الشهرة العالية في مجال التوزيع و التسويق لمختلف السلع والمنتجات و التي تمكنهم من الدخول والبقاء في السوق ، و في نفس الوقت يتدخل قانون المنافسة لتنظيم هذا العقد من أجل التصدي إلى أية ممارسة ناجمة عنه و التي تشكل استغلال تعسفي و إخلال بالسوق و عرقلته [3].

كما تشكل عقود التوزيع تحديا كبيرا لقواعد المنافسة ، حيث أن العقود التي تربط بين الموزعين والممونين غالبا ما تكون لصالح أحد أطرافها دون الآخر ، وهو الطرف الذي يتمتع بمركز قوة ، لذلك تضمن قانون المنافسة أحكام لضمان توازن العلاقة العقدية التي تربط بين الممونين والموزعين ، بل الأكثر من ذلك أن عقود التوزيع في حد ذاتها مخلة من حيث المبدأ بقوانين المنافسة فهي اتفاقات تقيد المنافسة

[1]- الكاهنة إرزيل ، عن إخضاع عقد الأعمال للقانون ، **مجلة العلوم القانونية و السياسية** ، جامعة الوادي ، الجزائر ، المجلد 10 ، العدد 01 ، السنة 2019 ، ص 46.

[2]- بوعش وافية ، عقد ترخيص استغلال العلامة التجارية و قواعد المنافسة ، **أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم تخصص قانون** جامعة تيزي وزو ، 2020، ص 03.

[3]- نفس المرجع ، نفس الصفحة .

وتحد مسبقا من عدد موزعي السلع و الخدمات محل العقد ، ومن المفروض أنها محظورة بموجب قانون المنافسة و رغم ذلك سمحت مختلف القوانين بإبرام هذه العقود .

فقواعد قانون المنافسة تساهم بصفة غير مباشرة في إعادة التوازن لهذه العقود من خلال حظر الممارسات المنافية للمنافسة متى قام عنصر التعسف فيها ، قصد تكريس مبدأ حرية المنافسة و الاستثمار والدخول إلى السوق (**المبحث الأول**)، ويتجسد هذا عبر المراقبة المستمرة لهذه العقود بواسطة مجلس المنافسة ، و البطلان الجزئي كجزاء هام لإعادة التوازن للعلاقات التعاقدية داخل السوق (**المبحث الثاني**).

## المبحث الأول

## مظاهر اختلال توازن الالتزامات في عقود الأعمال من منظور قانون المنافسة

إن مبدأ حرية المنافسة ضرورة فرضها نظام اقتصاد السوق الذي تبنته الجزائر في بداية التسعينات ،وإنه لتكريس هذا المبدأ جاء قانون المنافسة الذي وضع مبادئ للمنافسة تقوم على الحرية والشفافية والنزاهة فنص على مبدأ حرية الأسعار ، وعلى قواعد يتم توظيفها لحماية المنافسة و تطويرها .

وإذا كان ظاهر هذه القواعد هو حماية المؤسسات و حماية المستهلكين إلا أن هدفها الأساسي هو حماية شروط المنافسة ، فقد جاء في المادة الأولى من الأمر رقم 03/03 المتعلق بالمنافسة [1]ما يلي : "**يهدف هذا الأمر إلى تحديد شروط ممارسة المنافسة في السوق و تفادي كل الممارسات المقيدة للمنافسة ومراقبة التجميعات الاقتصادية قصد زيادة الفعالية الاقتصادية و تحسين ظروف معيشة المستهلكين** ".

لا تعتبر هذه الشروط التي يتطلبها القانون لتنظيم المنافسة ، اعتداءا على مبدأ حرية المنافسة و إنما يجب أن لا يتعدى وصفها كاستثناء على المبدأ ، فالمنافسة لا يمكن إطلاقها كونها لا تعتبر في كل الحالات شرعية ، بل إنها تمثل في بعض الحالات خطرا كبيرا على المؤسسات والاقتصاد ككل ، لدرجة ، الأمر الذي يستدعي حمايتها من الممارسات التي تلجأ إليها المؤسسات تحت تأثير الضغط التنافسي.

لقد استجاب المشرع الجزائري لهذه المسألة من خلال فرض قيود على مبدأ حرية المنافسة بهدف تنظيمها ، فقام بحظر الممارسات المقيدة للمنافسة و هو ما أثر على مبدأ حرية التعاقد في العلاقات التعاقدية بين المتعاملين الاقتصاديين ، حيث يتعارض هذا المبدأ الذي يعتبر أساس تكوين العقود و مصدر

[1] – الأمر رقم 03/03 المؤرخ في 19 جويلية 2003 ، يتعلق بالمنافسة ، **الجريدة الرسمية** عدد ، 43 الصادرة بتاريخ 20 جويلية 2003 المعدل و المتمم .

قوتها وعدالتها مع حرية المنافسة التي فضل المشرع تكريسها وحمايتها على الحرية العقدية (**المطلب الأول**) كما فرض ضرورة مراقبة التجميعات الاقتصادية ، لغرض منع احتكار السوق (**المطلب الثاني** ).

## المطلب الأول

## عقود الأعمال و الممارسات المقيدة للمنافسة

يقصد بالممارسات المقيدة للمنافسة حسب نص المادة 14 من الأمر رقم 03/03 المتعلق بالمنافسة [1] الممارسات والأعمال المدبرة والاتفاقيات و الاتفاقات الصريحة أو الضمنية (المادة 6) ، التعسف الناتج عن وضعية الهيمنة في السوق (المادة 7) ، والأعمال و/ أو العقود مهما كانت طبيعتها وموضوعها تسمح لمؤسسة بالاستئثار في ممارسة نشاط يدخل في مجال تطبيق قانون المنافسة (المادة 10) من القانون 12/08 المعدل و المتمم للأمر رقم 03/03، التعسف في استغلال وضعية التبعية الاقتصادية (المادة 11) ، عرض أو ممارسة أسعار بيع بشكل تعسفي للمستهلكين (المادة 12 ) .

و عليه سنتطرق إلى الممارسات المقيدة للمنافسة بالتركيز على عقود التوزيع ، من خلال مناقشة مدى اعتبار عقود التوزيع اتفاقات محظورة (**الفرع الأول**) ، و مدى اعتبار عقود التوزيع آلية للهيمنة على السوق (**الفرع الثاني** ).

[1]- تنص المادة 14 من الأمر رقم 03/03 المتعلق بالمنافسة على : " تعتبر الممارسات المنصوص عليها في المواد 6 و 7 و 10 و 11 و 12 أعلاه ممارسات مقيدة للمنافسة".

## الفرع الأول

## مدى اعتبار عقود التوزيع اتفاقات محظورة

تنص المادة 6 من الأمر رقم 03/03 المتعلق بالمنافسة على أنه " **تحظر الممارسات و الأعمال المدبرة والاتفاقيات والاتفاقات الصريحة أو الضمنية عندما تهدف أو يمكن أن تهدف إلى عرقلة حرية المنافسة أو الحد منها أو الإخلال بها في نفس السوق أو في جزء جوهري منه ...**" .

تضمنت المادة 06 أعلاه الشروط المتطلبة لحظر الاتفاقات بأشكالها المختلفة عندما تؤدي إلى تقييد أو عرقلة المنافسة أو الحد منها (**أولا**) ، لكنه نص أيضا في نصوص لاحقة على إعفاءات تعد بمثابة استثناءات على مبدأ الحظر المنصوص عليه في المادة 06 (**ثانيا**) .

**أولا : الشروط القانونية المتطلبة لحظر الاتفاقات غير المشروعة**

بناءا على نص المادة 6 أعلاه فإنه يشترط لحظر الاتفاقات غير المشروعة وجود اتفاق ، و أن يكون هدف هذا الاتفاق تقييد المنافسة .

**أ/ وجود اتفاق**

يقتضي تحديد مفهوم الاتفاقات غير المشروعة ، تعريفها ، ثم تبيان أشكالها .

**1) تعريف الاتفاقات غير المشروعة :**

لم يضع المشرع الجزائري في نص المادة أعلاه تعريفا محددا للاتفاق المقيد للمنافسة ، و لكن اكتفى بالإشارة إلى مجموعة من الأشكال التي يمكن أن يتخذها الاتفاق.

و عموما يمكن تعريف الاتفاق **المحظور** على أنه : " توافق صريح أو ضمني لإرادة مؤسستين أو أكثر تتمتع بالاستقلالية في اتخاذ القرار على إتباع سلوك معين أو تحقيق غرض مشترك في السوق يتسم بالطابع

المقيد للمنافسة ، ذلك أن فكرة الاتفاق المحظور تقوم على المساس الواعي باستقلالية القرار الذي يجب أن تحتفظ به كل مؤسسة بالنسبة لسلوكها الخاص في السوق" [1].

**2) أشكال الاتفاقات غير المشروعة :**

يمكن تصنيف الاتفاقات إلى ثلاث أنواع : الاتفاقات العضوية ، الاتفاقات التعاقدية والأعمال المدبرة .

**2-1 الاتفاقات العضوية** : تتجسد الاتفاقات العضوية في صورة تجمع يتمتع بالشخصية المعنوية أطرافه مؤسسات منظمة في هيكل عضوي مثل الشركات المدنية والتجارية الجمعيات ، المنظمات المهنية ، المصالح المشتركة [2].

**2-2 الأعمال المدبرة** : و بالنسبة للأعمال المدبرة فيقصد بها تفاهم وتوافق بين عدد من المؤسسات -لا يربطها أي التزام قانوني – على إتباع سلوك مشترك مقابل تخليها عن سلوكها المستقل في السوق ، وقد استعمل المشرع الجزائري في النص مصطلحي الممارسات والأعمال المدبرة وهو لا يعدو مجرد تكرار إذ أن للمصطلحين نفس المعنى[3].

**2-3 الاتفاقات التعاقدية** : وهي بمثابة عقود بمفهوم القانون المدني ، وقد تكون **الاتفاقات التعاقدية أفقية** تبرم بين مؤسسات تتواجد في مركز اقتصادي متماثل ، كأن يكون الاتفاق بين منتج وأخر أو بين

[1]- كحال سلمى ، مجلس المنافسة وضبط النشاط الاقتصادي ، **مذكرة لنيل شهادة الماجستير في العلوم القانونية** ، فرع قانون أعمال ، جامعة محمد بوقرة ، بومرداس ، 2010/2009 ، ص 61 .

[2]- عياد كرالفة أبو بكر ، الاتفاقات المحظورة في قانون المنافسة ، **مذكرة لنيل شهادة ماجستير في الحقوق** ، تخصص قانون الأعمال المقارن جامعة وهران ، 2014/2013 ، ص 17 .

[3]- كحال سلمى ، المرجع السابق ، ص 65 .

موزع وأخر أو تكون **عمودية** تبرم بين مؤسسات تقع على مستويات مختلفة من النشاط الاقتصادي في السوق كالاتفاق المبرم بين منتج و موزع[1].

عرف الاتفاق العمودي بموجب المادة 02 فقرة 1 من نظام المجموعة الأوروبية رقم 1999/290 حول تطبيق المادة 81 فقرة ثالثة من اتفاق روما ، على فئة من الاتفاقات العمودية و الأعمال المدبرة على أنه : **"الاتفاق المبرم بين مؤسستين فأكثر ، تنشط كل واحدة منها على مستوى مختلف من الإنتاج والتوزيع ، ويتعلق الاتفاق بموجب الشروط التي بموجبها يمكن للأطراف أن تشتري ، تبيع أو تعيد بيع بعض السلع أو الخدمات"**[2].

يبرم الاتفاق العمودي بين أطراف ليست متواجدة في نفس المستوى الاقتصادي من الإنتاج والتوزيع أي أنه يبرم بين مؤسسات غير متنافسة ، فهو يربط بين الممون الذي قد يكون في نفس الوقت المنتج من جهة ، ومن جهة ثانية يكون الموزع مستقل ، أو موزع منظم إلى شبكة توزيع[3] .

و على هذا الأساس تعتبر عقود التوزيع من حيث المبدأ اتفاقات مقيدة للمنافسة و تخضع للحظر المنصوص عليه قانون المنافسة باعتبار أنها اتفاقات عمودية ، إلا أنها في نفس الوقت تحقق تطور اقتصادي و على هذا الأساس تستفيد من إعفاءات خاصة .

لم يعرف المشرع الجزائري عقد التوزيع ، باعتباره لم ينظم هذا العقد ، بينما نص صراحة على أن نشاط التوزيع يخضع للأحكام المنصوص عليها في الأمر رقم03/03 المتعلق بالمنافسة بموجب المادة 02 منه [4] ،

[1]- منصور داود ،المرجع السابق ، ص 30 .

[2]-مختور دليلة ، المرجع السابق ، ص 50 .

[3]- منصور داود ، المرجع السابق ، ص 30.

[4]- تنص المادة 02 من الأمر رقم 03/03 المتعلق بالمنافسة على أنه تطبق أحكام هذا الأمر على ما يأتي : " **نشاطات الإنتاج ، بما فيها النشاطات الفلاحية و تربية المواشي ، و نشاطات التوزيع و منها تلك التي يقوم بها مستوردو السلع لإعادة بيعها على خالها و الوكلاء**

و عرف نشاط التوزيع بموجب المادة 03 من نفس الأمر : " **يتمثل نشاط التوزيع في مجموع العمليات القانونية و المادية التي تسمح بتوجيه السلع و الخدمات من المنتجين و البائعين إلى المستهلكين** " .

و منه يمكن تعريف عقد التوزيع بأنه : " عقد يمنح من خلاله المنتج أو الصانع أو المستورد وهو الممون حق توزيع و تسويق منتجاته و خدماته إلى طرف آخر في العقد و هو الموزع خلال فترة زمنية معينة و في منطقة جغرافية محددة ، وذلك بمقابل نقدي يدفعه الموزع للممون ، في المقابل يلتزم الموزع بعدم بيع أو تسويق سلع منافسة لمحل العقد " [1].

عقود التوزيع متنوعة ، حيث تختلف وفقا لعدد الوسطاء المتواجدين بين كل من المنتج والمستهلك النهائي ، وتختلف أيضا باختلاف السياسة التجارية المتبعة ، سواء في ما يتعلق بجودة السلع والمنتجات محل العقد أو التقنية المعتمدة لإنتاجها ، أو تلك اللازمة لتسويقها و استعمالها ، أو شهرتها وحتى التكاليف التي ترتبت عنها[2] ، و هي تعتبر ، اتفاقات مقيدة للمنافسة من حيث المبدأ.

كما نص المشرع الجزائري على عقود التوزيع الاستثنارية و هي تعتبر أخطر صور عقود التوزيع ، وذلك بموجب نص المادة 10 من القانون رقم 12/08 المعدل والمتمم للأمر رقم 03/03 المتعلق بالمنافسة التي تنص على أنه " **تعتبر عرقلة لحرية المنافسة أو الحد منها أو الإخلال بها و يحظر كل عمل و/ أو عقد مهما كانت طبيعته و موضوعه يسمح لمؤسسة بالاستئثار في ممارسة نشاط يدخل في مجال تطبيق هذا الأمر** " .

---

**و وسطاء بيع المواشي ، و بائعو اللحوم بالجملة و نشاطات الخدمات الصناعية التقليدية و الصيد البحري ، و تلك التي يقوم بها أشخاص معنوية عمومية و جمعيات و منظمات مهنية مهما يكن وضعها القانوني و شكلها و هدفها ...**" .

[1]- أومحمد حياة زوجة مخلوفي ، حدود حرية التعاقد في عقود التوزيع الاستئثارية ، **المجلة الأكاديمية للبحث القانوني** ، جامعة عبد الرحمان ميرة بجاية ، الجزائر ، المجلد 13 ، العدد 01 ، السنة 2022، ص 389.

[2]- مختور دليلة ، المرجع السابق ، ص 145.

بالتدقيق في هذا النص نسجل أنه امتداد و تكملة لنص المادة 6 ، و تبرير ذلك يظهر من خلال عبارة "**عمل و/أو عقد**" التي تعتبر صورة من صور الاتفاقات الواردة في المادة 6 ، إضافة إلى أن الضرر الذي تلحقه هذه الممارسة بالمنافسة هو ذاته الضرر الذي تلحقه الاتفاقات المحظورة بالمنافسة ، و هو عرقلة المنافسة أو الحد منها أو الإخلال بها ، كما أن كلا الممارستان محظور ومعاقب عليه ، و لعل السبب من وراء نص المشرع على هذه الممارسة بصفة مستقلة عن المادة 6 هو، استثناء هذه الممارسة من الاستثناءات المنصوص عليه في المادة 9 من الأمر 03/03 المتعلق بالمنافسة [1].

و على هذا الأساس يدخل في مجال تطبيق نص المادة 10 أعلاه كل أشكال عقود التوزيع الاستئثارية متى توفرت شروط حظرها ، أي أن عقود التوزيع الاستئثارية تكون محظورة متى شكلت خرقا لقواعد المنافسة ، وهذا الحظر من شأنه التأثير على مبدأ حرية تحديد مضمون العقد [2].

عقد التوزيع الاستئثاري هو ذلك الاتفاق الذي يربط بين الممون و الموزع ، يلتزم بموجبه الموزع بتوزيع وتسويق منتجات أو خدمات معينة في منطقة جغرافية محددة خلال فترة زمنية محددة و بصفة حصرية ، مع التزام الموزع بعدم تسويق منتجات أو خدمات مماثلة لمتنافس آخر، لذلك يشكل شرط الاستئثار عائقا لحرية المنافسة، نظرا لما يتولد عن هذا الشرط من عرقلة دخول منتجين آخرين إلى السوق ، بالإضافة إلى المزايا التي يمنحها للبائع الذي ينفرد بتحديد أسعار السلع و الخدمات محل عقد التوزيع ، لذا أخضعها المشرع لرقابة شديدة [3].

**ب/تقييد الاتفاق للمنافسة :**

[1]- لعور بدرة ، آليات مكافحة جرائم الممارسات التجارية في التشريع الجزائري ، **أطروحة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه تخص قانون أعمال** جامعة محمد خيضر بسكرة ، 2014/2013، ، ص 82 و 83 .

[2]- اومحمد حياة زوجة مخلوفي ، المرجع السابق ، ص 385.

[3]- نفس المرجع ،ص 389، 392 .

لا تحظر المادة 6 الاتفاقات إلا إذا كانت مقيدة للمنافسة في سوق ما ، وذلك إما بعرقلة حرية المنافسة أو الحد منها أو الإخلال بها ، فموضوع الاتفاق يقصد به في الحقيقة النية منه ، بحيث يكفي لاعتبار اتفاق محظور مجرد انصراف نية الأطراف إلى إعاقة المنافسة ، دون ضرورة تحقق الأهداف الغير مشروعة المناهضة لها ، أما أثر الاتفاق فيقصد به كل من الأثر المحقق والأثر المحتمل و هو ما يستخلص من استعمال المشرع لعبارة "**يمكن أن تهدف** " ، ولذلك فإن الاتفاقات التي لا تهدف أو لا يترتب عنها مساس بقواعد المنافسة لا تشكل ممارسات منافية لها [1].

و تكون الاتفاقات ، مقيدة لحرية المنافسة حسب المادة 6 من الأمر رقم 03/03 المتعلق بالمنافسة لاسيما عندما ترمي إلى :

"**– الحد من الدخول في السوق أو ممارسة النشاطات التجارية فيها .**

**– تقليص أو مراقبة الإنتاج أو منافذ التسويق أو الاستثمار أو التطور التقني .**

**– اقتسام الأسواق أو مصادر التموين .**

**–عرقلة تحديد الأسعار حسب قواعد السوق بالتشجيع المصطنع لارتفاع الأسعار أو لانخفاضها .**

**– تطبيق شروط غير متكافئة لنفس الخدمات تجاه الشركاء التجاريين ، مما يحرمهم من منافع المنافسة .**

**– إخضاع إبرام العقود مع الشركاء لقبولهم خدمات إضافية ليس لها صلة بموضوع هذه العقود سواء بحكم طبيعتها أو حسب الأعراف التجارية "**

كما أضاف القانون رقم 12/08 المعلق بالمنافسة للمادة 6 الفقرة التالية : " ... **السماح بمنح صفقة عمومية لفائدة أصحاب هذه الممارسات المقيدة ".**

[1]– قوعراب فريزة ، ردع الممارسات المنافية للمنافسة في التشريع الجزائري ، **مذكرة تخرج لنيل شهادة المدرسة العليا للقضاء** 2008/2007. ، ص 5.

تعد هذه الحالات مجرد تطبيق لمفهوم المساس بحرية المنافسة ، وهي محاولة من المشرع لجرد الاتفاقات الأكثر انتشارا في الحياة العملية ، فهذا التعداد جاء على سبيل المثال فقط لا الحصر ، وهذه الحالات يمكن تصنيفها إلى نوعان ، اتفاقات تهدف إلى التقليل من المنافسين ، واتفاقات تهدف إلى الحد من حرية المنافسين[1].

**1/الاتفاقات الرامية إلى تقليل عدد المتنافسين :**

تتمثل في :

**–الاتفاقات المتضمنة عرقلة الدخول الشرعي في السوق** : ويقصد بها اتفاق مجموعة من الأعوان الاقتصاديين على وضع قواعد خاصة تحدد مدى إمكانية الدخول إلى السوق بقصد مقاطعة مقاولة غير منتمية إلى الاتفاق ، ويكون ذلك بإلزام المنافس الذي يرغب في الدخول إلى السوق بالحصول على بطاقة أو ترخيص مثلا .

– **اتفاقات المقاطعة** : و هي اتفاق مجموعة من المؤسسات الاقتصادية على مقاطعة أحد المتعاملين الاقتصاديين بهدف إقصائه من السوق [2].

– **اتفاقات التفاهم عند المناقصات العامة أو الخاصة** : مثل اتفاق المؤسسات في قطاع معين على تقديم عرض واحد بصدد كل الصفقات التي تطرح في مجال تخصص معين لأجل تقاسم الأعمال المتعلقة بهذه الصفقات بواسطة عقود من الباطن ، لأن ذلك يؤدي إلى تقسيم السوق من جهة ، ويؤثر على حرية تقديم الأسعار من جهة أخرى[3].

---

[1]– عياد كرافة ابوبكر ، المرجع السابق ، ص 50 .

[2]– بن عزة محمد ، دراسة في مبادئ حرية المنافسة ضمن قانون المنافسة الجزائري ، **مجلة الندوة للدراسات القانونية**، الجزائر ، العدد الأول سنة 2013 ، ص 252.

[3]– عياد كرالفة ابو بكر ، المرجع السابق ، ص 60 .

**2/ الاتفاقات الرامية إلى الحد من حرية المنافسين :**

قد تتمثل هذه الاتفاقات في :

**– الاتفاقات حول الأسعار**: تشكل الأسعار محور الاتفاقات التي تبرم بين الأعوان الاقتصاديين من أجل تقييد المنافسة ، مثل تثبيت الأسعار و الاقتداء بسعر معين و هو ما يسمى بالمساعرة ، أو وضع جداول تحديد أسعار مهنية جماعية .

**–صفقات الربط** : و هي اتفاقات يرغم بمقتضاها البائع المشتري بشراء منتوج إضافي يطلق عليه "المنتوج المرتبط" بغض النظر إذا كان مرغوبا فيه أم لا [1].

**– اتفاقات القصر** : يقصد بشرط القصر، تلك البنود التي يلتزم بموجبها الممون بعدم تموين موزعين آخرين بنفس السلعة لفترة زمنية محدودة و في رقعة جغرافية معينة ، و هو بند خطير يشترط أن تتوفر فيه شروط معينة ليكون مشروعا و غير مخالف لأحكام قانون المنافسة ، فليس شرط القصر محظور في حد ذاته بل "شرط القصر التام " هو الذي يعتبر محظور لأنه يؤدي إلى غلق كل مجال للتنافس[2].

**ثانيا : إعفاء الاتفاقات غير المشروعة من الحظر**

تنص المادة 9 من الأمر رقم 03/03 المتعلق بالمنافسة على أنه : " **لا تخضع لأحكام المادتين06 و 07 أعلاه ، الاتفاقات و الممارسات الناتجة عن تطبيق نص تشريعي أو نص تنظيمي اتخذ تطبيقا له .**

[1]– قوعراب فريزة ، المرجع السابق ، ص 6.

[2]– دليلة مختور ، المرجع السابق ، ص 185.

**يرخص بالاتفاقات و الممارسات التي يمكن أن يثبت أصحابها أنها تؤدي إلى تطور اقتصادي أو تقني أو تساهم في تحسين التشغيل أو من شأنها السماح للمؤسسات الصغيرة و المتوسطة بتعزيز وضعيتها التنافسية في السوق ، لا تستفيد من هذا الحكم سوى الاتفاقات و الممارسات التي كانت محل ترخيص من مجلس المنافسة "** .

فمن خلال هذه المادة لا يمكن إدانة اتفاق مناف للمنافسة ، بالرغم من الآثار السلبية المترتبة على المنافسة ، و لكن لا يتم ذلك إلا بصفة استثنائية و بتوفر مجموعة من الشروط الصارمة ، حيث لا يمكن السماح بالإخلال بالمنافسة إلا بصفة استثنائية ، تتمثل هذه الاستثناءات في الاتفاقات الناتجة عن نص تشريعي أو نص تنظيمي اتخذ تطبيقا له ، بشرط أن تكون الممارسات المحظورة نتيجة مباشرة وضرورية لهذا النص التشريعي أو التنظيمي الذي اتخذ تطبيقا له ، وأن يكون النص يسمح للممارسة صراحة ، كما يجب تفسير النص الذي يقرر الإعفاء تفسيرا ضيقا[1].

أو إذا كان الاتفاق المحظور يساهم في ، التقدم الاقتصادي أو التقني ، أو في تحسين التشغيل ، أوفي تعزيز الوضعية التنافسية للمؤسسات الصغيرة والمتوسطة في السوق ، تجعلها عاملا لإعفائه من الإدانة بشرط أن تفوق فوائده المؤكدة للاقتصاد تفوق الأضرار و الآثار السلبية الناجمة عنه[2].

و على هذا الأساس يحظى الاتفاق العمودي الذي يبرم عادة في شكل عقد توزيع ، بالترخيص على أساس أنه يحقق التطور الاقتصادي فيستفيد من الإعفاءات الخاصة التي نصت عليها مختلف التشريعات التي اهتمت بهذا النوع من العقود ، ويعتبر عقد الفرانشيز من الاتفاقات العمودية التي تستفيد من الإعفاءات المنصوص عليها في التشريعات الأوروبية ، و الفقرة 02 المادة 09 أعلاه ، كما يدخل ضمن

[1]- منصور داود ،المرجع السابق، ص 32 .

[2]- جلال مسعد ، مدى تأثر المنافسة الحرة بالممارسات التجارية ، **مذكرة لنيل الدكتوراه في القانون فرع قانون أعمال** ، جامعة مولود معمري تيزي وزو ، 2012. المرجع السابق ، ص 111.

هذه الإعفاءات عقد التوزيع الانتقائي بسبب الآثار الإيجابية التي يحققها باعتباره عامل لتشجيع المنافسة وتدعيمها .

**أ/ عقد الفرانشيز اتفاق مقيد للمنافسة مستثنى من مبدأ الحظر**

يعتبر عقد الفرانشيز نوع من الاتفاقات العمودية المبرمة في شكل عقد توزيع ، و الأكثر شيوعا،لذلك اهتمت به قوانين المنافسة و بمدى تأثيره على السوق ، أي مدى احترامه لأحكام و مبادئ قانون المنافسة وهو عقد مشروع و يستفيد من الإعفاءات الجماعية التي نصت عليها الأنظمة الأوروبية في مجال القيود العمودية[1].

فعقد الفرانشيز من الناحية الاقتصادية هو شكل من أشكال التعامل التجاري ، وهو عقد من عقود الأعمال ، ولكنه من منظور قانون المنافسة هو ممارسة من الممارسات المقيدة للمنافسة المحظورة ، فبالرغم من أنه من العقود التي تعيق المنافسة إلا أنها في نفس الوقت تحقق التطور الاقتصادي و على هذا الأساس يرخص بها شريطة أن تحترم أحكام قانون المنافسة و الأحكام المنصوص عليها بموجب الأنظمة الأوروبية وهي الأحكام المتعلقة بالشروط الواجب توافرها في العقد ليكون مشروعا ، والبنود التي يمنع أن يتضمنها العقد بسبب آثارها المقيدة للمنافسة مهما كان التطور الذي تحققه [2].

يحقق عقد الفرانشيز التطور الاقتصادي لأنه يمكن المانح عن طريق حجم الطلبات التي يتقدم بها المتلقي من معرفة مدى طلب المستهلك لمنتجاته أو خدماته ، وبالتالي سيعمل على ترقيتها و تحسين جودتها تلبية

[1]-مختور دليلة ، المرجع السابق ، ص 147.

[2]- نفس المرجع ، ص 177.

لرغبة المستهلكين و تحسين وضعية السوق ، فعلى أطراف عقد الفارنشيز إثبات أن اتفاقهم يعمل على تحقيق هذا التطور من أجل الحصول على الترخيص [1].

يعتمد تحديد ما إذا كان عقد الفرانشيز يهدف إلى تحقيق التطور الاقتصادي بالاعتماد على : معيار مادي يتعلق بمجموعة من العناصر تتمثل أساسا في زيادة الإنتاج و تحسين جودته و توسيع مجال الاستثمار وتحسين ظروف السوق ، و معيار معنوي يتعلق بنقل المعرفة الفنية ، فعلى أطراف عقد الفرانشيز إثبات تلقين المتلقي منهج التطوير الذي اتبعه المانح للتوصل إلى المعرفة الفنية المنقولة ، لأن فكرة نقل المعرفة الفنية من الناحية الواقعية تغطي مجموعة من العناصر المترابطة فيما بينها، و هي العناصر المتعلقة بالقدرة على السيطرة على المعرفة الفنية و القدرة على الإنتاج باستخدامها ، و إعادة إنتاجها ، و تصميم معرفة فنية جديدة [2].

**ب/ عقد التوزيع الانتقائي اتفاق مقيد للمنافسة مستثنى من مبدأ الحظر:**

يعرف عقد التوزيع الانتقائي بأنه : " **ذلك العقد الذي يقوم بموجبه الممون بانتقاء و اختيار مجموعة من الموزعين دون سواهم ، فينضمون إلى الشبكة ويتكفلون بتسويق سلعه أو خدماته** " [3].

يعتبر عقد التوزيع الانتقائي اتفاق مقيد للمنافسة ، ويرجع هذا التقييد إلى انتقاء الممون لعدد محدود من المتعاملين الاقتصاديين ، و السماح لهم بتوزيع منتجاته ، وبالتالي إبعاد المتعاملين الاقتصاديين الآخرين وهو ما يتنافى مع مبادئ المنافسة الحرة التي تحظر رفض البيع الصادر من الممون ، ومع ذلك اعتبر عامل

[1] – ساسية عروسي ، عقد الفرانشيز و الممارسات المقيدة للمنافسة ، **مجلة البحوث في العقود وقانون الأعمال** ، جامعة منتوري قسنطينة الجزائر ، المجلد 05 ، العدد 02 ، السنة 2020 ، ص 47.

[2]– نفس المرجع ، ص 53،54 .

[3]– مختور دليلة ، المرجع السابق ، ص 209.

لتشجيع المنافسة و تدعيمها و استفاد من نظام الإعفاءات الجماعية الأوروبية رقم 2010/330 المتعلق بالقيود العمودية للمنافسة ، ولكن على أن يحترم مجموعة الشروط المنصوص عليها بموجب هذا النظام [1].

تتعلق هذه الشروط أساسا : بضرورة انتهاج أسلوب التوزيع الانتقائي بسبب طبيعة السلعة أو الخدمة المعنية ، أن يتم انتقاء الموزعين وفقا لمعايير موضوعية ، عدم ارتكاب احد الممارسات الموصوفة ، عدم تجاوز نسبة الممون في السوق نسبة 30% :

**1/ يجب أن تقتضي طبيعة السلعة أن يتم توزيعها توزيعا انتقائيا :**

السلع المعنية بعقد التوزيع الانتقائي هي السلع التي تحتاج إلى الحماية بسبب جودتها العالية و شهرتها و نوعيتها و سعرها ، وبالتالي يتعلق هذا النوع من التوزيع بحالات استثنائية تتعلق بتسويق نوع خاص من السلع والخدمات ذات التقنية العالية وفق معايير نصت عليها المادة 185 من النظام الأوروبي رقم 2010/330 المتعلق ب القيود العمودية للمنافسة [2].

**2/ يجب أن يتم انتقاء الموزعين وفقا لمعايير موضوعية غير تمييزية :**

تتعلق معايير الانتقاء الموضوعية أساسا : بالخبرة ، كفاءة الموزع موظفيه ، تهيئة المحل التجاري ، وان تتناسب هذه المعايير مع طبيعة المنتجات ، و أن لا تتجاوز الحد المعقول[3].

**3/عدم صدور أحد الممارسات أو القيود الموصوفة التالية :**

[1] – قندلي رمضان ، عقود التوزيع ، **أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم تخصص قانون الأعمال** ، جامعة الجيلالي ليابس سيدي باعباس ، 2018/2017، ص 281.

[2] – نفس المرجع ، ص 295.

[3] – نفس المرجع ، ص 294.

- القيود المتعلقة بالحد من حرية الموزع في تحديد أسعار المنتجات محل عقد التوزيع الانتقائي ، فلا يحق للممون أن يحدد سعر المنتج أو حتى أن يحدد له سعر أدنى.
- القيود المتعلقة بالحد من حرية الموزع المنتمي إلى الشبكة في تنظيم سياسة التوزيع .
- القيود المتعلقة بالحد من البيوع بين الموزعين أعضاء شبكة التوزيع الانتقائي ، حيث لا يجوز للممون تنظيم أو تسقيف البيوع التي تتم بين الموزعين المنضمين إلى الشبكة [1].

**4/ حصة السوق التي يحوزها الممون :**

إذا لم يتضمن عقد التوزيع الانتقائي أحد القيود الموصوفة يتم النظر إلى حصة السوق التي يحوزها الممون ، فإذا تجاوزت 30% يكون الاتفاق محظور ولا يستفيد من نظام الإعفاءات الجماعية و هذا الحظر لا يكون مباشرا بل يمكن أن يستفيد من إعفاءات أخرى ، وهي الإعفاءات الفردية .

يستفيد عقد التوزيع الانتقائي من الإعفاءات الفردية عن طريق تقديم طلب إلى سلطة المنافسة أو اللجنة الأوروبية لتبرير معايير الانتقاء الكمية والنوعية التي اعتمدها عند خلق شبكته ، و أن يثبت توفر الشروط المنصوص عليها في المادة 101 فقرة 03 من الاتفاق حول سير المجموعة الأوروبية و هي نفسها شروط الإعفاء التي تضمنتها المادة 09 من الأمر 03/03 المتعلق بالمنافسة و التي تتعلق بتحقيق الاتفاق التطور التقني و الاقتصادي من أجل استفادته من الإعفاء [2].

## الفرع الثاني

## مدى اعتبار عقود التوزيع آلية للهيمنة على السوق

[1]-مختور دليلة ، المرجع السابق ، ص 221، 222،223.

[2]- نفس المرجع ، ص 224.

إن عبارة " **التعسف في الهيمنة** " عبارة فقهية تجمع نوعين مختلفين من الممارسات المقيدة للمنافسة أولهما تتصف بالإطلاق على أساس أنها تؤدي إلى احتكار السوق من طرف مؤسسة أو مجموعة من المؤسسات و هي ممارسة التعسف في استغلال وضعية الهيمنة و ثانيهما تتصف بالنسبية على أساس أنها عبارة عن هيمنة وسيطرة مؤسسة على مؤسسة أخرى و هي ممارسة التعسف في استغلال وضعية التبعية الاقتصادية ، فهما ممارستان متشابهتان إلى حد معين لكنهما مختلفتان و باعتبار أن عقود الأعمال تجمع دائما بين طرف قوي ، يسهل توقع قوته الاقتصادية و طرف آخر أقل قوة فيكون في وضعية ضعف ، فإنها تفتح المجال لمثل هذه الممارسات ، سواء التي تتعلق باستغلال وضعية الهيمنة على السوق (**أولا**)، أو ممارسة التعسف في استغلال وضعية التبعية الاقتصادية (**ثانيا**) .

**أولا : التعسف في وضعية هيمنة على السوق أو احتكار لها**

نص المشرع الجزائري في المادة 7 من الأمر رقم 03/03 المتعلق بالمنافسة على ما يلي : " **يحظر كل تعسف ناتج عن وضعية هيمنة على السوق أو احتكار لها أو على جزء منها قصد :**

**– الحد من الدخول في السوق أو في ممارسة النشاطات التجارية فيها .**

**– تقليص أو مراقبة الإنتاج أو منافذ التسويق أو الاستثمار أو التطور التقني .**

**– اقتسام الأسواق أو مصادر التموين .**

**– عرقلة تحديد الأسعار حسب قواعد السوق بالتشجيع المصطنع لارتفاع الأسعار أو لانخفاضها .**

**– تطبيق شروط غير متكافئة لنفس الخدمات اتجاه الشركاء التجاريين ، مما يحرمهم من منافع المنافسة .**

**– إخضاع إبرام العقود مع الشركاء لقبولهم خدمات إضافية ليس لها صلة بموضوع هذه العقود سواء بحكم طبيعتها أو حسب الأعراف التجارية " .**

يرتبط عقد الفارنشيز بالتعسف في وضعية الهيمنة الاقتصادية في حالة استغلال المانح لقوته الاقتصادية الناتجة عن امتلاكه لعناصر التكنولوجيا و فرض التزامات تعسفية و غير مبررة على المتلقي كالشرط المقيد لحرية المتلقي في التعامل مع ممونين آخرين غير المانح ، و الذي يعرف بشرط حصرية التمون و ربط تلك البنود التعسفية بالتهديد بقطع العلاقة التعاقدية و بالتالي إبعاد متعاملين اقتصاديين من السوق بطريقة غير مشروعة مما يؤدي إلى الحد من درجة المنافسة ، والتقليص من عدد المتنافسين في السوق[1] .

وعلى هذا الأساس تطبق أحكام المادة 07 أعلاه على عقد الفرانشيز،و التي يتبين من خلالها أنه لتقرير الحظر على التصرفات التعسفية الناتجة عن وضعية الهيمنة يجب احتلال المتعامل الاقتصادي لوضعية مهيمنة في السوق ، وقيام هذا الأخير بإساءة استغلال هذه الوضعية عن طريق ممارسات تعسفية .

**أ/: تواجد المؤسسة في وضعية الهيمنة على السوق**

عرف المشرع الجزائري وضعية الهيمنة في الفقرة ج من المادة 3 من الأمر رقم 03/03 المتعلق بالمنافسة على أنها : "**الوضعية التي تمكن مؤسسة ما من الحصول على مركز قوة اقتصادية في السوق المعني من شأنها عرقلة قيام منافسة فعلية فيه و تعطيها إمكانية القيام بتصرفات منفردة إلى حد معتبر إزاء منافسيها ، أو زبائنها أو ممونيها** " .

إنه من أجل تقدير ما إذا كانت المؤسسة الاقتصادية في وضعية هيمنة على السوق لابد من تحديد السوق المعنية، بعدها ينبغي التحقق من مدى توفر المعايير التي تبين أن المؤسسة في وضعية هيمنة أواحتكار على السوق .

**1/تحديد السوق المعنية :**

[1]- نفس المرجع ، ص 198.

يعتبر تحديد السوق المعني خطوة أولى في طريق البحث عن مدى حيازة المؤسسة حصة هامة فيه ، والتي تملك بموجبها القدرة على التأثير السلبي على المنافسة ، وعلى كل لا يمكن الوقوف على موقع الهيمنة إلا بالاعتماد على معايير معينة تساعد على تحديد السوق وهي :

**–معيار المبادلة** : يعتبر هذا المعيار العامل المشترك بين العرض و الطلب ، بحيث يقتضي الأمر في حالة البحث عن إمكانية استبدال منتوج معين بمنتوج أخر إذا كان سعره في ارتفاع ، أي طبيعة السلعة التي تؤدى في ضوء توافر السلع البديلة [1].

**–معيار التحديد الجغرافي** : لكي يكون بمقدور مجلس المنافسة الوقوف على مدى توفر وضعية الهيمنة في السوق يجب تحديد الرقعة الجغرافية لهذه الأخيرة فسعة السوق تختلف بسعة النشاط الاقتصادي الذي تزاوله المؤسسة إذ كلما كان النشاط واسع المدى كانت السوق أوسع ، ويتمتع مجلس المنافسة بسلطة تقديرية في تعيين حدود السوق الجغرافية معتمدا في ذلك على جملة من الاعتبارات الموضوعية[2].

و بالتالي فبعد القيام بتحديد السوق المعنية من حيث السوق السلعي والسوق الجغرافي نتساءل على المقاييس التي تبين أن العون الاقتصادي في وضعية هيمنة .

## 2/ معايير تحديد وضعية الهيمنة :

[1]– بن عزة محمد ، المرجع السابق ، ص 253.

[2]– قوعراب فريزة ، المرجع السابق ، ص 7.

نص المرسوم التنفيذي رقم 314/2000 على المقاييس التي تحدد وضعية هيمنة عون اقتصادي على السوق [1] ، إلا أن الأمر 03/03 المتعلق بالمنافسة قام بإلغاء هذا المرسوم دون أن ينص على معايير أخرى لتحديد وضعية الهيمنة على السوق ، و هذا ما يجعلنا نأخذ بذات المعايير الواردة في المرسوم الملغى .

وهذه المعايير التي نصت عليها المادة 2[2]من المرسوم التنفيذي رقم 314/2000 جاءت على سبيل المثال لا الحصر و يمكن تصنيفها إلى معايير كمية و معايير نوعية [3].

– **المعايير الكمية** : أول هذه المعايير هو حصة السوق التي تحوزها المؤسسة بالمقارنة مع الحصص التي تحوزها غيرها من المؤسسات ، ولا يوجد رقم معين يحدد هذه الحصة ، غير انه من المسلم به أن تجاوز حصة المؤسسة لسنة 80 % من حصص السوق يفترض قيام وضعية الهيمنة .

وتشكل القوة الاقتصادية التي تتمتع بها مؤسسة ما على مستوى السوق ، المعيار الثاني لتحديد وضعية الهيمنة بحيث أنه عندما ترتكز القوة الاقتصادية في يد مؤسسة أو مجموعة من المؤسسات فإنها تحتل موقع هيمنة على السوق [4].

– **المعايير النوعية** : من المعايير النوعية هناك معيار حالة المنافسة ، حيث تقاس وضعية الهيمنة حسب المناخ التنافسي في السوق فإذا كان العون الاقتصادي يواجه منافسة من قبل أعوان آخرين لهم نفس القوة

---

[1]–المرسوم التنفيذي رقم 314/2000 المؤرخ في 2000/10/14 يحدد المقاييس التي تبين أن العون الاقتصادي في وضعية هيمنة و كذلك مقاييس الأعمال الموصوفة بالتعسف في الهيمنة ، **الجريدة الرسمية** عدد 61 الصادرة في 2000/10/18 (الملغى بموجب الأمر رقم 03/03 المتعلق بالمنافسة ).

[2]– **تنص المادة 2 من المرسوم التنفيذي رقم 314/2000 على أن** : " **المقاييس التي تحدد وضعية هيمنة عون اقتصادي على سوق السلع أو الخدمات أو على جزء منها هي على الخصوص ، ما يأتي :**

**حصة السوق التي يحوزها الاقتصاديين الآخرين الموجودين في نفس السوق .**

[3]– قوسم غالية ، التعسف في وضعية الهيمنة على السوق في القانون الجزائري على ضوء القانون الفرنسي ، **مذكرة لنيل درجة ماجستير في القانون** ، فرع قانون أعمال ، جامعة أمحمد بوقرة بومرداس ، 2007/2006، ص 33.

[4]– نفس المرجع ، ص 38.

فان امتلاكه لحصة سوقية كبيرة لا تخول له وضعية هيمنة إضافة إلى معايير أخرى تتمثل في الامتيازات التجارية والمالية و التقنية للمؤسسة [1].

**ب/ الاستغلال التعسفي لوضعية الهيمنة :**

بالرجوع للمادة 7 السالفة الذكر نفهم بأن المشرع الجزائري لم يحظر وضعية الهيمنة في حد ذاتها لكنه يمنع التعسف في استغلالها ، و قد عرفت المجموعة الأوروبية فكرة التعسف في وضعية الهيمنة الاقتصادية على أنها : " **فكرة موضوعية تستهدف التصرفات الصادرة عن مؤسسة مهنية ، مما يجعلها قادرة على التأثير على هيكلة السوق ، أو أن بسبب تواجد هذه المؤسسة القوية في السوق درجة المنافسة أصبحت ضئيلة للجوء هذه الأخيرة إلى وسائل مختلفة عن تلك التي تحكم المنافسة العادية عند تسويق السلع والخدمات** "[2].

لقد حددت المادة 07 أعلاه بعض حالات التعسف الناتج عن وضعية الهيمنة في السوق و تتمحور معظمها حول الأسعار وشروط البيع التي تقرها المؤسسة المهيمنة أو تلك التي تضبط علاقاتها التجارية مع الشركاء الاقتصاديين .

يحظر الاستغلال التعسفي لوضعية الهيمنة الاقتصادية بسبب آثارها المقيدة للمنافسة ، أي الإخلال بالسوق وعرقلته ،ذلك يجوز الترخيص بها استثناءا .

**1/ شرط الإخلال بالسوق لحظر التعسف في وضعية الهيمنة :**

[1]- منصور داود ، المرجع السابق ، ص 36.

[2]- مختور دليلة ، المرجع السابق ، ص 93.

يشترط أن يتسم التعسف في وضعية الهيمنة بالتأثير على هيكلة السوق أو التأثير على درجة المنافسة المتواجدة فيه، ولذلك يجب إثبات علاقة السببية بين الهيمنة و عرقلة السوق ، أي أن هذه العرقلة ناتجة عن استغلال وضعية الهيمنة الاقتصادية ، كما يجب أن يكون المساس بالسوق محسوسا ، و يتم تحديد ذلك بالنظر إلى درجة المنافسة المتبقية في السوق ، ودرجة الهيمنة ، و طبيعة و خطورة التصرفات التعسفية [1].

**2/ الترخيص بالتعسف في وضعية الهيمنة :**

كما هو الحال بالنسبة للاتفاقات المقيدة للمنافسة، فإنه يجوز الترخيص بالتعسف الناتج عن الهيمنة، وقد يكون ذلك الترخيص من التشريع أو التنظيم أو بترخيص من مجلس المنافسة ، إذا كان التعسف من شأنه أن يحقق التقدم التقني أو الاقتصادي ، أو يساهم في تحسين الشغل ، أو من شأنه السماح للمؤسسات الصغيرة والمتوسطة بتعزيز وضعيتها التنافسية في السوق [2].

كذلك يمكن لهذا الأخير أن لا يتدخل إذا كانت الممارسات المحددة في المادة 7 السالفة الذكر لا تشكل وضعية هيمنة أو احتكار للسوق[3] ويقوم بالتصريح بأنه لا يوجد داع لتدخله بخصوص هذه الممارسات بموجب وثيقة يسلمها بناءا على طلب المؤسسات المعنية ، وقد حدد المرسوم التنفيذي رقم175/05 كيفيات الحصول على التصريح بعدم التدخل بخصوص الاتفاقيات ووضعية الهيمنة على السوق [4].

---

[1]- نفس المرجع ، ص 109.

[2]- انظر المادة 9 من الأمر رقم 03/03 المتعلق بالمنافسة .

[3]- انظر المادة 8 من نفس الأمر .

[4]- المرسوم التنفيذي رقم 175/05 المؤرخ في 2005/05/12 المحدد لكيفيات الحصول على التصريح بعدم التدخل بخصوص الاتفاقيات و التعسف الناتج عن وضعية الهيمنة على السوق ، **الجريدة الرسمية** عدد35 الصادرة بتاريخ 2005/05/16.

أما في حالة إثبات قيام التعسف يتضمن قرار المجلس عقوبات بغرض وضع حد لتلك الممارسة المقيدة للمنافسة و هي العقوبات المنصوص عليها في الأمر رقم 03/03 المتعلق بالمنافسة في المواد من 56 إلى 60 ، وهي نفس العقوبات المقررة للاتفاقات المقيدة للمنافسة المشار إليها سابقا .

**ثانيا : التعسف في استغلال وضعية التبعية الاقتصادية**

يعتبر التعسف في استغلال وضعية التبعية الاقتصادية من بين المستجدات التي جاء بها الأمر رقم 03/03 المتعلق بالمنافسة ، حيث كان ينظر لهذه الممارسات في ظل القانون رقم 06/95 المتعلق بالمنافسة [1](الملغى) كصورة من صور التعسف الناتجة عن الهيمنة الاقتصادية ، لكن التطور الذي حدث مع مرور الوقت جعل المشرع الجزائري يخصص مادة مستقلة لها هي المادة 11 من الأمر 03/03 المتعلق بالمنافسة .

تنص المادة 11 فقرة 1 من الأمر رقم 03/03 المتعلق بالمنافسة على أنه " **يحظر على كل مؤسسة التعسف في استغلال وضعية التبعية لمؤسسة أخرى بصفتها زبونا أو ممونا إذا كان ذلك يخل بقواعد المنافسة .**

و هكذا يبدو من خلال النص أن ممارسة التعسف في استغلال وضعية التبعية الاقتصادية ، تقتضي وجود وضعية تبعية من مؤسسة لمؤسسة أخرى ، و استغلال هذه الوضعية تعسفيا ، بحيث يؤثر ذلك على قواعد المنافسة .

**أ/ وجود وضعية تبعية اقتصادية :**

لقد أعطت المادة 3 من الأمر رقم 03/03 المتعلق بالمنافسة في الفقرة **د** مفهوما لوضعية التبعية الاقتصادية بوصفها : "**العلاقة التي لا يكون فيها لمؤسسة ما حل بديل مقارن إذا أرادت رفض التعاقد بالشروط التي تفرضها عليها مؤسسة أخرى سواء كانت زبونا أو ممونا** ".

[1] – الأمر رقم 06/95 المؤرخ في 25 جانفي 1965 ، يتعلق بالمنافسة ، **الجريدة الرسمية** عدد 09 الصادرة بتاريخ 22 فيفري 1995 (الملغى ).

إن وضعية التبعية الاقتصادية – وفقا لمفهوم النص – تفترض وجود علاقة تجارية بين المؤسسة التابعة والمتبوعة ، هذه العلاقة حددتها المادة السابقة من زاوية المؤسسة المتبوعة ، فذكرت أنا قد تكون زبوننا أو ممونا ، الأمر الذي يوحي باتساع نطاق وضعية التبعية الاقتصادية و إمكانية تحققها في شتى العلاقات التجارية [1] .

**1) تبعية الزبون للممون :**

يتم تقدير حالة تبعية الموزع للممون على أساس شهرة العلامة التجارية و ذلك إذا كان حصول الموزع على زبائن يتوقف على علامة المواد التي يتولى توزيعها ، وعلى أساس حصة السوق التي يحوزها الممون ورقم الأعمال الذي يحققه الموزع مع الممون ، و غياب منتجات بديلة في السوق[2].

**2) تبعية الممون للموزع :**

تقاس حالة تبعية الممون للموزع على أساس أهمية الموزع في مجال تسويق المواد المعنية، وعلى أساس مدى تركيز منتجات الممون لدى الموزع ، وحصة رقم أعمال المحققة من الممون مع الموزع ، إضافة إلى عدم وجود حل بديل أمام الممون لتصريف منتجاته [3].

**ب/ الاستغلال التعسفي لوضعية التبعية الاقتصادية :**

شأنها شأن باقي الممارسات المقيدة للمنافسة ، فان وضعية التبعية الاقتصادية لا تشكل في حد ذاتها ممارسة مقيدة للمنافسة ، بل لابد من وجود عنصر التعسف في هذه الوضعية بشكل يخل بقواعد المنافسة

[1]- بوحلايس الهام ، الاختصاص في مجال المنافسة ، **مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص** ، جامعة منتوري قسنطينة 2005/2004 ، ص 23.

[2]- منصور داود، المرجع السابق ، ص 39 .

[3]- مزغيش عبير ، التعسف في استغلال وضعية التبعية الاقتصادية كممارسة مقيدة للمنافسة ، **مجلة الفكر** ، جامعة محمد خيضر بسكرة الجزائر ، المجلد 09 ، العدد 2 ، 2014 ، ص 508 ، 509.

وحتى يسهل المشرع عملية تحديد مدى وجود هذه الممارسة نص في الفقرة 2 المادة 11 من الأمر رقم 03/03 المتعلق بالمنافسة على بعض أوجه التعسف في استغلال وضعية التبعية الاقتصادية .

تتمثل هذه الأوجه على الخصوص في :

**1) رفض البيع دون مبرر شرعي :**

يعتبر رفض البيع دون مبرر شرعي ممارسة من الممارسات التجارية الغير نزيهة التي منعها المشرع الجزائري في القانون رقم 02/04 الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية ، في المادة 15 منه التي جاء فيها " ... **يمنع رفض بيع سلعة أو تأدية خدمة بدون مبرر شرعي إذا كانت هذه السلعة معروضة للبيع أو كانت الخدمة متوفرة ...**" .

**2) البيع المتلازم أو التمييزي :**

قد يوحي البيع المتلازم أو التمييزي للوهلة الأولى أنهما مسميان لعلاقة تجارية واحدة ، بسبب استعمال المشرع لحرف "أو" كحرف ربط بدلا من حرف "و" ، إلا أنهما مسميان مختلفان عن بعضهما فالبيع المتلازم هو اقتناء سلعة معينة مع سلعة أخرى وجوبا[1]، أما البيع التمييزي فهو ذلك البيع الذي تمنح بموجبه جملة من الامتيازات لزبون معين دون غيرة أو تطبق عليه شروط خاصة تختلف عن الشروط العامة للبيع [2].

و قد منع المشرع الجزائري البيع المتلازم بموجب نص المادة 17 من القانون 02/04 الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية [3].

**3)البيع المشروط باقتناء كمية دنيا :**

[1]- لعور بدرة ، المرجع السابق ، ص 102، 103 .

[2]- بوحلايس الهام ، المرجع السابق ، ص 26.

[3]- تنص المادة 17 من القانون رقم 02/04 الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية على " **يمنع اشتراط البيع بشراء كمية مفروضة أو اشتراك البيع بشراء سلع أخرى أو خدمات ، وكذلك اشتراط تأدية خدمة بخدمة أو ... أو بشراء سلعة** ".

هو ذلك البيع الذي تشترط فيه المؤسسة المتبوعة الكمية الواجب شراؤها وتحديدها بحدها الأدنى دون مراعاة طلب المؤسسة التابعة ، وتدخل هذه الممارسة أيضا ضمن المنع المنصوص عليه في المادة 17 من القانون رقم 02/04 الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية ، حيث أن عبارة " **يمنع البيع بشراء كمية مفروضة** " عبارة مفتوحة على كل الاحتمالات الكمية الدنيا و الكمية القصوى [1].

**4)الالتزام بإعادة البيع بسعر أدنى :**

يقصد به إجبار المؤسسة المتبوعة المؤسسة التابعة على إعادة بيع منتجاتها بسعر أدنى من سعر التكلفة.

**5) قطع العلاقة التجارية لمجرد رفض المتعامل لشروط غير مبررة :**

كأن تفرض المؤسسة المنتجة الدفع المسبق بشهر قبل اقتناء البضاعة فإذا رفضت المؤسسة التابعة هذا الشرط و قامت المؤسسة المتبوعة بقطع العلاقة التجارية معها تكون بصدد ممارسة محظورة [2].

يعتبر الموزع تاجر مستقل ، لذا تحظر قوانين المنافسة كل تقييد لحريته ، فلا يحق للممون تقييد حرية الموزع عن طريق تحديد سعر بيع أدنى من السعر المرجعي ، وعلى هذا الأساس يعتبر كل بند يحد من حرية الموزع في تحديد السعر باطلا ، لكن من الناحية العملية غالبا ما يلتزم الموزع بالثمن الذي يفرضه الممون رغم مخالفة ذلك لأحكام قانون المنافسة ، فيعيد الموزع ببيع السلع بالسعر المفروض عليه تخوفا منه من قطع العلاقة التعاقدية ، فتعسف الممون في هذه الوضعية تجعله مرتكب لمخالفة التعسف في وضعية التبعية الاقتصادية المحظورة بموجب قانون المنافسة . [3]

[1]- لعور بدرة ، المرجع السابق ، ص 111 .

[2]- بن عزة محمد ، المرجع السابق ، ص 256.

[3]- مختور دليلة ، المرجع السابق ، ص 198 ،199 .

## المطلب الثاني

## عقود الأعمال و مراقبة التجميعات الاقتصادية

يتميز النظام الاقتصادي العالمي بظاهرة تركز المشروعات التجارية و تحالف الشركات الكبرى لبناء وحدات اقتصادية عملاقة [1]، و هي ظاهرة تؤثر تأثيرا كبيرا على المؤسسات الوطنية في سوق المنافسة ، مما يبرر لجوء هذه المؤسسات إلى التكتل فيما بينها في إطار ما يعرف بالتركيز الاقتصادي المرادف القانوني للتجميعات الاقتصادية .

إن عقود الأعمال لها دور هام في تشكيل التجميعات الاقتصادية ، باعتبارها وسيلة قانونية هامة لتحقيق العلاقات الاقتصادية الدولية ، و آلية عملية لتركيز المشاريع الاقتصادية إذ يمكن المتعاملين الاقتصاديين من التكتل و التجميع من أجل التصدي لمنافسة التجميعات الأخرى .

حيث تعتبر عقود الأعمال من العقود التي يمكن أن تكون وسيلة تحقق النفوذ الدائم الذي يشكل تجميع اقتصادي يمس بالمنافسة في حال توفرت شروط ذلك ، فعقود التسيير من عقود الأعمال التي يمكن أن يتم استغلالها كوسيلة لتحقيق النفوذ الدائم الذي يشكل تجميع اقتصادي ، و كذلك الحال بالنسبة لعقد الفرانشيز وعقود أخرى من عقود التوزيع ...إلخ .

تعتبر عمليات التجميع الاقتصادي ، من العناصر الأساسية التي تساهم في تنمية وتطوير الاقتصاد الوطني و تمكنه من مواجهة تحديات المنافسة الأجنبية ، إلا أنه ، مع ذلك ، وحفاظا على توفير جو تنافسي داخل السوق الوطنية ، تبقى مسألة فرض رقابة على التجميعات الاقتصادية أمر ضروري ، و من أجل ذلك نظم الأمر 03/03 المتعلق بالمنافسة مسألة مراقبة التجميعات الاقتصادية (**الفرع الأول** ) ، و حدد شروط و إجراءات إخضاع هذه التجميعات للرقابة و من خلال هذه الرقابة يمكن الكشف عن

[1]- أمل محمود شلبي ، **التنظيم القانوني للمنافسة** ، دراسة مقارنة ، بدون طبعة ، المكتب الجامعي الحديث ، الإسكندرية ، مصر ، 2008 ص 158 .

التعسف الناتج عن استغلال عقود الأعمال في تشكيل تكتلات و تجميعات تحقق النفوذ الدائم على السوق الذي من شأنه المساس بالمنافسة(**الفرع الثاني** ).

## الفرع الأول

## مفهوم التجميعات الاقتصادية

التجميع الاقتصادي أسلوب تلجأ إليه المؤسسات كوسيلة لتزيد قوتها وهيمنتها في السوق ، وللدفاع عن نفسها ضد تهديدات المؤسسات الكبرى ، وللتجميع الاقتصادي أنواع عديدة تختلف باختلاف الأهداف التي يرمي إليها كل تجميع ، كما أنه يتم بوسائل مختلفة .

وعليه سنتطرق إلى تعريف التجميعات الاقتصادية و أنواعها في (**أولا**) ، ثم نتطرق إلى الصور أو الأشكال التي تتم بها عملية التجميع في (**ثانيا**).

### أولا : تعريف التجميعات الاقتصادية و أنواعها

سنتطرق في هذا الفرع لتعريف التجميعات الاقتصادية ، ثم نتطرق لأنواع التجميعات الاقتصادية.

**أ/ تعريف التجميعات الاقتصادية :**

يعرف بعض الفقهاء التجميع الاقتصادي على أنه ، ظاهرة اقتصادية تتسم بنمو حجم المؤسسات من جهة و بانخفاض عدد المؤسسات التي تعمل في السوق من جهة ثانية ، وهو تعريف اقتصادي يركز على الأثر والنتيجة التي تتحقق من عملية التجميع[1].

أما فقهاء القانون فيعرفون التجميع الاقتصادي على النحو التالي : " التجميع الاقتصادي عملية قانونية تنتج عن اتفاق بين مجموعة من المقاولات عن طريق الاتحاد أو عن طريق المراقبة والمشاركة في رأسمال المال الاقتصادي الذي يمارسه ، مع الإشارة إلى أن هذه العمليات لا تكون موضع مراقبة ولا تدخل ضمن

[1]- جلال مسعد ، المرجع السابق ، ص 187 .

ما هو محظور إلا عندما تمس بحرية المنافسة أو عندما تحقق المنشات المعنية حدا معينا من البيوع داخل السوق"[1].

لقد ركز هذا التعريف على الوسائل القانونية التي تتم بها عمليات التجميع .

**ب/ أنواع التجميعات الاقتصادية :**

يمكن تقسيم التجميعات الاقتصادية إلى ثلاث أنواع : أفقية ، عمودية ، تنويعية .

**1/ التجميع الأفقي :**

يقصد به انضمام شركتين أو أكثر في الخط التجاري نفسه و في السوق الجغرافي نفسه ، وهو تجميع يؤدي إلى ارتفاع الأسعار شانه شأن تكوين التحالفات ، ويسمح كذلك بتكوين احتكارات بعد زيادة أحجام و نسب التجميع مما يؤدي إلى التحكم في الأسعار و الإنتاج[2].

وغالبا يتم اللجوء إلى هذا النوع من التجميع الاقتصادي بغرض التخلص من المنافسة بين الشركات و يكون ذلك باندماجها معا و هو يؤدي إلى زيادة رأس مال الشركة والأيدي العاملة بها ومن ثم زيادة نصيبها في السوق و قوتها الاحتكارية [3].

**2/ التجميع العمودي أو الرأسي :**

يقصد به اتحاد شركتين أو أكثر تنتجان الإنتاج في مراحل مختلفة من ذات الصناعة فهو تجميع شركتان تقوم إحداهما بإنتاج السلعة في مراحل إنتاجها الأولية، بينما تقوم الثانية بإتمام إنتاج السلعة كمنتج

[1]- نجاة بن جوال، النظام القانوني للتجميعات الاقتصادية في ظل قانون المنافسة ، **مذكرة مكملة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق** جامعة محمد بوضياف المسيلة ، 2015/2014 ، ص 6.

[2]- معين فندي الشناق ، **الاحتكار و الممارسات المقيدة للمنافسة في ضوء قوانين المنافسة والاتفاقيات الدولية** ، بدون طبعة ، دار الثقافة للنشر و التوزيع عمان ، الأردن ، 2010 ،ص 207.

[3]- أمل محمود شلبي ، المرجع السابق ، ص 162.

نهائي ،و غالبا ما يلجا إلى هذا النوع من التجميع بغرض اكتفاء الشركة التجارية المستحوذة ذاتيا بحيث تنتج سلعة ما ابتدءا من مادتها الأولية حتى مرحلة التوزيع و التسويق[1].

**3/ التجميع التنويعي أو المختلط :**

يتم التجميع التنويعي بين مؤسسات متباينة ، تشارك في أنواع مختلطة من النشاطات الاقتصاديةفهذا التجميع يضم مؤسستين أو أكثر في صناعات غير متصلة ببعضها البعض [2].

والهدف منه هو إنشاء إدارة جديدة أفضل و أقوى للمؤسسات المندمجة ، وينتج عن هذا النوع من التجميعات زيادة في الحجم لكنه لا يقلل من المنافسة بالضرورة[3].

**ثانيا : أشكال التجميعات الاقتصادية**

حدد المشرع الجزائري الأشكال التي يمكن أن تتخذها التجميعات الاقتصادية بموجب المادة 15 من الأمر رقم 03/03 المتعلق بالمنافسة كما يلي : " **يتم التجميع في مفهوم هذا الأمر إذا :**

**1) اندمجت مؤسسات أو أكثر كانت مستقلة من قبل .**

**2) حصل شخص أو عدة أشخاص طبيعيين لهم نفوذ على مؤسسة على الأقل ، أو حصلت مؤسسة أو عدة مؤسسات على مراقبة مؤسسة أو عدة مؤسسات أو جزء منها بصفة مباشرة أو غير مباشرة ،عن طريق أخذ أسهم في رأس المال أو عن طريق شراء عناصر من أصول المؤسسة أو بموجب عقد أو بأي وسيلة أخرى .**

**3) أنشئت مؤسسة مشتركة تؤدي بصفة دائمة جميع وظائف مؤسسة اقتصادية مستقلة".**

[1]- كحال سلمى ، المرجع السابق ، ص 93.

[2]- نفس المرجع ، نفس الصفحة .

[3]- جلال مسعد ، المرجع السابق ، ص 193.

و تضيف المادة 16 من الأمر رقم 03/03 المتعلق بالمنافسة أنه : " **يقصد بالمراقبة المذكورة في الحالة 2 من المادة 15 أعلاه ، المراقبة الناتجة عن قانون العقود أو عن طرق أخرى تعطي بصفة فردية أو جماعية حسب الظروف الواقعة ، إمكانية ممارسة النفوذ الأكيد و الدائم على نشاط مؤسسة ، لاسيما فيما يتعلق بما يأتي :**

**1) حقوق الملكية أو حقوق الانتفاع على ممتلكات مؤسسة أو على جزء منها .**

**2) حقوق أو عقود المؤسسة التي يترتب عليها النفوذ الأكيد على أجهزة المؤسسة من ناحية تشكيلها أو مداولاتها أو قراراتها ".**

من خلال النصين السابقين نجد أن التجميعات الاقتصادية يمكن أن تتخذ ثلاث أشكال هي : الاندماج سلطة المراقبة والنفوذ ، إنشاء مؤسسة مشتركة .

**أ/ الاندماج :**

يعرف الاندماج بأنه "عملية قانونية تتوحد بمقتضاها شركتان أو أكثر و يتم هذا التوحد بانصهار إحداهما في الأخرى ، وإما بمزجهما معا في شركة جديدة تحل محلها"[1].

لقد نظم القانون التجاري الجزائري أحكام الاندماج في المواد من 744 إلى 764 حيث نص في المادة 744 على نوعين من الاندماج : الاندماج بطريق الضم من خلال انصهار شركة أو أكثر في شركة قائمة مما يؤدي إلى حلها و فقدانها للشخصية المعنوية أو بطريق المزج بموجب حل و اندماج شركتين أو أكثر في شركة واحدة جديدة ، أو عن طريق المزج الانفصالي المتمثل في تحويل آو فصل شركة لجزء من ممتلكاتها كفرع إنتاجي و دمجه في شركة أخرى دون أن يؤدي ذلك إلى زوال شخصيتها المعنوية .

**ب/ سلطة المراقبة و النفوذ :**

[1]- منصور داود، المرجع السابق ، ص 46 .

بموجب المادة 15 الفقرة 2 والمادة 16 من الأمر رقم 03/03 المتعلق بالمنافسة ، فإنه يعتبر بمثابة تجميع تلك العملية التي تكتسب بموجبها مؤسسة نفوذا قاطعا و أكيدا على مؤسسة أو أكثر و ممارسة الرقابة عليها بصفة مباشرة أو غير مباشرة عن طريق أخذ أسهم من رأسمالها أو عن طريق شراء عناصر من أصولها ، أو بموجب عقد ناقل للملكية أو لحق الانتفاع أو عن طريق أية وسيلة أخرى تعاقدية أو مالية تسمح لها بالتحكم في سير المؤسسة المسيطر عليها و التأثير عليها .

يؤخذ في الاعتبار أن النفوذ والمراقبة تتم من قبل شخص عبرت عنه المادة 15 الفقرة 2 في بدايتها "...**إذا حصل شخص أو عدة أشخاص طبيعيين** ..." و رجعت مرة أخرى لتستعمل مصطلح مؤسسة الذي يطلق طبقا لنص المادة 3 من ذات الأمر على الشخص الطبيعي تماما مثلما يطلق على الشخص المعنوي مما يبرز أن المشرع الجزائري لم يقتنع بهذه الفكرة ، إذ انه يعود ويقصر لفظ المؤسسة للدلالة على الشخص المعنوي فقط [1].

هذا من حيث الأشخاص ، أما من حيث وسائل الحصول على الرقابة فالملاحظ أنه يمكن ممارسة النفوذ والرقابة على مؤسسة من طرف مؤسسة أخرى من خلال وسيلة حقوق الملكية و هي من أبسط طرق ممارسة النفوذ الأكيد لأن امتلاك حقوق ملكية يمنح لصاحبها ممارسة النفوذ كونه جامع لأغلبية الأصوات[2] وتعد شركة أو مؤسسة مملوكة أو مسيطر عليها أو منتسبة لشركة أخرى عندما تكون هذه الأخيرة تمتلك لأكثر من 50%من رأس المال ملكية كاملة و هذا ما تنص عليه المادة 729 من القانون التجاري الجزائري التي جاء فيها : " **إذا كانت لشركة أكثر من 50 % من رأسمال شركة أخرى تعد الثانية تابعة للأولى** ".

[1]- بوحلايس الهام ، المرجع السابق ، ص 32.

[2]- نجاة بن جوال ، المرجع السابق ، ص 49.

تعد حقوق الانتفاع أيضا وسيلة للممارسة النفوذ الأكيد والدائم على مؤسسة أخرى إذ من الممكن لتحقيق التجميع أن تقوم مؤسسة بإبرام عقد ناقل لحق الانتفاع ، موضوعه تأجير أصل من أصولها التجارية التي يمكن استثمارها في العمل التجاري كبراءة الاختراع أو العلامة التجارية إلى مؤسسة أخرى لتكون تحت سيطرتها و لو مؤقتا[1].

و قد نص المشرع على العقود كوسيلة لاكتساب النفوذ الأكيد و من بين هذه العقود التي يقصدها المشرع عقد التسيير ، و عقد الفرانشيز ، و عقود أخرى من عقود التوزيع ، غير أننا سنركز على عقد التسيير وعقد الفرانشيز فقط كوسيلة لتحقيق الرقابة و النفوذ.

**1/ عقد التسيير كوسيلة من وسائل ممارسة المراقبة و التنفيذ :**

ظهر عقد التسيير نتيجة رغبة المؤسسات في التطور و التوسع والتحكم في السوق ، فعقد التسيير هو إجراء حديث لتسيير مؤسسة الغير من طرف شركة متخصصة في ميدان معين عن طريق القيام بجميع التصرفات الضرورية لتنفيذه .

حيث يعتبر عقد التسيير حديث النشأة ، و قد اعتمدت عليه الولايات المتحدة الأمريكية في منتصف السبعينات في إسناد العديد من النشاطات إلى شركات متخصصة لتقوم بعملية التسيير وذلك بموجب العقد الذي أطلق عليه تسمية " Managemant Contract " ، و لعل حداثته هي أحد أسباب عدم استقرار ووضوح قواعده إلى جانب ارتباطه بعالم الأعمال ، حيث لم يتم تقنينه حتى في الولايات المتحدة التي ظهر فيها ولا حتى في الدول الأوروبية التي انتشر فيها خاصة انجلترا و فرنسا [2].

[1]- كحال سلمى ،المرجع السابق ، ص 92.

[2]- كمال آيت منصور ، **عقد التسيير** ، دار بلقيس ، الدار البيضاء ، الجزائر ، بدون طبعة ، بدون سنة نشر ، ص 04، 06 .

أما بالنسبة للجزائر فمع حلول سنة 1988 و بداية الإصلاحات الاقتصادية و تأثيرها على قانون العقود بما يلاءم ما توصلت إليه الممارسة الدولية من تقنيات التعاقد في مجال الأعمال ، تم تنظيم عقد التسيير بهدف بلوغ الإصلاحات المراد القيام بها .

و من أجل ذلك تمم القانون المدني الجزائري في سنة 1989 بموجب القانون رقم 01/89 بإضافة عقد التسيير ، وكان ذلك لحل مشاكل سوء تسيير المؤسسات الاقتصادية ، و قد نظم المشرع الجزائري هذا العقد تحت تسمية عقد التسيير و هي في الحقيقة تسمية قاصرة لا تعبر عن المعنى الأصلي لعقد "**المناجمنت**" بالمفهوم الانجلوسكسوني [1] .

عرف المشرع الجزائري عقد التسيير بموجب المادة الأولى من القانون رقم 01/89 المعدل و المتمم للقانون المدني كالتالي : " **عقد التسيير هو ذلك العقد الذي يلتزم بموجبه متعامل يتمتع بشهرة معترف بها ، يسمى مسيرا ، إزاء مؤسسة عمومية اقتصادية أو شركة مختلطة الاقتصاد ، بتسيير كل أملاكها أو بعضها باسمها ولحسابها مقابل أجر فيضفي عليها علاماته حسب مقاييسه و معاييره ، ويجعلها تستفيد من شبكاته الخاصة بالترويج و البيع** " .

و بذلك يعتبر عقد التسيير من الوسائل التي تمنح لمؤسسة ما حق تسيير أملاك مؤسسة أخرى أو جزء منها باسمها و لحسابها و بمقابل أجر فيضفي عليها علاماته ، ويجعلها تستفيد من شبكاته الخاصة بالترويج

[1]– اختلف بعض الفقهاء حول أصل كلمة "مناجمنت " فمنهم من يرى أنها من أصل لاتيني مشتقة من كلمة " Manus " " Main " أي اليد و التي توحي إلى فكرة القيادة والسلطة ، وهناك من يرى أنها فكرة القيادة والسلطة ، والبعض الآخر يراها أنها كلمة ايطالية " Managiare " تقابلها باللغة الفرنسية كلمة " Manœuvrer " و التي تعني التسيير والقيادة إلا أن أغلبية الفقه يرى أنها من أصل انجلوساكسوني ، أما بالنسبة لمصطلح "التسيير" الذي يقابله باللغة الفرنسية كلمة "Gestion" ، فإن له معاني متعددة و في ميادين مختلفة و يقصد به الإدارة والتوجيه ، و كذلك يدل على الطريقة و الأسلوب التي يتم بها توجيه الموارد المادية و الإنسانية لتحقيق الأهداف المسطرة انطلاقا من عمليات محددة تتمثل في التخطيط ، التنظيم ، الرقابة والتوجيه " ، قبايلي الطيب ، الطبيعة القانونية لعقد التسيير وفقا للقانون الجزائري ، **الملتقى الوطني الموسوم ب مبدأ سلطان الإرادة في عقود الأعمال بين الحرية و التقييد** ، جامعة امحمد بوقرة بومرداس 06، 07 نوفمبر 2017 ، ص 01 ، 02.

و البيع و هذا ما يمكنها من مراقبة المؤسسة المسيرة ، حيث تكون هذه الأخيرة في وضعية تبعية للمسير [1] و على هذا الأساس يعتبر عقد التسيير من العقود التي تعتبر وسيلة لتحقيق المراقبة و التنفيذ لتشكيل التجميع الاقتصادي .

**2/ عقد الفرانشيز وسيلة لتحقيق المراقبة و التنفيذ :**

يمكن أن يكون عقد الفرانشيز وسيلة لتحقيق المراقبة و النفوذ الدائم و التي تؤدي إلى تشكيل للتجميع الاقتصادي ، و على هذا الأساس يخضع للمراقبة من قبل مجلس المنافسة .

**ج/ إنشاء مؤسسة مشتركة :**

إلى جانب الاندماج و المراقبة أضاف المشرع الجزائري وسيلة أخرى يمكن أن يتم بها التجميع الاقتصادي و هي الحالة رقم 3 في المادة 15 أعلاه " **أنشئت مؤسسة مشتركة تؤدي بصفة دائمة جميع وظائف مؤسسة اقتصادية مستقلة** ".

إن المؤسسة المشتركة تعتبر شكلا خاصا من أشكال التعاون بين المؤسسات و تكون خاضعة لرقابة مشتركة من المؤسسات المنشئة لها [2].

تكون المؤسسة المشتركة وسيلة لتحقيق التجميع الاقتصادي إذا توافر فيها شرطي الاستقلالية والاستمرارية والمقصود بذلك استقلاليتها عن الشركات المنشئة لها في قراراتها بشان إستراتجيتها التجارية ، مع ضرورة ممارستها بصفة دائمة كل المهام المنوطة بمؤسسة اقتصادية تنافسها سواء في مجال الإنتاج أو التوزيع أو الخدمات ، مما يدل على أنها إذا كانت تمارس نشاطها بصفة مؤقتة فإنها تفلت من المراقبة[3].

[1] – نفس المرجع ، نفس الصفحة .

[2]– منصور داود ، المرجع السابق ، ص 58.

[3]– كحال سلمى، المرجع السابق ، ص 91 .

## الفرع الثاني

## إخضاع التجميعات الاقتصادية للرقابة

نظم المشرع الجزائري كما أشرنا سابقا أحكام التجميعات الاقتصادية بموجب الأمر 03/03 المتعلق بالمنافسة في المواد من 15 إلى 22 من الفصل الثالث حيث استبعد التجميعات الاقتصادية من قائمة الممارسات المقيدة للمنافسة و نص على مشروعيتها إلى حين التأكد من عدم مساسها بالمنافسة ، فهو لم يقم بحظرها في الأصل كما فعل بشأن الممارسات المقيدة للمنافسة بل اعترف بشرعيتها مع فرض رقابة عليها .

تتم هذه الرقابة وفق شروط معينة ( **أولا**)، وبعد إتباع إجراءات قانونية محددة لتتوج هذه الرقابة في الأخير بترخيص التجميع أو رفضه (**ثانيا**).

**أولا: شروط مراقبة التجميعات**

تنص المادة 17 من الأمر رقم 03/03 المتعلق بالمنافسة على أنه : " **كل تجميع من شأنه المساس بالمنافسة ولاسيما بتعزيز وضعية هيمنة مؤسسة على سوق ما ، يجب أن يقدمه أصحابه إلى مجلس المنافسة الذي يبت فيه في اجل ثلاث( 3) أشهر** " ، و تضيف المادة 18 من ذات الأمر أنه " **تطبق أحكام المادة 17 أعلاه ، كلما كان التجميع يرمي إلى تحقيق حد يفوق 40 % من المبيعات أو المشتريات المنجزة في سوق معينة**" .

بمقتضى هاتين المادتين يمكن حصر الشروط المتعلقة برقابة التجميع في شرطين أساسين هما: المساس بالمنافسة ، تحقيق حد يفوق 40 % في المساس بالمنافسة .

**أ/ المساس بالمنافسة :**

اعتبر المشرع الجزائري المساس بالمنافسة بصفة عامة شرط أساسي لإخضاع التجميعات الاقتصادية للرقابة و اعتبر تعزيز وضعية الهيمنة إحدى أهم تطبيقات المساس بالمنافسة .

فلا تخضع عمليات التجميع للرقابة إلا إذا كان من شأنها إلحاق الضرر بالمنافسة من خلال تدعيم موقع الهيمنة الذي يحتله المتعامل الاقتصادي على مستوى السوق ، ذلك يوحي بأن كل من التجميعات الاقتصادية و وضعية الهيمنة نظامان يكملان بعضهما البعض فمراقبة إحداهما يغني عن مراقبة الآخر[1].

**ب/ تحقيق حد يفوق 40 % في المساس بالمنافسة :**

يتم تقدير المساس بالمنافسة طبقا للمادة 18 من الأمر رقم 03/03 المتعلق بالمنافسة المشار إليها أعلاه ، كلما كان يرمي إلى تحقيق أكثر من 40 % من المبيعات والمشتريات المنجزة في السوق ، وهي النسبة التي رفعها المشرع الجزائري بنسبة 10 % بالمقارنة مع ما كان معمولا به في ظل الأمر 06/95 المتعلق بالمنافسة (الملغى)حيث كانت تقدر ب 30% .

تطرق المشرع من خلال نص المادة 18 أعلاه إلى معيارين أساسيتين لتحديد فكرة النسبة القانونية : أولهما يتمثل في المعيار الكمي و المتمثل في نسبة 40% من المبيعات أو المشتريات ، وثانيهما معيار حصة السوق .

**1/المعيار الكمي :**

يعتبر المعيار الكمي هو المعيار الوحيد الذي استند عليه المشرع في تقدير التجميعات الاقتصادية في ظل الأمر رقم 03/03 المتعلق بالمنافسة ، بعدما كان في ظل الأمر 06/95 المتعلق بالمنافسة (الملغى) يستند إلى جانب المعيار الأساسي المتمثل في نسبة 30% على معايير أخرى ثانوية يمكن لمجلس المنافسة

[1]- لعور بدرة ، المرجع السابق، ص 147.

أن يستند عليها و هذه المعايير الثانوية نص عليها المرسوم التنفيذي رقم 315/2000 الذي يحدد مقاييس تقدير التجميع [1] إلا أن هذا المرسوم لم يرى النور سوى ثلاث 3 سنوات حيث تم إلغاؤه بموجب المادة 73 من الأمر رقم 03/03 المتعلق بالمنافسة .

يهدف المشرع من وراء و ضع النسبة أو المعيار الكمي إلى إقصاء جميع العمليات الصغيرة جدا من مجال التطبيق والتي لا تأثير لها، والزيادة في هذه النسبة يعني مزيدا من التقليص في مجالات المراقبة [2].

**2/معيار حصة السوق :**

عرفت المادة 3 من الأمر رقم 03/03 المتعلق بالمنافسة ، السوق على أنه " كل سوق للسلع أو الخدمات المعنية بممارسات مقيدة للمنافسة ، وكذا تلك التي يعتبرها المستهلك مماثلة أو تعويضية لاسيما بسبب مميزاتها أو أسعارها والاستعمال الذي خصصت له ، والمنطقة الجغرافية التي تعرض المؤسسات فيها السلع أو الخدمات المعنية " .

من خلال تحليل هذه المادة يتبين لنا أنه يمكن تحديد حصة السوق من خلال تحديد البعد السلعي والجغرافي لها .

– **السوق السلعي** : و هو المكان الذي يلتقي فيه العرض والطلب حول منتوج أو خدمة معينة ، يتم بموجبه التعرف على درجة تقييد التجميع من خلال العمل التجاري الذي تم تحقيقه بفعل التجميع .

– **السوق الجغرافي** : يقصد به المنطقة الجغرافية التي تضم السلع والخدمات ، وطبقا للعبارة الواردة في المادة 18 " **المبيعات أو المشتريات المنجزة في السوق المعنية** " فمصطلح السوق المعنية يفهم منها تلك

[1]– المرسوم التنفيذي رقم 315/2000 ، المؤرخ في 2000/10/18 الذي يتضمن مقاييس تقدير التجميع ، **الجريدة الرسمية** عدد 61 الصادرة بتاريخ 2000/10/18 (الملغى ).

[2]– منصور داود ، المرجع السابق ، ص 65.

السوق الوطنية أو جزء جوهري منها ، وهو ما يسمح بتغطية حالات التجميع المحلية التي تقع في السوق الوطنية[1].

**ثانيا : إجراءات مراقبة التجميعات الاقتصادية وآثارها**

بوصول المؤسسات المجتمعة السقف المحدد في المواد 17 و18 من الأمر رقم 03/03 المتعلق بالمنافسة تدخل في نطاق النص التشريعي للرقابة على التجميعات الاقتصادية ، و تتم هذه الرقابة من قبل مجلس المنافسة وفق إجراءات محددة نظمها القانون ، تنتهي بآثار معينة تنتج عن الرقابة.

**أ/ إجراءات الرقابة :**

في التشريع الجزائري تتم إجراءات مراقبة التجميعات وفق مرحلتين : تقديم طلب الترخيص بالتجميع ، والبت فيه بقرار من مجلس المنافسة .

**1) طلب الترخيص بالتجميع :**

ألزم المشرع الجزائري أصحاب التجميعات الاقتصادية بإخطار مجلس المنافسة بالتجميعات ، خاصة التي ممكن أن تمس بالمنافسة كما هو مبين في المادة 17 أعلاه وترك تحديد شروط و كيفيات تقديم طلب الترخيص بالتجميع ، للتنظيم وهو ما يظهر من خلال المادة 22 من الأمر رقم 03/03المتعلق بالمنافسة وبالفعل صدر المرسوم التنفيذي رقم 219/05 المتعلق بالترخيص بالتجميعات الاقتصادية [2].

و طبقا للمادتين 5 و6 من هذا المرسوم السالف الذكر ، يتم تقديم طلب الترخيص من المؤسسات المعنية بالتجميع أو ممثلوها الذين يجب أن يقدموا توكيلا مكتوبا يبرز صفة التمثيل المخولة لهم .

يتم تقديم هذا الطلب ضمن ملف يتكون من مجموعة من الوثائق التي تتمثل في :

[1]- كحال سلمى ، المرجع السابق ، ص 96.

[2] - المرسوم التنفيذي رقم 219/05 المؤرخ في 21 جانفي 2005 ، يتعلق بالترخيص لعمليات التجميع ، **الجريدة الرسمية** عدد 43 الصادرة بتاريخ 29 جانفي 2005 .

– طلب ترخيص مؤرخ وموقع من المؤسسات المعنية أو ممثليها يتضمن مجموعة من المعلومات متعلقة بالتعريف بصاحب أو أصحاب الطلب و المشاركين الآخرين فيه وموضوع الطلب ، وتصريح الموقعين بصحة المعلومات و جميع الوثائق والمستندات المرفقة بالطلب [1].

– استمارة معلومات تتعلق بعملية التجميع التي ألحق نموذج منها بالمرسوم السابق الذكر تتضمن مجموعة من المعطيات منها ما يتعلق ، بالمؤسسات أطراف التجميع من حيث النشاط المعني بالتجميع و رقم أعماله وهيكل رأس المال الاجتماعي لكل مؤسسة، ومنها ما يتعلق بالتجميع ذاته من حيث : طبيعته هيكله الاقتصادي و المالي و هدفه، كما تتضمن الاستمارة مجموعة أخرى من المعلومات الخاصة بسوق المنتوجات أو الخدمات المعنية بالتجميع ، وآثار التجميع عليها .

– تبرير السلطات المخولة للشخص أو للأشخاص الذين يقدمون الطلب .

– نسخة مصادق على مطابقتها من القانون الأساسي أو المؤسسات الأطراف في الطلب .

– نسخ من حصائل السنوات الثلاث (3) الأخيرة المؤشر والمصادق عليها من محافظ الحسابات أو نسخة من الحصيلة الأخيرة في الحالة التي لا يكون للمؤسسة أو المؤسسات المعنية ثلاث سنوات من الوجود .

– نسخة مصادق عليها من القانون الأساسي للمؤسسة المنبثقة عن عملية التجميع باندماج مؤسستين أو أكثر أو بإنشاء مؤسسة مشتركة[2].

و يتم إيداع طلب الترخيص ومرفقاته من الملاحق ، في خمسة (5) نسخ على أن تكون المستندات المرفقة أصلية أو مصادق عليها إذا كانت نسخة مصورة ، لدى الأمانة العامة لمجلس المنافسة مقابل وصل استلام أو يتم إرساله عن طريق إرسال موصى عليه[3].

[1]– المادة 8 من نفس المرسوم التنفيذي .

[2]– انظر المادة 4 من نفس المرسوم التنفيذي .

[3]– انظر المادة المواد 7 و 8 من نفس المرسوم التنفيذي .

أما إذا حدث ولم يقدم أطراف التجميع طلب الحصول على الترخيص يمارس مجلس المنافسة المراقبة بتدخل تلقائي ، حيث منح له القانون سلطة واسعة في هذا المجال ، إذ تنص المادة 34 المعدلة بموجب القانون رقم 12/08 الذي يعدل و يتمم الأمر رقم 03/03 المتعلق بالمنافسة " **يتمتع المجلس بسلطة اتخاذ القرار و الاقتراح وإبداء الرأي بمبادرة منه أو بطلب من الوزير المكلف بالتجارة أو كل طرف أخر معين بهدف تشجيع و ضمان الضبط الفعال للسوق بأية وسيلة ملائمة ...**"

**2) البت في طلب الترخيص :**

طبقا للمادة 17 السالفة الذكر يبت مجلس المنافسة في طلب الترخيص بالتجميعات الاقتصادية في أجل ثلاث أشهر ، وهذا الأجل قاصر على حالة تقديم الطلب من أصحابه دون أن يشمل الترخيص التلقائي ، ذلك أن الأجل المنصوص عليه في المادة 17 يبدأ من تاريخ إيداع الطلب ، والملاحظ أن المشرع لم يتناول بالتفصيل احتمال السكوت عن الرد و الذي عادة ما يشكل إشكالا قانونيا ، وما إذا كان يعتبر انقضاء الأجل ترخيصا ضمنيا في حالة فوات المدة لتقديم الطلب دون رد من مجلس المنافسة[1].

**ب/ آثار الرقابة على التجميعات الاقتصادية**

نصت المادة 19[2]من الأمر 03/03 المعدلة بموجب القانون رقم 12/08 على آثار الرقابة على طلب الترخيص كما يلي : " **يمكن لمجلس المنافسة أن يرخص بالتجميع أو يرفضه بمقرر معلل بعد اخذ رأي الوزير المكلف بالتجارة والوزير المكلف بالقطاع المعني بالتجميع .**

[1]- لعور بدرة ، المرجع السابق ، ص 152.

[2]- قبل التعديل كانت المادة 19 من الأمر رقم 03/03 المتعلق بالمنافسة تنص على : " ... **بعد أخذ رأي الوزير المكلف بالتجارة** ".

**ويمكن أن يقبل مجلس المنافسة ، التجميع وفق شروط من شأنها تخفيف آثار التجميع على المنافسة كما يمكن للمؤسسات المكونة للتجميع أن تلتزم من تلقاء نفسها بتعهدات من شانها تخفيف آثار التجميع على المنافسة .**

**يمكن الطعن في قرار رفض التجميع أمام مجلس الدولة " .**

يستفاد من نص المادة 19 أعلاه أن قرار مجلس المنافسة لا يخرج عن أحد الأمرين،إما قبول التجميع أو رفضه.

**1/ قبول التجميع :**

إذا تم التأكد من مشروعية التجميع يقضر المجلس بقبوله مع تعليق ذلك بضرورة مراعاة عملية التجميع ذاتها ، وأن تتعهد أطرافها تلقائيا بشروط من شأنها التخفيف من الآثار السلبية الناتجة عن التجميع[1]، غير أنه في حالة عدم احترام هذه الشروط يتم فرض عقوبات مالية ضد المؤسسات المعنية بالتجميع يمكن أن تصل إلى 5 %من رقم الأعمال من غير الرسوم المحققة في الجزائر خلال آخر سنة مالية مختتمة[2].

و منذ صدور القرار بالترخيص بالتجميع يصبح للمؤسسات صاحبة التجميع الحق في استكمال مشاريع التجميع إذا لم ينشأ بعد أو القيام بنشاطاتها إذا كان التجميع أنشئ قبل تقديم طلب الترخيص .

**2/ رفض التجميع :**

يستخلص من خلال نص المادة 19 أعلاه ، أنه يمكن لمجلس المنافسة أيضا إذا ما رأى أن عملية التجميع ينجر عنها نتائج سلبية خطيرة ومؤثرة على المنافسة ، أن يقرر رفض التجميع بعد أخذ رأي الوزير المكلف بالتجارة و الوزير المكلف بالقطاع المعني بالتجميع .

[1]- نجاة بن جوال ، المرجع السابق ، ص 106.

[2]- أنظر المادة 62 من الأمر رقم 03/03 المتعلق بالمنافسة .

و بالرغم من معارضة مجلس المنافسة للتجميع إلا أنه يمكن بموجب المادة 21 من الأمر رقم 03/03 المتعلق بالمنافسة ، الترخيص به من طرف الحكومة مراعاة لمقتضيات المصلحة العامة أو بناء على طلب من الأطراف المعنية بناءا على تقرير وزاري مشترك بين الوزير المكلف بالتجارة و الوزير المكلف بالقطاع المعني بالتجميع .

و قد جاء القانون رقم 12/08 بموجب المادة 21 مكرر باعتبارات جديدة من أجل الترخيص بالتجميع حتى و لو كان التجميع يشكل مساس بالمنافسة ،حيث تنص على أنه

" **ترخص تجميعات المؤسسات الناتجة عن تطبيق نص تشريعي أو تنظيمي .**

**بالإضافة إلى ذلك لا يطبق الحد المنصوص عليه في المادة 18 أعلاه على التجميعات التي يمكن أن يثبت أصحابها أنها تؤدي لاسيما إلى تطوير قدراتها التنافسية أو تساهم في تحسين التشغيل أو من شأنها السماح للمؤسسات الصغيرة والمتوسطة بتعزيز وضعيتها التنافسية في السوق ، غير أنه لا تستفيد من هذا الحكم سوى التجميعات التي كانت محل ترخيص من مجلس المنافسة وفقا للشروط المنصوص عليها في المواد 17 19 ، 20 ...**" .

كما أنه تم بموجب المادة 19 من نفس الأمر رقم 03/03 المتعلق بالمنافسة ، تكريس إمكانية الطعن في قرار رفض التجميع أمام مجلس الدولة .

أما عمليات التجميع التي تنجز بدون ترخيص من مجلس المنافسة ، فيعاقب عليها بموجب المادة 61 من الأمر رقم 03/03 المتعلق بالمنافسة بغرامة مالية يمكن أن تصل إلى 7 % من رقم الأعمال من غير الرسوم ، المحقق في الجزائر خلال أخر سنة مالية مختتمة ، ضد كل مؤسسة هي طرف في التجميع أو ضد المؤسسة التي تكونت من عملية التجميع .

و بالنسبة للمؤسسات التي لم تكمل سنة من النشاط قرر المشرع إعمال العقوبة بناءا على رقم الأعمال للسنة الجارية[1].

تعد رقابة التجميع الاقتصادي من قبيل الرقابة الاحتياطية المسبقة الرامية إلى التأكد من عدم بلوغ بعض المؤسسات مستوى من القوة الاقتصادية يجعلها في وضع مهيمن يصعب تداركه فيما بعد ، ويفترض أن ينتج عنه إضعاف للمنافسة في السوق ، و عليه تعد هذه الرقابة احتياطية وسابقة ، فيما تعد رقابة الممارسات المقيدة للمنافسة رقابة لاحقة .

[1]- انظر المادة 62 مكرر من القانون رقم 12/08 الذي يعدل و يتمم الأمر رقم 03/03 المتعلق بالمنافسة .

## المبحث الثاني

## آليات قانون المنافسة لمعالجة اختلال توازن الالتزامات في عقود الأعمال

يتجلى اهتمام المشرع بإعادة التوازن للعلاقات داخل السوق من خلال محاربة الممارسات التعاقدية التي تخل بمبدأ حرية المنافسة ، وهنا يتدخل لتقييد حرية التعاقد سواء عن طريق حظر الممارسات المقيدة للمنافسة وكذا مراقبة التجميعات الاقتصادية ، أو عن طريق تأطير حرية التعاقد من خلال مجموعة من الآليات التي من شأنها إعادة التوازن للعلاقات التعاقدية غير المتوازنة .

يتعلق الأمر بالبطلان الجزئي الذي تتضمنه منظومة الجزاءات التي قررها المشرع ضمن قانون المنافسة ، لكن قبل ذلك لابد أن نتطرق إلى تدخل مجلس المنافسة في عقود الأعمال للكشف عن البنود التعسفية ومتابعتها و توقيع الجزاءات المقررة في قانون المنافسة لقمع و ردع هذه المخالفات ، لحماية الطرف الضعيف في العلاقة بين المتعاملين الاقتصاديين ، على الرغم من بقاء دوره في حدود حماية المنافسة .

من هنا سوف نتطرق إلى دور مجلس المنافسة في الكشف عن البنود التعسفية في عقود الأعمال وتوقيع الجزاءات اللازمة لحماية الطرف الضعيف و إعادة التوازن لهذه العقود (**المطلب الأول** )، كما نتطرق إلى خصوصية البطلان في قانون المنافسة كجزاء للممارسات التعاقدية غير المتوازنة (**المطلب الثاني** ).

### المطلب الأول

### دور مجلس المنافسة في معالجة اختلال التوازن في عقود الأعمال

استحدث المشرع الجزائري آلية لضبط و مراقبة المنافسة على نحو يضمن حريتها و يعمل على ترقيتها وقد تجسد ذلك في هيئة تسمى "**مجلس المنافسة**" هدفها في الأصل محاربة كل أشكال التعدي على حرية المنافسة ، وعلى هذا الأساس يكون لمجلس المنافسة دور أساسي في معالجة اختلال التوازن في عقود الأعمال من خلال محاربة البنود التعسفية التي تشكل خرقا للمنافسة .

يعتبر مجلس المنافسة احدى سلطات الضبط المستقلة التي تمارس الوظيفة الراقبية للدولة في قطاع المنافسة ، ويسهر على احترام و تطبيق قواعد و مبادئ قانون المنافسة (**الفرع الأول** ) من خلال آليات معينة تسمح له بالكشف عن الممارسات التعسفية الضارة بالمنافسة و توقيع العقوبات الرادعة لها ( **الفرع الثاني** ).

## الفرع الأول

## مجلس المنافسة كسلطة ضبط مستقلة

أنشأ مجلس المنافسة بموجب الأمر رقم 06/95 المتعلق بالمنافسة (الملغى) ، و تم تحديد نظامه الداخلي بموجب المرسوم الرئاسي رقم 44/96[1]، و بالرغم من أن الفضل في ظهوره يعود لهذا الأمر إلا أنه لم يحدد طبيعته القانونية ، إلى حين صدور الأمر رقم 03/03 المتعلق بالمنافسة ، حيث وضع حدا للجدل القائم حول اعتبار مجلس المنافسة هيئة قضائية أم سلطة إدارية مستقلة[2] ، و حسم هذا الأمر بالنص صراحة على أن مجلس المنافسة سلطة إدارية تتمتع بالشخصية القانونية و الاستقلال المالي في المادة 23[3] منه وبموجب نص المادة 9 من القانون رقم 12/08 الذي يعدل و يتمم الأمر رقم 03/03 المتعلق بالمنافسة ، حذف عبارة سلطة تابعة للحكومة مما يبين أن المشرع أراد لمجلس المنافسة أن يكون هيئة مستقلة غير تابعة لأي سلطة .

---

[1]- المرسوم الرئاسي رقم 44/96 المؤرخ في 1996/01/17 يحدد النظام الداخلي لمجلس المنافسة ، **الجريدة الرسمية** رقم 05 الصادرة بتاريخ 1996/01/17 .

[2]- بوقندورة عبد الحفيظ ، الرقابة القضائية على منازعات مجلس المنافسة ، **مداخلة للملتقى الوطني حول قانون المنافسة بين تحرير المبادرة و ضبط السوق** ، جامعة قالمة ، يومي 16 و 17 مارس 2015 ،ص 2 .

[3]- المادة 23 من الأمر رقم 03/03 المتعلق بالمنافسة تنص على : " **تنشأ لدى رئيس الحكومة سلطة إدارية تدعى في صلب النص"مجلس المنافسة " تتمتع بالشخصية القانونية والاستقلال المالي** ".

**أولا : مجلس المنافسة سلطة إدارية**

يعمل مجلس المنافسة باسم و لحساب الدولة من أجل تطبيق قواعد حماية المنافسة في شكل قرارات إدارية إلزامية ، و هي قرارات كانت في السابق تتخذ من طرف وزير التجارة ، لذلك هو ذو طابع إداري كما أن هذه الصفة يؤكدها خضوعه للقواعد العامة للتسيير ، كما كيف مجلس الدولة الفرنسي مجلس المنافسة على أنه سلطة إدارية رغم خضوعه للسلطة السلمية الوزير ، و قد كان المشرع الجزائري صريحا في اعتبار مجلس المنافسة سلطة إدارية في نص المادة 23 : " **تنشأ سلطة إدارية مستقلة** "[1] .

**ثانيا : مجلس المنافسة سلطة مستقلة**

تتجسد استقلالية مجلس المنافسة في عدم الخضوع لأية وصاية أو سلطة سلمية ، مما يمنح هذا المجلس خصوصيته كهيئة ضبط مستقلة ، و قد اعترف المشرع الجزائري صراحة باستقلالية مجلس المنافسة ، يؤكد هذه الاستقلالية عدة نقاط تتعلق بتشكيلته و وظائفه :

**أ/ الاستقلالية العضوية :**

يتمتع مجلس المنافسة بالاستقلالية من الناحية العضوية ، يؤكد هذه الاستقلالية تشكيلته و طريقة تعيين أعضائه ، بالإضافة إلى مجموعة من المبادئ التي تضمن حيادية واستقلالية أعضائه .

**1/ تشكيلة مجلس المنافسة :**

يتشكل مجلس المنافسة من مجموعة من الأعضاء يمكن تقسيمهم إلى فئتين:

**1-1 فئة الأعضاء** : يتشكل مجلس المنافسة من 12 عضوا يعينون بموجب مرسوم رئاسي لمدة 4 سنوات قابلة للتجديد ، و يتم اختيارهم من الأصناف التالية :

[1] – بلحارث ليندة ، دور مجلس المنافسة في ضبط المنافسة الحرة ، **مجلة معارف** ، جامعة البويرة ، الجزائر ، العدد21 ، ديسمبر 2016، ص 229.

- ستة أعضاء يختارون من ضمن الشخصيات المعروفة بكفاءتها القانونية أو الاقتصادية والتي لها مؤهلات في مجال المنافسة والتوزيع و الاستهلاك و الملكية الفكرية .
- أربعة أعضاء يختارون من المهنيين الممارسين أو الذين مارسوا نشاطات ذات مسؤولية و الحائزين على شهادة جامعية و لهم خبرة مهنية مدة خمس (5) سنوات على الأقل في مجال الإنتاج والتوزيع والخدمات والمهن الحرة.
- عضوان مؤهلان يمثلان جمعيات حماية المستهلكين[1].

**2-1 فئة المقررين** : يعين لدى مجلس المنافسة مقرر عام وخمسة مقررين بموجب مرسوم رئاسي ويجب أن يكونوا حائزين على الأقل شهادة الليسانس أو شهادة جامعية مماثلة و خبرة خمس سنوات على الأقل تتلاءم مع المهام المخولة لهم[2].

إن هذه التشكيلة الجديدة لمجلس المنافسة التي استحدثها الأمر رقم 03/03 المتعلق بالمنافسة تدعم لا محال استقلالية مجلس المنافسة بسبب معيار التخصص و الطابع الجماعي الذي اعتمد عليه المشرع لتحديد هذه التشكيلة الجديدة [3].

كما تعتبر مدة تعيين تشكيلة مجلس المنافسة ضمانة أخرى من ضمانات استقلالية مجلس المنافسة حيث يتم تعيينهم بموجب مرسوم رئاسي لمدة 4 سنوات قابلة للتجديد في حدود نصف الأعضاء لجميع الفئات التي يتشكل منها المجلس ، و لا يمكن عزلهم إلا في حالات استثنائية [4].

[1]- المادة 24 من الأمر 03/03 المتعلق بالمنافسة المعدلة بموجب القانون رقم 12/08 .

[2]- المادة 26 المعدلة بموجب القانون رقم 12/08 ، نفس المرجع .

[3]- بلحارث ليندة ، المرجع السابق ، ص 230.

[4]- نفس المرجع ، ص 231.

**2/ مبدأ التنافي و إجراء الامتناع :**

يحدد استقلالية مجلس المنافسة مبادئ معينة تتعلق بأعضائه من بينها مبدأ التنافي الذي يقصد به تنافي العضوية في المجلس مع وظائف أخرى معينة في القطاع العام أو في القطاع الخاص ، وقد أكد المشرع الجزائري ضمن نص المادة 29 من الأمر رقم 03/03 المتعلق بالمنافسة على هذا المبدأ دعما لاستقلالية أعضاء سلطات الضبط الاقتصادي ، كما أكد ضمن نفس النص على استقلالية و حيادية أعضاء المجلس في تأدية و وظائفهم عن طريق إجراء يسمى " إجراء الامتناع " حيث يمكن لأي عضو داخل المجلس الامتناع عن المشاركة في مداولة إذا تعلقت بمصالح معينة تتعلق به [1].

**ب/ الاستقلالية الوظيفية :**

إذا كانت تشكيلة مجلس المنافسة تدل على استقلاليته من الناحية العضوية فإننا نتساءل عن مدى استقلاليته في آداء وظائفه و هل يمكنه ممارستها دون وصاية أو رقابة من أي جهة أخرى ؟ ، و هل يعتبر الاعتراف بالشخصية المعنوية و الاستقلالي المالي للمجلس كافيا لضمان استقلاليته من الناحية الوظيفية ؟ و هل يملك المجلس صلاحية وضع نظامه الداخلي ؟.

**1/ الاعتراف بالشخصية المعنوية لمجس المنافسة :**

يتمتع مجلس المنافسة بالشخصية المعنوية التي اعترف له بها المشرع الجزائري صراحة خلافا للمشرع الفرنسي الذي لم يمنح الشخصية المعنوية لمجلس المنافسة و لا لأية سلطة ضبط أخرى و رغم ذلك هي سلطات مستقلة ، فهل منح الشخصية المعنوية لمجلس المنافسة يضمن استقلاليته من الناحية الوظيفية ؟ .

[1] – نفس المرجع ، نفس الصفحة .

يترتب على الشخصية المعنوية في القانون المدني الجزائري أثار تتعلق بأهلية التعاقد و التقاضي وامتلاك ذمة المالية [1] ، و هي وسائل تسمح لمجلس المنافسة القيام بوظائفه المكلف بها قانونا ، لكنها لا تؤكد استقلاليته من الناحية الوظيفية .

**2/ الاستقلالي المالي لمجلس المنافسة :**

رغم أن المشرع الجزائري اعترف صراحة بالاستقلال المالي لمجلس المنافسة ، غير أن تسجيل ميزانية مجلس المنافسة ضمن ميزانية وزارة التجارة حسب ما نص عليه القانون رقم 12/08 الذي يعدل ويتمم الأمر رقم 03/03 المتعلق بالمنافسة ، يتنافى مع هذه الاستقلالية .

**3/ النظام الداخلي للمجلس و تسييره الإداري :**

لقد نص المشرع الجزائري ضمن الأمر 03/03 المتعلق بالمنافسة على أن النظام الداخلي للمجلس يوضع بموجب مرسوم ، و أكد على ذلك مجددا في نص المادة 15 من القانون رقم 12/08 الذي يعدل ويتمم الأمر رقم 03/03 المتعلق بالمنافسة حيث منح اختصاص وضع النظام الداخلي للمجلس للسلطة التنفيذية عن طريق مرسوم تنفيذي .

كما يحدد سير مجلس المنافسة بواسطة مرسوم تنفيذي ، ويكلف بالتسيير الإداري الأمين العام الذي يعين عن طريق مرسوم رئاسي ، ويتولى الإدارة العامة ، بواسطة :

- مديرو المصالح : ويعينون من طرف رئيس المجلس بمقرر ، ويكلف كل مدير من هؤلاء بتسيير المصلحة التي يشرف عليها .

- الأعوان الإداريون و التقنيون و المصلحيون : ويتمثلون في : أمناء المصالح ، رؤساء المصالح المحاسبون تقنيو الإعلام الآلي[1].

[1]- نفس المرجع ، ص 232.

حيث نلاحظ تدخل السلطة التنفيذية في تحديد سير مجلس المنافسة و القيام بالتعيينات داخل الجهاز الإداري للمجلس .

**ثالثا : مجلس المنافسة جهاز استشاري :**

سمح قانون المنافسة لمجلس المنافسة بإبداء رأيه في كل المسائل و النصوص القانونية حيز التحضير و التي لها صلة بالمنافسة ، ليصبح بذلك المستشار الرسمي الذي يلجأ إليه الفاعلين في الحياة الاقتصادية والاجتماعية[2]، و لقد برز الدور الاستشاري لمجلس المنافسة من خلال صدور المرسوم الرئاسي[3] المتضمن لجنة إصلاح هياكل الدولة و الذي وضع لجنة فرعية تسمى " اللجنة الفرعية للاستشارة والضبط والمراقبة " حيث يمكننا التمييز بين نوعين من الاستشارة التي يقدمها مجلس المنافسة : استشارة الاختيارية واستشارة إلزامية .

**أ/ الاستشارة الاختيارية :**

ترك المشرع الجزائري لجهات معينة المجال مفتوحا في استشارة مجلس المنافسة في مسائل لها علاقة بالمنافسة ، ومنحها حرية الاختيار في القيام بذلك أو الامتناع عنه.

هذه الجهات التي يكون لها حق اللجوء إلى استشارة مجلس المنافسة اختياريا، ممثلة في الحكومة والجماعات المحلية و الهيئات الاقتصادية و المالية و المؤسسات و الجمعيات المهنية والنقابية و كذا جمعيات المستهلكين و الجهات القضائية[4].

---

[1]- عماري بلقاسم ، مجلس المنافسة ، **مذكرة تخرج لنيل شهادة المدرسة العليا للقضاء** ، 2006/2005 ، ص 16 .

[2]- كسال سلمى ، المرجع السابق ، ص 50.

[3]- المرسوم الرئاسي رقم 372/2000 المؤرخ في 2000/11/22 المتضمن إحداث لجنة إصلاح الدولة ومهامها ، **الجريدة رسمية** عدد 71 ، الصادرة بتاريخ 2000/11/26.

[4]- المواد 35 و 38 من الأمر رقم 03/03 المتعلق بالمنافسة .

كما يمكن أن تستشيره الهيئة التشريعية بخصوص مشروع قانون متعلق بالمنافسة ، كونه يعتبر الخبير الاقتصادي في هذا المجال[1].

**ب/ الاستشارة الإلزامية :**

باستقراء نصوص الأمر03/03 المتعلق بالمنافسة نجد أن استشارة مجلس المنافسة حسب المادة 5 منه[2] تكون ملزمة للدولة في حالة تحديدها لأسعار السلع والخدمات ذات الطابع الاستراتيجي وفي حالة اتخاذ تدابير استثنائية للحد من ارتفاع الأسعار أو تحديدها في حالة ارتفاعها المفرط ،كما تقضي المادة 17 منه بالاستشارة الوجوبية لمجلس المنافسة في حالة إقامة التجميعات الاقتصادية .

## الفرع الثاني

## آليات تدخل مجلس المنافسة للرقابة على البنود التعسفية

قد تتنافى بعض البنود التي تتضمنها عقود الأعمال مع مبدأ المنافسة الحرة و المشروعة ، بسبب استغلالها من طرف المتعاملين الاقتصاديين أصحاب العلامات التجارية للقيام بالممارسات الإستئثارية والاحتكارية المنافية للمنافسة الحرة ، مما أدى إلى زيادة الفجوة الاقتصادية بين المؤسسات الضعيفة والمؤسسات القوية ، لذلك يجب أن يخضع إبرام هذه العقود لقانون المنافسة لضمان مشروعية بنودها وعدم استغلالها لاحتكار السوق.

لقد وضع المشرع بموجب قانون المنافسة الضوابط القانونية التي تمارس في إطارها النشاطات الاقتصادية منعا لكل أشكال الاحتكار و الممارسات الإستئثارية ، و أنشأ جهاز وظيفته الأساسية مراقبة هذه النشاطات ، و هي وظيفة يمارسها من خلال آليات إدارية (**أولا** )، و أخرى قمعية (**ثانيا**) .

---

[1]- المادة 36 من نفس الأمر .

[2]- و ذلك قبل تعديل المادة 5 بموجب القانون 05/10 المؤرخ في 15 أوت 2010 ، يعدل ويتمم الأمر رقم 03/03 المتعلق بالمنافسة **الجريدة الرسمية** عدد 46 ، الصادرة بتاريخ 18 أوت 2010 ، حيث ألغى المشرع إلزامية استشارة مجلس المنافسة في تقييد حرية الأسعار.

**أولا : المتابعة الإدارية**

إلى جانب الدور الاستشاري الذي يقوم به مجلس المنافسة ، يتمتع بدور هام جدا في حماية المنافسة من الممارسات المنافية لها من خلال وظيفته التنازعية ، والتي يستطيع من خلالها اتخاذ القرارات التي ترتقي به من مجرد هيئة مستشارة تابعة للسلطة التنفيذية إلى سلطة مستقلة في اتخاذ القرار و فرض العقوبة بعد إتباع إجراءات معينة تتمثل في :

**أ/ آلية الإخطار :**

يقصد بالإخطار إجراء التبليغ الذي يتوجه به الأشخاص المكلفين قانونا إلى مجلس المنافسة في حال وقوع أية مخالفة من المخالفات التي جرمها قانون المنافسة ، و يخضع هذا الإخطار للفحص من للتأكد من مدى صحته و اتخاذ الإجراءات اللازمة .

**1/الأشخاص المؤهلين للقيام بإخطار مجلس المنافسة :**

يخطر مجلس المنافسة من طرف الوزير المكلف بالتجارة أو من طرف المؤسسات المعنية المتضررة من الممارسات المقيدة للمنافسة أو من طرف الهيئات التي أجاز لها المشرع استشارة مجلس المنافسة في المسائل المتعلقة بالمنافسة و المتمثلة في : الحكومة والجماعات المحلية و الهيئات الاقتصادية و المالية و المؤسسات و الجمعيات المهنية والنقابية و كذا جمعيات المستهلكين و الجهات القضائية [1].

كما يمكن لمجلس المنافسة أن ينظر في القضايا من تلقاء نفسه، غير أننا نتساءل عن الكيفية التي يمكن أن يعلم من خلالها بوجود المخالفة ؟ ، خاصة وأن قانون المنافسة لم يوضح هذه المسألة لكن يمكننا أن نتصور أنه يمكنه العلم بوجود المخالفة ، بمناسبة استشارته من طرف إحدى الهيئات القضائية بخصوص

[1]- المادة 44 فقرة 1 من الأمر رقم 03/03 المتعلق بالمنافسة .

قضية تتعلق بممارسة مقيدة للمنافسة ، و هذا ما يؤدي إلى اتساع الدور الذي يقوم به مجلس المنافسة في حماية المنافسة[1].

**2/ إجراءات الإخطار :**

يتم الإخطار خلال ثلاث سنوات من حدوث الفعل المقيد للمنافسة حسب المادة 44 فقرة 3 من الأمر رقم 03/03 المتعلق بالمنافسة ، و يكون هذا الإخطار بواسطة عريضة مكتوبة في أربع نسخ توجه إلى رئيس المجلس في ظرف موصى عليه مع وصل الاستلام و تسجل العريضة في سجل و توسم بختم يبين تاريخ وصولها [2].

إذا توفر في الإخطار جميع الشروط الموضوعية والشكلية التي حددها القانون يقوم بإصدار تصريح بقبول الإخطار و يمكنه أن يكلف المدعي أو الوزير المكلف بالتجارة باتخاذ تدابير مؤقتة للحد من الممارسات المنافية للمنافسة موضوع التحقيق و ذلك لتفادي زيادة الأضرار سواء لمؤسسة المتضررة أو للمصلحة الاقتصادية العامة إلى أن يتم القيام بإجراءات التحقيق و التحري [3] .

**ب/ إجراء التحقيق :**

تسند مهمة التحقيق في الطلبات و الشكاوى المقدمة لمجلس المنافسة إلى المقرر حيث يقوم بفحص الوثائق و المستندات وكذا المطالبة بكل المعلومات الضرورية للتحقيق من أي مؤسسة إضافة إلى إجراء السماع و تحرير جلسات الاستماع التي يقوم بها ، وبعد ذلك يقوم بتحرير تقرير أولي يعرض فيه وقائع

[1]- بولحلايس الهام ،المرجع السابق ، ص 45.

[2]- انظر المواد من المادة 15 إلى المادة 17 من النظام الداخلي لمجلس المنافسة .

[3] - المادة 46 من الأمر رقم 03/03 المتعلق بالمنافسة .

القضية المحقق فيها ويبلغ للأطراف والوزير المكلف بالتجارة وجميع من لهم مصلحة في ذلك و لهم إبداء ملاحظاتهم في أجل لا يتعدى ثلاث أشهر[1].

يلزم المقرر وفقا للمادة 54 من الأمر رقم 03/03 المتعلق بالمنافسة بعد تلقيه للملاحظات المكتوبة حول التقرير الأولي اختتام التحقيق وإيداع تقرير معلل لدى مجلس المنافسة وبدوره مجلس المنافسة يتولى تبليغ هذا المقرر إلى الأطراف المعنية و إلى الوزير المكلف بالتجارة و يمكنهم كذلك إبداء ملاحظاتهم المكتوبة في أجل شهرين و يحدد لهم كذلك تاريخ الجلسة قبل خمسة عشر يوما من انعقادها .

**ثانيا : الآليات القمعية :**

يمارس مجلس المنافسة السلطة القمعية من أجل ضمان احترام الضوابط القانونية التي وضعها قانون المنافسة بهدف ضمان السير الحسن للسوق و تحقيق الفعالية الاقتصادية للمؤسسات الاقتصادية ، وهي سلطة يمارسها من خلال مكنة إصدار القرارات التي منح له المشرع و تقدير و توقيع الجزاءات الرادعة لكل الأفعال التي تشكل مساسا بالمنافسة الحرة .

**أ/ إصدار القرارات :**

يصدر المجلس قراراته بالأغلبية البسيطة وفي حالة تساوي الأصوات يرجح صوت الرئيس[2] وتكون هذه القرارات عبارة عن أوامر بوقف الممارسات المقيدة للمنافسة أو عقوبات مالية أو تدابير مؤقتة واستعجاليه[3].

وهذه القرارات التي يصدرها مجلس المنافسة تخضع لرقابة مجلس الدولة فيما يخص قضايا رفض التجميع ، و الغرفة التجارية لمجلس قضاء الجزائر فيما يخص قضايا تقييد المنافسة[1].

[1]- المواد 50 ، 51 ، 53 من نفس الأمر .

[2]- المادة 28 من نفس الأمر .

[3]- المادتين 45 و 46 من نفس الأمر .

**ب/ توقيع و تقدير الجزاءات :**

يعد مجلس المنافسة الهيئة المختصة بتقدير وتوقيع الجزاءات الإدارية في حالة مخالفة الحظر القانوني على الممارسات المنافية للمنافسة .

فعد التحقيق و الكشف عن وجود اتفاقات مقيدة للمنافسة ، يقدر مجلس المنافسة الجزاءات المناسبة لهذه الممارسة ، و هو الاختصاص المخول له بموجب المادة 62 مكرر1 من القانون رقم 12/08 الذي يعدل و يتمم الأمر رقم 03/03 المتعلق بالمنافسة ، وتكون هذه الجزاءات عبارة عن أوامر معللة ترمي إلى الحد من الاتفاقات المقيدة للمنافسة أو تكون عبارة عن عقوبات مالية نافذة فورا و إما في الآجال التي يحددها عند عدم تطبيق الأوامر[2].

تتمثل هذه العقوبات المالية في : غرامة لا تفوق قيمتها 12% من مبلغ رقم الأعمال من غير الرسوم، المحقق في الجزائر خلال آخر سنة مالية مختتمة ، أو بغرامة تساوي على الأقل ضعفي الربح المحقق بواسطة هذه الممارسات ، على أن لا تتجاوز هذه الغرامة أربعة أضعاف هذا الربح ، و إذا كان مرتكب المخالفة لا يملك رقم أعمال محدد لا تتجاوز هذه الغرامة ستة ملايين دينار (6.000.000 دج)[3].

قد يتضرر الأطراف المعنية من قرار مجلس المنافسة بشأن الاتفاقات الغير شرعية و لذلك حرص المشرع الجزائري بموجب المادة 63 من الأمر رقم 03/03 المتعلق بالمنافسة على فتح المجال لهذه الأطراف لإمكانية الطعن في هذا القرار أمام مجلس قضاء الجزائر .

و بتحقق شرط وجود حالة تبعية اقتصادية و الاستغلال التعسفي لها لاسيما بأحد الممارسات المقيدة للمنافسة ، فإن مجلس المنافسة يتدخل لتوقيع الجزاءات المنصوص عليها في المواد من 56 إلى 60 من الأمر

---

[1]- المادة 19 من الأمر رقم 03/03 المتعلق بالمنافسة .

[2]- انظر المادة 45 من نفس الأمر .

[3]- انظر المادة 56 من الأمر رقم 03/03 المعدلة بموجب القانون رقم 12/08.

رقم 03/03 المتعلق بالمنافسة ، وهي نفس الجزاءات المطبقة على كل الممارسات المقيدة للمنافسة و التي تطرقنا لها سابقا .

## المطلب الثاني

## خصوصية البطلان في قانون المنافسة و دوره في معالجة اختلال التوازن في عقود الأعمال

إن البطلان المقرر ضمن قانون المنافسة له أهميته في معالجة اختلال التوازن في عقود الأعمال ، حيث قد تشكل أحد البنود والشروط التي تتضمنها هذه خرقا لقواعد المنافسة ، وبالتالي يكون هذا البند معرضا للبطلان من أجل حماية المنافسة كأصل، و إعادة التوازن للعقد بصورة غير مباشرة ، باعتبار أن الهدف الأساسي للقانون المنافسة هو حماية المنافسة وليس المتنافسين .

يتميز البطلان المقرر ضمن قواعد المنافسة عن البطلان المقرر ضمن القواعد العامة ، فهو يعتبر ذو طبيعة خاصة تتعلق بطبيعة المصلحة المحمية في قانون المنافسة فهو يتعلق بالنظام العام التنافسي (**الفرع الأول**) ، كما ترتبط خصوصية البطلان في قانون المنافسة بالنطاق الذي يطبق فيه وما يستثنى من نطاق تطبيقه (**الفرع الثاني**) .

### الفرع الأول

### طبيعة البطلان في قانون المنافسة

تنص المادة 13 من الأمر رقم 03/03 المتعلق بالمنافسة على : " **دون الإخلال بأحكام المادتين 8 و 9 من هذا الأمر يبطل كل التزام أو اتفاقية أو شرط تعاقدي يتعلق بإحدى الممارسات المحظورة بموجب المواد 6 و 7 و 10 و11و12 أعلاه** " .

طبقا لهذا النص يمكن للقضاء أيضا معاينة الممارسات المقيدة للمنافسة أو أي التزام يتعلق باتفاقات محظورة ، سواء كان القضاء المدني أو القضاء التجاري ، أو حتى القضاء الإداري ، و الحكم ببطلانها ،كما يمكن الحكم بتعويض الضحية ، إذا رفعت دعوى التعويض بالتبعية لدعوى البطلان ، أو رفعت بصفة مستقلة ، حيث تجيز المادة 48[1] من الأمر رقم 03/03 المتعلق بالمنافسة لكل شخص طبيعي أو معنوي يرى نفسه متضررا من ممارسة مقيدة للمنافسة أن يرفع دعوى التعويض أمام الجهة القضائية المختصة .

غير أننا نتساءل عن طبيعة البطلان المقرر في قانون المنافسة كجزاء ، هل هو ذاته البطلان كجزاء مدني في القواعد العامة و الذي يطبق في حال تخلف أحد أركان أو شروط التصرفات التعاقدية ، أم أن للبطلان ضمن قواعد المنافسة له خصوصيته التي تميزه ؟ (**أولا**) ، و ما مدى أهمية البطلان الجزئي في حماية المنافسة و إعادة التوازن للعلاقات داخل السوق ؟ (**ثانيا** ).

**أولا: خصوصية البطلان كجزاء لمخالفة قواعد النظام العام التنافسي**

ينقسم البطلان في إطار القواعد العامة إلى بطلان مطلق و بطلان نسبي بالنظر إلى طبيعة المصلحة المحمية ، فيكون بطلان مطلقا في حال مخالفة الشروط المفروضة لحماية المصلحة العامة ، بينما يكون البطلان الذي يترتب على مخالفة الشروط المفروضة لحماية المصلحة الخاصة بطلانا نسبيا ، وعلى هذا الأساس يكون البطلان الذي نصت عليه المادة 13 من الأمر رقم 03/03 المتعلق بالمنافسة بطلانا مطلقا على اعتبار أن البطلان المقرر في قانون المنافسة هو جزاء للمساس بالنظام العام التوجيهي ، و أن القاعدة التي تم خرقها تتعلق بالمصلحة العامة و ليس لعيب في العقد[2].

[1]- تنص المادة 48 من الأمر 03/03 المتعلق بالمنافسة على أنه " **يمكن كل شخص طبيعي أو معنوي يعتبر نفسه متضررا من ممارسة مقيدة للمنافسة ، وفق مفهوم أحكام هذا الأمر ، أن يرفع دعوى أمام الجهة القضائية المختصة طبقا للتشريع المعمول به** ".

[2]- بن حملة سامي ، عدم التوازن العقدي في عقود الأعمال و معالجته في قانون المنافسة ، **مداخلة ضمن الملتقى الوطني الموسوم ب مبدأ سلطان الإرادة في عقود الأعمال بين الحرية والتقييد** ، يومي 06 ،07 نوفمبر 2017، ص 290.

يتعلق النظام العام الاقتصادي بكل القواعد القانونية التي تحمي المبادئ و المصالح العليا في الميدان الاقتصادي والاجتماعي ، فينقسم بذلك إلى نظام عام اقتصادي توجيهي و نظام عام اجتماعي حمائي .

فبينما يعنى النظام العام الاقتصادي التوجيهي بتنظيم الاقتصاد الوطني ، عن طريق تدخل الدولة لتنظيم وحماية نظامها الاقتصادي من جهة و تحرير السوق من جهة أخرى ، يسعى النظام العام الحمائي إلى حماية بعض الفئات الاجتماعية الضعيفة اقتصاديا واجتماعيا من خلال محاربة الشروط التعاقدية التعسفية التي تضر بمصلحة هذه الفئات فهو يعنى بحماية المصلحة الخاصة لفئات معينة كقانون المنافسة الذي يتعلق أساسا بحماية المستهلك .

و على هذا الأساس يكون النظام العام الحمائي أكثر وضوحا بشأن طبيعة المصلحة التي يحميها ، بينما في مجال المنافسة يحتاج أمر تحديد طبيعة المصلحة المحمية إلى تحليل .

يناقش الفقهاء هذه المسألة مؤكدين أن قانون المنافسة لا يحمي المتنافسين بل المنافسة ، معتمدين على معايير التحليل التي يستند عليها القانون العام ، وهذا التحليل صحيح ، طالما أن أحكام قانون المنافسة هدفها محاربة الممارسات المنافية للمنافسة [1] ، فالفقه الحديث أصبح يشير إلى ارتباط صحة العقود بأثرها المباشر على السوق و ذلك من أجل ضمان عدم مخالفة العقد للنظام العام الاقتصادي التنافسي و ضمان السير الحسن للسوق [2].

بالنظر إلى قانون المنافسة نجد أن حظر الممارسات المنافية للمنافسة يشترط توفر عنصر أساسي و هو الإخلال بالسوق وعرقلته ، مما يدل على أن قانون المنافسة لا يهدف إلى حماية المصالح الخاصة للمتعامل

[1]- قردوح ليندة ، البطلان في قانون المنافسة كدعامة لإعادة التوازن العقدي ، **مجلة البحوث في العقود وقانون الأعمال** ، جامعة منتوري قسنطينة ، الجزائر ، العدد الخامس ديسمبر 2018 ، ص 111،112.

[2]- Merrye Hervieu , **Les Autorités Administratives indépendantes et le renouvellement du Droit commun des contrats**, thèse de doctorat, université panthéonASSAS(PARIS II), dalloz, 2012, p 502.

الاقتصادي ، بل يهدف لحماية السوق والمنافسة الحرة ، وعلى هذا الأساس وصف قانون المنافسة بقانون النظام العام الاقتصادي التوجيهي ، لذلك يمكننا القول أن قانون المنافسة لا يهدف و لا يمكن أن يهدف إلى إعادة التوازن للعقود كأصل عام ، فالمؤسسات بالنسبة لهذا القانون حرة في تحديد سياستها التجارية في السوق و لا يهم أن تكون العقود المبرمة في ما بينها قد احترم فيها التوازن بين الحقوق والالتزامات المتبادلة لطرفي العقد[1].

غير أنه يمكن لقانون المنافسة أن يعنى بإعادة التوازن إلى العقود بصورة غير مباشرة ، و ذلك إذا كان من شأن البنود المخلة بتوازن العلاقات التعاقدية أن تؤثر على السوق ، وعلى هذا الأساس فقط يمكن لقانون المنافسة أن يسمح بتنظيم العقود لحماية المنافسة [2].

حيث يظهر حفظ التوازن العقدي في العلاقات بين المتعاملين الاقتصاديين مهما لحماية المنافسة ففي عقود التوزيع مثلا تؤدي ممارسة أسعار تعسفية إلى الإخلال بالتوازن العقدي الذي يضر بمصلحة المتعاقد الذي يخضع للالتزام الحصري من جهة ، كما تؤثر هذه الممارسة على السوق من جهة أخرى [3] فتكون الحماية التي يعنى بها قانون المنافسة حماية مزدوجة لكل من المتنافسين والسوق ، بل الأكثر من ذلك تظهر التشريعات الخاصة خاصة قانون المنافسة وقانون حماية المستهلك أكثر اهتماما بالتوازن العقدي من القواعد العامة [4].

**ثانيا : البطلان الجزئي خاصية هامة يتميز بها البطلان في قانون المنافسة**

---

[1] - Feison-Roche, Marie-Anne, « **Concurrence et contrat** », **Revue trimestrielle de droit civil**, n° 03, juillet septembre 2004, pp. 451-470 .

[2] - Ibid, p458

[3]-jean Pasceal. **Chazal**,**De la puissance économique en droit des obligations**, thèse, Grenoble2, 1996, p 113.

[4] - Merrye Hervieu, op.cit, p 423 et 429.

يعتبر البطلان الجزئي أحد الخصائص الهامة التي يتميز بها البطلان في قانون المنافسة ، نظرا لأهميته في إعادة التوازن للعقود في ظل بيئة اقتصادية مفتوحة على المنافسة ، حيث أن تقرير البطلان الجزئي ضمن قواعد قانون المنافسة جاء للتخفيف من حدة البطلان الكلي و ليكون أكثر ملائمة مع مجال المنافسة كون البطلان إجراء يتعارض مع ديناميكية قانون المنافسة ، بالإضافة لمساسه باستقرار المعاملات و توقعات المتعاقدين ، لذلك يكون تقرير البطلان الجزئي أكثر ملائمة و فعالية في قانون يوصف بأنه اقتصادي [1].

ينصب البطلان الجزئي على حذف البند غير المشروع و الاحتفاظ بالشق الصحيح للعقد ، لذلك يكون أكثر فعالية في قانون المنافسة حيث يعالج الخلل الذي يصيب العقد و يحول دون وجود التعسف وفي نفس الوقت يبقي على العقد و بذلك لا يمس بالاستقرار القانوني للعلاقات بين المتعاملين الاقتصاديين ، وهو ما يتلاءم مع طبيعتها كونها علاقات تتصف بأنها دائمة وغير عارضة وغير مؤقتة و بالتالي فهي تحتاج إلى الاستقرار القانوني أكثر من العلاقات الخاصة التي يحكمها القانون المدني ، ومن ثم يكون القضاء بالبطلان الجزئي في قانون المنافسة أفضل من البطلان الكلي [2].

فبالرجوع إلى المادة 13 نجد المشرع قد قرر إمكانية بطلان الالتزام أو الشرط التعاقدي إلى جانب إمكانية إبطال العقد ككل ، خلافا للقواعد العامة التي تقر بالبطلان الكلي للعقد ، و هو ما يبرز توظيف المشرع للبطلان الجزئي كجزاء لمصلحة المتعاقد الضعيف من جهة والحفاظ على النظام العام الاقتصادي الذي يهدف إلى حماية السوق من جهة ثانية [3].

وفي هذا الشأن أشار الفقه إلى انه يجب على القاضي الأخذ بعين الاعتبار رغبة طرفي العقد في إلغاء الشرط المنافي للمنافسة و أهميته بالنسبة لهما ، بما يملكه من سلطة تقديرية تسمح له بتقدير مدى ضرورة

[1]- قردوح ليندة ، المرجع السابق ، 113، 114.

[2]- نفس المرجع ، ص 115.

[3]- بن حملة سامي ، المرجع السابق ، ص 291، 292.

الإبقاء على العلاقة التعاقدية بالنسبة للطرف المتضرر و عدم قابلية تجزئة الشرط إذا كان جوهريا مما يمس إلغاؤه بالعقد ككل ، ماعدا في حال اتفاق الطرفين على إبقاء العقد فان القاضي يتجه مباشرة إلى الحكم بالبطلان الجزئي الذي يسمح بالمحافظة على العقد [1].

و على هذا الأساس يقوم القاضي بإبطال العقد ككل متى رأى أن الشرط المتنازع فيه جوهريا و أساسيا بحيث أن نية الأطراف اتجهت إلى بناء العقد عليه ، فلا فائدة من إبقاء باقي العقد الذي يعتر غير جوهري ، و يمكن الاستشهاد على ذلك بالحكم الصادر عن محكمة استئناف باريس بتاريخ 20 ديسمبر 1971 والذي وافقت بموجبه المحكمة عن الحكم الصادر من محكمة الدرجة الأولى و الذي قضت فيه انه كان واضحا من بنود الاتفاقية و الأعمال والمناقشات التي جرت أن نية الطرفين تتجه إلى أن الشرط الحصري هو سبب بقية الالتزامات المتبادلة [2].

إن ما يتميز به البطلان الجزئي في قانون المنافسة من خصوصية ، تجعل العقد باطلا في شقه الذي يشكل مساس بحرية المنافسة ، بينما الشق الذي لا يمس بالمنافسة فيبقى صحيحا ، و بذلك يكون للقواعد الخاصة المتمثلة في قانون المنافسة قد ساهمت في تشكيل مضمون العقد عن طريق التحكم بواسطة القاضي في ما يبطل أو يبقى من الالتزامات والشروط التي اتفق عليها المتعاقدين ، ويعتبر ذلك أكبر تعدي على الحرية التعاقدية ، فحقيقة الأمر أن احترام قواعد قانون المنافسة له صلة مباشرة بضرورة احترام النظام العام الاقتصادي الذي يعتبر ترجع إلى فكرة احترام العقود لفكرة النظام العام بشكل عام .

إن مناقشة مسألة خصوصية البطلان الجزئي في قانون المنافسة و أهميته في معالجة اختلال التوازن في عقود الأعمال يقودنا إلى فكرة ربط عقود الأعمال بإلزامية احترام قواعد المنافسة و النظام العام الاقتصادي حيث قد تشكل أحد البنود والشروط التي تتضمنها عقود الأعمال خرقا لقواعد المنافسة ، وبالتالي يكون

[1]- نفس المرجع ، 291.

[2]- قردوح لينذة ، المرجع السابق ، ص 114.

هذا البند معرضا للبطلان من أجل حماية المنافسة كأصل، و إعادة التوازن للعقد بصورة غير مباشرة باعتبار أن الهدف الأساسي للقانون المنافسة هو حماية المنافسة وليس المتنافسين و قد اشرنا إلى ذلك سابقا ،وعلى هذا الأساس يكون إبرام عقود الأعمال مرتبط باحترام النظام العام الاقتصادي ، و إلا كان باطلا ، لذا فإن هذا الأخير يعد قيدا على الحرية التعاقدية في عقود الأعمال .

## الفرع الثاني

## نطاق تطبيق البطلان

يطبق البطلان على كافة الممارسات المقيدة للمنافسة (**أولا** )باستثناء تلك الممارسات المرخصة ضمن قانون المنافسة (**ثانيا** )، مما يسمح لأصحاب الحق في التمسك بالبطلان باللجوء إلى القضاء للمطالبة بتقريره (**ثالثا** ).

### أولا : سريان البطلان على كافة الممارسات المقيدة للمنافسة

يتعلق البطلان بكافة الممارسات المنافية للمنافسة والمنصوص عليها بموجب المواد06، 07، 10 11،12 من الأمر رقم 03/03 المتعلق بالمنافسة ، و على هذا الأساس يشمل البطلان الاتفاقات والعقود التي يبرمها المتعاملون الاقتصاديون و التي تؤدي إلى الإخلال بالمنافسة و المساس بها ، و جميع الممارسات التي تتعلق بالتعسف في وضعية الهيمنة ، و بصفة عامة كل ممارسة اعتبرها قانون المنافسة منافية لحرية المنافسة .

و لا تكون للقاضي سلطة تقديرية في هذا الشأن ، حيث لا يحق له رفض إبطال الممارسات المقيدة للمنافسة ، فهو ملزم بإبطال كل الممارسات التي تتميز بطابع منافي و مخل بالمنافسة ، و إنما تكون له سلطة تقديرية فقط بشأن الطابع الجوهري للشرط المتنازع فيه فيقرر الإبقاء عليه أو إلغاؤه بالنظر إلى تأثيره على بقاء العقد أو زواله .

أما بشان الجهة القضائية المختصة بتقرير البطلان فنلاحظ أن المشرع لم يشر له ضمن نص المادة 13 من الأمر رقم 03/03 المتعلق بالمنافسة ، مما يفهم منه ضمنيا أن الاختصاص في تقرير البطلان بشأن مسائل كهذه يعود إلى جميع المحاكم القضائية المدنية منها و التجارية أو الغرفة التجارية لمجلس قضاء الجزائر ، أما القضاء الإداري ، فإنه تم نقل اختصاصه إلى القضاء العادي ، هذا الأخير الذي أضيفت له اختصاصات جديدة ومستحدثة لم تكن من مهامه من قبل ، باستثناء الممارسات المقيدة للمنافسة المرتكبة من قبل الأشخاص العمومية العامة أو تلك المتعلقة برفض التجميع الاقتصادي حيث بقيت من اختصت القضاء الإداري و هو مجال محدود جدا و ضيق النطاق [1].

و بذلك فإنه يمنح الاختصاص في مجال المنافسة إلى الجهات القضائية بصفة مباشرة من خلال منحها الدور القمعي والردعي للممارسات المنافية للمنافسة ، وفصلها في جزء من المخالفات المرتكبة في قطاع المنافسة المراد ضبطه ، أو بصورة غير مباشرة من خلال تكليفها بالرقابة إلى أعمال مجلس المنافسة و على القرارات التي يتخذها [2].

**ثانيا : عدم سريان البطلان على الممارسات المرخصة**

تم استثناء الاتفاقات والممارسات الناتجة عن تطبيق نص تشريعي أو نص تنظيمي اتخذ تطبيقا له من مجال تطبيق نص المادة 13 من الأمر رقم 03/03 المتعلق بالمنافسة ، و بالتالي لا تخضع للبطلان المقرر بشان الممارسات المحظورة .

يتعلق هذا الاستثناء بالممارسات المرخصة من قبل مجلس المنافسة ، وهي الممارسات التي يمكن أن يثبت أصحابها أنها تؤدي إلى تطور اقتصادي أو تقني أو تساهم في تسيير الشغل ، أو من شانها السماح

[1]- شيخ ناجية ، دور الهيئات القضائية في حماية المنافسة ، **مجلة العلوم الإنسانية** ، جامعة محمد خيضر بسكرة ، الجزائر ، عدد 51 ، جوان 2019 ، ص37، 39.

[2]- نفس المرجع ، ص 38.

للمؤسسات الصغيرة والمتوسطة بتعزيز وضعيتها التنافسية ، و مرد استثنائها من نص المادة 13 من الأمر رقم 03/03 المتعلق بالمنافسة ، هو آثارها الايجابية و مساهمتها في التقدم الاقتصادي .

**ثالثا : أصحاب الحق في التمسك بالبطلان**

تتيح المادة 48 من الأمر رقم 03/03 المتعلق بالمنافسة لكل ذي مصلحة و لو لم يكن طرفا في الاتفاق اللجوء إلى القضاء ، ليصبح المطالبة بالبطلان في مجال المنافسة من حق أطراف الممارسات المقيدة للمنافسة ، و الغير المتضرر ، و مجلس المنافسة ، الوزير المكلف بالتجارة ، دون أن ننسى جمعيات حماية المستهلك عند الإضرار بمصالحها الجماعية .

**أ/ أطراف العقد :**

يمكن لأي طرف في الالتزام أو الاتفاقية أو الشرط التعاقدي اللجوء إلى القضاء للمطالبة بإبطاله .

**ب/ الغير :**

يمكن لكل شخص من الغير يكون له مصلحة أو كان ضحية إحدى الممارسات المنافية للمنافسة اللجوء للقضاء والمطالبة بالبطلان وإصلاح الضرر الذي لحقه جراء تعسف في الهيمنة أو غيرها فيطالب بالتعويض أو بمنع الاستمرار في تلك الممارسات [1].

**ج/ مجلس المنافسة :**

تكمن مصلحة مجلس المنافسة في رفع دعوى البطلان في المحافظة على المنافسة وعلى الصالح العام حيث يتولى رفع دعوى البطلان في حال تضمن الملف المعروض أمامه التزامات منافية للمنافسة لكون المحاكم المدنية والتجارية هي صاحبة الاختصاص في تقرير البطلان في هذه المسائل [2].

[1]- تنص المادة 102من القانون المدني الجزائري : " **إذا كان العقد باطلا بطلانا مطلقا جاز لكل ذي مصلحة أن يتمسك بهذا البطلان** ..." .

[2]- شيخ ناجية ، المرجع السابق ، ص 40 .

**د/ الوزير المكلف بالتجارة :**

باعتبار أن قواعد المنافسة جزء من النظام العام فانه بإمكان وزير التجارة رفع دعوى للمطالبة بإبطال الممارسات المنافية للمنافسة كلما تطلب الأمر ذلك ،رغم عدم وجود نص يسمح له بذلك ، و هو الأمر الذي جعل البعض يرفض السماح للوزير المكلف بالتجارة رفع دعوى البطلان في مثل هذه الحالة .

**و/ جمعيات حماية المستهلك :**

يحق لجمعيات حماية المستهلك المطالبة بإبطال الممارسات المنافية للمنافسة حفاظا على حقوق المستهلك باعتباره طرف أساسي في السوق و العلاقة التنافسية و عن طريق حميته يتم حماية المنافسة و السوق التي يدخلها[1].

يظهر ما سبق أن المشرع قد وسع من دائرة الأشخاص الذين يمكنهم المطالبة ببطلان الممارسات المنافية للمنافسة ، حيث يمكن إثارته من كل شخص له مصلحة في السير الحسن للسوق ، كما يمكن للقاضي إثارته من تلقاء نفسه باعتبار البطلان يتعلق بالنظام العام ، حيث يعتبر توسيع صلاحية المطالبة بالبطلان من بين الضمانات التي وضعها المشرع لإبطال الممارسات المنافية للمنافسة [2].

و نشير في الأخير إلى أن مسألة اختصاص القاضي العادي في تطبيق قانون المنافسة تثير عدة إشكاليات من بينها إشكالية إثبات الممارسات المنافية للمنافسة و صعوبة ذلك بالنسبة للمدعي و ما يرتبط بذلك من صعوبة تطبيق قرار القاضي ، بالإضافة إلى إشكالية تقرير التعويض المترتب عن هذه الممارسات ، حيث قد يتعلق الأمر بممارسات غير محسوسة و ذلك لضعف تأثيرها على السوق ورغم ذلك

[1]- نفس المرجع ، نفس الصفحة .

[2]- قردوح لينذة ، المرجع السابق ، ص 112.

لا يمنع من المطالبة ببطلانها و طلب الحصول على تعويض الضرر الناتج عنها و لو كان صغيرا ، مما يثير صعوبة إثباتها و تقرير التعويض بشأنها لصعوبة تقدير الضرر[1].

كما نشير إلى أن اختصاص القاضي العادي في الرقابة على قرارات مجلس المنافسة هو اختصاص مستحدث ، حيث تم نقل هذا الاختصاص من القضاء الإداري بعدما كان مخولا في الأساس لمجلس الدولة عملا بالمعيار العضوي المعتمد من قبل المشرع الجزائري لتحديد اختصاص القضاء الإداري باستثناء ما يتعلق برفض الترخيص بالتجميعات الاقتصادية أو ما يتعلق بالممارسات المنافية للمنافسة و المرتكبة من طرف هيئات عمومية .

[1]- شيخ ناجية ، المرجع السابق ، ص 41.

## الفصل الثاني

## تدخل القاضي للحد من الحرية التعاقدية في عقود الأعمال تحقيقا للتوازن العقدي

يقوم القانون المدني في ظل مبدأ سلطان الإرادة على بديهية مفادها أن كل المتعاقدين متساوين في مواجهة بعضهم البعض ، فليس لطرف أن يغلب مصلحته على مصلحة الطرف الآخر ، و إلا كنا أمام ظاهرة التعسف التي من شأنها أن تؤثر على مصلحة أحد المتعاقدين من خلال إدراج شروط و بنود غير معهودة في العقد وفرضها على المتعاقد الآخر ، و لأن هذه الشروط تؤدي إلى اختلال توازن العقد سمحت التشريعات للقاضي بمراجعة مضمون العقد ، رغم تعارض ذلك مع مبدأ الحرية التعاقدية .

تعتبر عقود الأعمال نتاج بيئة اقتصادية مكونة من مجموعة أنشطة متعاملين في شكل مؤسسات قوية أو ضعيفة ، مؤسسات جديدة أو قديمة ، منها من تملك القدرة الفنية والتقنية و أخرى لا تملك هذه القدرة[1]تسمى "**بيئة الأعمال**" ، ذلك ما جعل عقود الأعمال مفهوم اقتصادي قبل أن تكون مفهوم تعاقدي ،ففكرة "الأعمال" تستحوذ على هذه العقود و ليست "**فكرة العقد**" ، و على هذا الأساس ظهر مفهوم جديد و هو "**أعملت العقد** "[2] للدلالة على عقود الأعمال كمفهوم له خصوصيته النابعة من انعدام التكافؤ الاقتصادي بين أطرافها .

هذه الخصوصية التي يتميز بها عقد الأعمال عن العقد بالمفهوم التقليدي تنعكس على ما يرتبة من التزامات في ذمة طرفيه ، حيث نكون أمام متعاملين اقتصاديان ، أحدهما يملك السيولة المالية و المعرفة الفنية والتكنولوجيا ، ومتعامل آخر لا يملكها فتدفعه حاجته إلى تمويل مشروعه أو تطويره من أجل البقاء في السوق

[1]- جبار رقية ، النظام القانوني لعقود الأعمال في التشريع الجزائري، **مقال ضمن كتاب جماعي حول عقود الأعمال** ، جامعة يحي فارس المدية منشورات مخبر السيادة والعولمة ، الجزائر ،2019، 2020، ص 1.

[2]- بوعش وافية ، عن مبدأ اختلال التوازن العقدي في عقد الأعمال ،**مجلة القانون** ، جامعة غليزان ، الجزائر ، مجلد 11 ، العدد 01 2202 ، ص 31 ،32.

إلى قبول الشروط التي يمليها عليه الطرف الأقوى دون القدرة على التفاوض بشأنها ، مما يجعل هذا النوع من العقود مسرحا للشروط التعسفية ( **المبحث الأول** ).

يتدخل القاضي لمراجعة الشروط التعسفية في العقد سواء في مرحلة تكوينه أو تنفيذه ، كاستثناء على قاعدة العقد شريعة المتعاقدين التي تؤسس عليها قواعد القانون المدني ، فإذا توفر في العقد خصائص عقود الإذعان وتضمن شروط تعسفية جاز للقاضي تعديل هذه الشروط أو إعفاء الطرف المذعن منها ، وفقا لما تقضي به العدالة ، بالإضافة إلى السماح له بتفسير شروط العقد غير الواضحة عن طريق البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين و تأويل الشك لمصلحة المدين ، و أمام غياب نصوص خاصة بحماية الطرف الضعيف من الشروط التعسفية في العلاقات التعاقدية بين المتعاملين الاقتصاديين ، فإن هذه العقود تبقى خاضعة للقواعد العامة ، و بالتالي يحق للطرف المذعن في عقود الأعمال اللجوء للقضاء لطلب الحماية وهذا الحق يتعلق بالنظام العام ، فلا يحق للطرفان الاتفاق على استبعاد سلطة القاضي في تعديل أو إلغاء الشروط التي يراها تعسفية ( **المبحث الثاني**).

## المبحث الأول

## مظاهر اختلال توازن الالتزامات في عقود الأعمال

عرف الفقه الفرنسي الشرط التعسفي بأنه :" **شرط يفرضه طرف في وضع مهيمن على الطرف الآخر في التبعية الاقتصادية مما يسبب إخلالا كبيرا بين حقوق و التزامات كل الطرفين** " [1] ، وعرفه المشرع الجزائري بموجب المادة 5/3 من القانون رقم 02/04 الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية[2] على أنه : " **كل بند أو شرط بمفرده أو مشتركا مع بند واحد أو عدة بنود أو شروط أخرى من شأنه الإخلال الظاهر بالتوازن بين حقوق و واجبات أطراف العقد** " .

أدت حاجة المؤسسات الاقتصادية إلى التمويل بعيدا عن التعقيدات التي تمتاز بها وسائل التمويل التقليدية إلى ضعف مركزها ، الذي استغلته أنانية مؤسسات الاعتماد الايجاري بدس شروط تعسفية مجحفة في عقود الاعتماد الايجاري ، هذه الشروط توصف بأنها تعسفية لأنها تؤدي إلى الإخلال في الحقوق والواجبات بين المؤجر التمويلي و المستأجر التمويلي (**المطلب الأول** )، كما استغل المانح في عقد الفرانشيز ما يتمتع به من قوة اقتصادية و معرفة فنية ، حاجة المتلقي إلى التكنولوجيا التي يمتلكها ، في فرض شروط لا يمكنه مناقشتها ، تبقيه تابعا له ، وتخل بالتوازن الاقتصادي لعقد الفرانشيز (**المطلب الثاني**) .

[1]– جريفيلي محمد ، حماية المستهلك في نطاق العقد ، **رسالة لنيل شهادة الدكتوراه تخصص قانون خاص معمق** ، جامعة أدرار ،2015/2017، ص 174.

[2] – القانون رقم 02/04 المؤرخ في 24 جوان 2004 ، يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية ، **الجريدة الرسمية** عدد 21 الصادرة بتاريخ 27 جوان 2004.

## المطلب الأول

## مظاهر اختلال توازن الالتزامات في عقد الاعتماد الايجاري

عقد الاعتماد الايجاري من العقود الأكثر تجسيدا لاختلال التوازن العقدي من بين عقود الأعمال باعتبار المركز الممتاز الذي حضي به المؤجر التمويلي بموجب القانون رقم 06/96 المتعلق بالاعتماد الايجاري و الذي نظم التزامات المؤجر بقواعد مكملة مما يسمح له بمخالفتها عن طريق نقل بعض التزاماته إلى المستأجر،هذا الأخير الذي يبقى ملتزما بما يمليه عليه المؤجر من شروط لا يمكنه رفضها بسبب حاجته للتمويل ، خاصة أن المشرع لم يكفل له الحماية اللازمة ، حيث نلمس هذه المعاملة التفضيلية للمؤجر التمويلي من خلال: إعفائه من بعض التزاماته العقدية (إعفاء المؤجر التمويلي من الالتزام بالتسليم ، إعفاء المؤجر التمويلي من الالتزام بالضمان ، إعفاءه من المسؤولية اتجاه الغير) (**الفرع الأول** )، في مقابل توسعة نطاق التزامات المستأجر و التضييق من حقوقه ( اتساع نطاق التزام المستأجر بالمحافظة على الأصل المؤجر ، اتساع نطاق التزام المستأجر بدفع مقابل الإيجار ، تضييق حق المستأجر في فسخ عقد الاعتماد الايجاري) (**الفرع الثاني**).

### الفرع الأول

### مظاهر إعفاء المؤجر التمويلي من التزاماته العقدية

الأصل أن يقع على عاتق المؤجر التمويلي نفس الالتزامات التي يرتبها عقد الإيجار في ذمة مالك الأصل المؤجر فيلتزم بتسليم الأصل المؤجر ، ويضمن انتفاع المستأجر به انتفاعا هادئا من خلال ضمان أي تعرض صادر منه أو من الغير ، كما يضمن عيوبه الخفية التي تحول دون انتفاع المستأجر به ، ويتحمل مسؤولية أي ضرر تلحقه هذه الأصول بالغير أو بالمستأجر باعتباره مالكا لها .

غير أن الطبيعة المكملة لأحكام عقد الاعتماد الايجاري تحول دون تحمل المؤجر التمويلي لالتزاماته ، حيث تسمح هذه الأحكام للطرفين بالاتفاق على مخالفتها ، و يفتح مجالا واسعا للمؤجر التمويلي بإعفاء نفسه من الكثير من الالتزامات العقدية التي تكون أصلا على عاتقه .

**أولا : إعفاء المؤجر التمويلي من الالتزام بتسليم الأصول المؤجرة**

يعتبر عقد الاعتماد الايجاري من العقود المركبة فهو قائم على مزيج من العقود الكلاسيكية من بينها عقد الإيجار ، عقد القرض ، رغم أن البعض يرى أنه عقد إيجار من الناحية القانونية [1]، كما يمكن وصفه بأنه عقد عقد بيع يكون فيه المؤجر التمويلي في مركز مشتري الأصول المؤجرة ، و على هذا الأساس وطبقا للقواعد العامة يكون هو من يقوم باختيار وتعيين الأصول المؤجرة محل عقد البيع من البائع إذا كانت هذه الأصول المؤجرة منقولات ، أو المقاول إذا كانت الأصول عبارة عن عقارات خاصة و أن ملكية هذه الأصول تبقى طوال مدة العقد للمؤجر التمويلي ، مما يسمح له باستعادتها في حالة عدم تنفيذ المستأجر التمويلي لالتزاماته التعاقدية[2].

غير أنه في الواقع لا يتدخل المؤجر التمويلي إلا لدفع ثمن الأصول المؤجرة بينما يتولى المستأجر التمويلي اختيار البائع و تحديد أدق التفاصيل المتعلقة بالأصول ، ثم يقوم باستلامها من البائع ، و بذلك يتملص المؤجر التمويلي من المسؤولية ما دام أنه لم يقم باختيار الأصول و لا باستلامها [3].

[1] -Elmokhtar Bey , Christian Gavalda, le crédit bail mobilier, PUR ,Paris,1981, p 30.

[2]- تغريبت رزيقة ، المركز الممتاز للمؤجر التمويلي في عقد الاعتماد الايجاري وفقا للأمر رقم 09/96 ، **المجلة الأكاديمية للبحث القانوني**، جامعة عبد الرحمان ميرة بجاية ، الجزائر ، مجلد 10 ، العدد 03 ، سنة 2019 ، ص 280.

[3] – نفس المرجع ، نفس الصفحة .

**أ/ انفراد المستأجر التمويلي بمهمة اختيار البائع و اختيار الأصول :**

بناءا على استقراء أحكام الأمر رقم 09/96 المتعلق بالاعتماد الايجاري نجد أن المشرع الجزائري قد أغفل النص على من تقع مهمة تعيين و اختيار الأصول المؤجرة ، فلم ينص صراحة على أنه التزام يقع على عاتق المستأجر التمويلي [1]. بخلاف "**اتفاقية أوتاوا** " لسنة 1988 المتعلقة بعقود التأجير التمويلي الدولية التي نصت صراحة في الفقرة الثانية من المادة الأولى على أن المستأجر التمويلي يتولى تحديد المعدات و بائعها دون أخذ رأي المؤجر التمويلي [2].

أمام عدم تحديد من يقع عليه اختيار و تعيين الأصول و طبقا لما يقتضيه الواقع العملي فإن المؤجر التمويلي يتنازل عن هذه المهمة للمستأجر التمويلي ، فيترك له الحرية في تحديد المواصفات التقنية و أدق التفاصيل التي تتضمنها الأصول المؤجرة بالشكل الذي يناسب مشروعه الاستثماري ، و يقتصر دوره على مجرد دفع ثمن هذه الأصول للمورد ، بعد اتخاذه قرار رفض أو قبول التمويل بناءا على دراسة المعلومات والمستندات المقدمة من قبل المستأجر التمويلي ، و هو ما دفع الفقهاء إلى وصف إرادة المؤجر التمويلي بأنها إرادة تابعة و مشروطة [3].

و لعل أساس إعفاء المؤجر التمويلي نفسه من مهمة اختيار و تعيين الأصول المؤجرة ، هو ما يتمتع به المستأجر من دراية و إلمام بالجوانب التقنية و الفنية بالنسبة لهذه الأصول و معرفته بمدى مناسبتها لمشروعه الاستثماري بناءا على دراسة مسبقة له و استشارته لذوي الاختصاص ، في مقابل جهله هو بذلك

---

[1]- تنص المادة 27 من القانون رقم 09/96 المتعلق بالاعتماد الايجاري على أنه : " **و يطبق هذا ، بالأخص على تدخلات المستأجر في إطار العالقات التي تربط المؤجر مع موردي أو مقاولي الأصل المخصص للإيجار عن طريق اعتماد إيجاري ، و لو كان المستأجر قد حدد مباشرة مع الغير خصائص الأصول التي ستستأجر أو تبنى بقصد إيجارها عن طريق عقد اعتماد إيجاري** "

[2]- تغريبت رزيقة ، المرجع السابق ، ص 281.

[3]- عسالي عبد الكريم ، إعفاء المؤجر التمويلي من التزاماته العقدية –دراسة نقدية للأمر رقم 09/96 ، يتعلق بالاعتماد الايجاري – **المجلة الأكاديمية للبحث القانوني** ، جامعة عبد الرحمان ميرة بجاية ، الجزائر ، المجلد 14 ، العدد 02-2016 ، ص 176 .

فيكتفي بمهمة التمويل الكامل لهذه الآلات و المعدات و البنايات و يركز على دراسة تعتمد أساسا على مدى تمتع المستأجر التمويلي باعتبارات الثقة المطلوبة في مثل هذا النوع من العقود[1] .

إن تنازل المؤجر التمويلي عن مهمة اختيار البائع و الأصول المؤجرة محل عقد الاعتماد الايجاري لا يغير في أطراف عقد البيع ، حيث يبقى هو من الناحية القانونية طرفا فيه بصفته مشتري ، و يبقى المستأجر التمويلي شخص غريب عن عقد البيع و لا تجمعه من الناحية القانونية أية علاقة مع البائع سوى العلاقة الواقعية ، و قد اعتبر القضاء الفرنسي المستأجر التمويلي وكيلا للمؤجر التمويلي في اختيار البائع والأصول و سمى ذلك بالوكالة الأصلية [2].

بينما بالرجوع إلى القانون رقم 09/96 المتعلق بالاعتماد الايجاري نجد أن المشرع لم يذكر عقد البيع الذي يتم بموجبه شراء الأصول محل عقد الاعتماد الايجاري ، و لم يذكر كذلك العلاقة الواقعية التي تربط هذا المستأجر التمويلي مع البائع ، في حين أن " **اتفاقية اوتاوا** " ذكرت عقد البيع الذي يبرم بين المؤجر التمويلي و البائع ووضعت المستأجر التمويلي في مركز المشتري رغم أنه ليس طرفا في عقد البيع وذلك لما منحت له مهمة اختيار الأصول و البائع و قامت بحماية هذا الاختيار بموجب المادة 11 حيث منعت أن يتم تعديل احد شروط العقد التي تفاوض عليها المستأجر التمويلي إلا بموافقته ، وبدونها لا يسري هذا الاتفاق في حقه [3].

**ب / تسلم المستأجر التمويلي الأصول المؤجرة مباشرة من البائع :**

باعتبار أن التزام المؤجر التمويلي بتسليم الأصول المؤجرة ليس من النظام العام ، يجري في عقود الاعتماد الايجاري النص على نقل هذا الالتزام إلى المستأجر التمويلي ، بشرط أن تكون هذه النصوص

[1]- تغريبت رزيقة ، المرجع السابق ، ص 282.

[2]- عسالي عبد الكريم ، المرجع السابق ، ص 177.

[3]- نفس المرجع ، نفس الصفحة.

التعاقدية واضحة و خالية من الغموض و ذلك لأن الشروط الإعفائية لها تفسير محدود وضيق ، بينما يبقى المجر التمويلي ملزما بوضع الأصل المؤجر تحت تصرف المستأجر لتمكينه من استعماله و الانتفاع به فلا يتصور استبعاد وضع الأصل تحت تصرف المستأجر بأي شرط تعاقدي لأن ذلك سيؤدي إلى إتلاف وتهديم العقد [1].

و يؤكد ذلك ما نص عليه المشرع في المواد 29 [2]من القانون رقم 09/96 المتعلق بالاعتماد الايجاري وكذلك المادة 17 التي نصت على : " **إعفاء المؤجر من الالتزامات الملقاة على عاتق صاحب ملكية الأصل المؤجر ، و بصفة عامة يعد مقبولا كل بند يجعل من المستأجر يتكفل بوضع الأصل المؤجر ويتحمل النفقات والمخاطر** ..." ، وهو ما يدل على أنه أعفى المؤجر التمويلي من الالتزام بتسليم محل العقد للمستأجر التمويلي عندما يكون منقولا .

أما بموجب المادة 38 من القانون رقم 09/96 المتعلق بالاعتماد الايجاري فقد أكد بصريح العبارة على إعفاء المؤجر التمويلي من الالتزام بتسليم العقارات محل عقد الاعتماد الايجاري للمستأجر التمويلي وذلك عندما اعتبر المؤجر ملزما بكل الالتزامات الملقاة على صاحب الملكية طبقا للقانون المدني مقابل ملكيته للعقار المؤجر خلال مدة الإيجار ما لم يتفق المتعاقدين على إعفائه من العديد من الالتزامات ، من بينها الالتزام بتسليم العقارات محل العقد [3].

---

[1]- بلهامل هشام ، آثار عقد الاعتماد الايجاري في التشريع الجزائري ، **مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في القانون** ، جامعة سكيكدة ، 2014/2013 ، ص 09.

[2]- تنص المادة 29 من القانون رقم 09/96 المتعلق بالاعتماد الايجاري على أنه :**يتمتع المستأجر بحق الانتفاع بالأصل المؤجر بمقتضى عقد اعتماد ايجاري ابتداء من تسليم الأصل المؤجر من قبل المؤجر و المحدد في العقد** " .

[3]- تنص المادة رقم 38 من القانون رقم 09/96 المتعلق بالاعتماد الايجاري على : " **يعتبر المؤجر ملزما بالقيام بالالتزامات الملقاة على صاحب الملكية و المنصوص عليها في القانون المدني ، مقابل حقه في ملكية العقار المؤجر خلال كل مدة الإيجار ما لم يوجد اتفاق بين المتعاقدين يقضي بخلاف ذلك ، لاسيما الالتزامات التالية : الالتزام بتسليم الأصل المؤجر طبقا للخصوصيات التقنية المعينة من قبل المستأجر في الحالة و في التاريخ المتفق عليهما في عقد الاعتماد الايجاري** ..." .

إن إعفاء المؤجر التمويلي من الالتزام بتسليم الأصول المؤجرة يبدو منطقيا بالنظر إلى اختصاصه بنشاط التمويل مما يجعله غير مؤهل لتحمل أي التزام تقني متعلق بالأصل المؤجر لتجرده من المسائل الفنية و التقنية للمعدات ، و الأهم من ذلك فهو ليست له أي علاقة باختيار المورد و لا بتعيين هذا الأصل مما يجعل المستأجر أولى بفحصها و التأكد من مدى مطابقتها و استجابتها لاحتياجاته[1]، كما أن استلام المستأجر التمويلي الأصل مباشرة من المورد فيه اقتصاد للوقت ، فلا ينتظر استلام المؤجر التمويلي للأصل ليتوجه لتسلمه منه [2].

فهذا الإعفاء من الالتزام بالتسليم راجع لان المؤجر ليس لديه الخبرة الكافية في أمور الشراء ، استلام المستأجر للأصول مباشرة من المورد يرجع للمصلحة الشخصية له و التي يمكن استنادا لها حصر المشكلات الناشئة عن تسليم الأصل بين المورد و المستأجر ، و إحالة المؤجر حقوقه قبل المورد إلى المستأجر و ممارسة دعاوى الرجوع على المورد تبرر شرط إعفاء المؤجر التمويلي من الالتزام بالتسليم [3].

**ج/ آ ثار إعفاء المؤجر التمويلي من التزامه بالتسليم :**

إن تأكيد المشرع على إعفاء المؤجر التمويلي من التزامه بالتسليم قد يكون السبب في إعفائه من كل مسؤولية تنشأ عن الالتزام بالتسليم كوجود عيوب في الأصول المؤجرة و عدم تطابقها مع المواصفات التي حددها المستأجر ، أو عدم استلامها في المكان و التاريخ المحددين في العقد [4].

---

[1] - BERLY Jean-Michel, "La qualité de maitre d'ouvrage de crédit-bailleur immobilier qui achète le terrain et fait construire pour son compte l'immeuble objet du contrat", janvier / février, R.D.I, Paris,2003, p 01.

[2]- بلهامل هشام ، المرجع السابق ، ص 10.

[3]- نفس المرجع ، ص 11.

[4]- تغريبت رزيقة ،المرجع السابق ، ص 286 .

يوقع محضر الاستلام من قبل المستأجر التمويلي والمورد و يثبت فيه مدى مطابقة الأصول ،و يعد ذلك تعبيرا على قبول هذه الأصول و بالتالي لا يمكنه إلقاء المسؤولية على المؤجر ، كما أن ظهور أي خلل تقني بعد استعمال الأصول المؤجرة يتم الرجوع مباشرة إلى المورد لإصلاحها أو تبديلها ، كون دور المؤجر يقتصر فقط على التمويل عن طريق دفع ثمن الأصول دون الدخول في تفاصيل المبيعات و مواصفاتها [1].

كما أنه يمكن كذلك أن يتفق أطراف عقد الاعتماد الايجاري على قيام المستأجر التمويلي ببعض الإجراءات الاحترازية الرامية غلى ضمان السير الحسن لعملية التسليم مع إبلاغ المؤجر التمويلي فورا عن أي خطا يقع جراء التسليم ، مع تحمل المستأجر لكافة الرسوم و الضرائب و النفقات المستوجبة للاستلام والنقل[2].

تبقى هناك حالة واحدة لا يتحمل فيها المستأجر التمويلي مسؤولية اختيار الأصول و استلامها وهي الحالة التي تكون فيها الأصول محل عقد الاعتماد الايجاري مملوكة في الأصل للمؤجر التمويلي قبل إبرام العقد ، وذلك لأن المستأجر لا دخل له في اختيار و تعيين هذه الأصول كما أن المؤجر هو من يتحمل الالتزام بالتسليم [3].

**ثانيا : إعفاء المؤجر التمويلي من الالتزام بالضمان :**

لا تعتبر الأحكام الخاصة بالضمان سواء المتعلقة بضمان العيوب الخفية أو بضمان التعرض والاستحقاق من النظام العام ، وبالتالي يجوز الاتفاق على مخالفتها ، و بما أن دور المؤجر التمويلي يقتصر على التمويل فقط ، فبإمكانه الاتفاق مع المستأجر التمويلي على تعديل أحكام الضمان إما بإعفائه منها تماما أو بتخفيفها .

---

[1]- نفس المرجع ، نفس الصفحة .

[2]- نادر عبد العزيز شافي ، **عقد الليزينغ ( دراسة مقارنة )** ، الجزء الأول ، المؤسسة الحديثة للكتاب ، لبنان ، 2004 ، ص 254،255.

[3]- عسالي عبد الكريم ، المرجع السابق ، ص 181.

**أ/ إعفاء المؤجر التمويلي من ضمان العيوب الخفية :**

طبقا للقواعد العامة يكون المؤجر ملزما بضمان جميع العيوب الخفية و التي تحول دون انتفاع المستأجر بالعين المؤجرة ، أو تنقص منها نقصا فاحشا [1]، أما بالنسبة للمؤجر التمويلي فقد نص المشرع على التزامه بضمان العيوب الخفية بموجب قاعدة مكملة ، فقد أجاز صراحة إمكانية الاتفاق على إعفاء المؤجر التمويلي من ضمان العيوب الخفية سواء كان محل العقد أصولا منقولة [2] ، أو غير منقولة [3].

و بناءا على ذلك استغلت شركات الاعتماد الايجاري الطابع المكمل لأحكام الضمان ، و أدرجت ضمن عقودها شرطا صريحا يعفيها من ضمان جميع العيوب الخفية ، بل و الأكثر من ذلك جاء هذا الإعفاء بصفة مطلقة بحيث حملت المستأجر وحده مسؤولية كل ما يلحق بالأصل المؤجر أثناء مدة الإيجار.

يعتمد الفقه الفرنسي في تبرير إعفاء المؤجر التمويلي من الالتزام بالضمان ، بالنظر إلى دوره الذي يقتصر على التمويل فقط دون المساهمة في عملية اختيار و استلام الأصول من المورد ، مما يبقي بعيدا عن جميع المسائل التقنية و التكنولوجية المرتبطة بتنفيذ عقد الاعتماد الايجاري ، إذ يتولى المستأجر التمويلي القيام باختيار الأصول و موردها بحرية مطلقة ثم يستلمها في المكان و الزمان المتفق عليهما مما يمكنه من اكتشاف أي عيب فيها، و بالتالي يتحمل مسؤولية عدم مطابقة الأصول للمواصفات المتفق عليها [4] .

---

[1]- أنظر المادة 488 من القانون المدني الجزائري .

[2]- الفقرة 2 و 3 من المادة رقم 17 من الأمر رقم 09/96 المتعلق بالاعتماد الايجاري .

[3]- الفقرة 1 و 06 من المادة 38 من نفس الأمر التي تنص على أنه : " **يعتبر المؤجر ملزما بالالتزامات الملقاة على عاتق صاحب الملكية و المنصوص عليها في القانون المدني ، مقابل حقه في الملكية على العقار المؤجر خلال كل مدة الإيجار ما لم يوجد اتفاق بين المتعاقدين يقضي بخلاف ذلك ، لاسيما الالتزامات الآتية :– الالتزام بضمان المستأجر ضد جميع عيوب الأصل المؤجر أو نقائصه والتي تحول دون الانتفاع به أو تنقص ، بصفة ملموسة من قيمة هذا الأصل** ...".

[4]- آيت ساحد كهينة ، اختلال توازن الالتزامات في عقد الاعتماد الايجاري ، **أطروحة لنيل درجة دكتوراه في العلوم تخصص القانون** ، جامعة مولود معمري ، تيزي وزو ، 2016 ، ص 87 .

كما ارجع المشرع الأردني سبب جعل المستأجر في عقد التأجير التمويلي هو الضامن للعيوب الخفية إلى تكليف المستأجر باستلام العين المؤجرة من المورد مباشرة و بالتالي فهو من يكشف عليها و يتأكد من عدم وجود عيب خفي يحول دون الانتفاع بها بشكل مؤثر ، حيث قضت المادة (14/هـ) من قانون التأجير التمويلي الأردني رقم 45 لسنة 2008 أن من يختار المأجور يتحمل مخاطر عدم ملاءمته لغايات استخدامه المنصوص عليها في العقد [1].

يكون إعفاء المؤجر التمويلي من ضمان العيوب الخفية إعفاءا تاما ، حيث جاء في المادة 40 من الأمر رقم 09/96 المتعلق بالاعتماد الايجاري ، أن المؤجر التمويلي لا يسأل عن أي فعل يؤدي إلى إحداث الضرر بالأصل المؤجر أثناء الانتفاع به مهما كان ذلك الضرر وقدره ، ولا عن أي عيب في الأصل يسبب الإنقاص من مردوديته مهما كان التاريخ الذي ظهر فيه ذلك العيب و ذلك بسبب بقاء المؤجر التمويلي بعيدا عن كل ما يتعلق بفحص و معاينة الأصل باعتباره لا يقوم بعملية التسليم وهو ما أشرنا إليه أعلاه .

خلافا للأحكام العامة التي تضمن للمستأجر حقه في طلب فسخ عقد الإيجار أو إنقاص الثمن إذا وجد بالعين المؤجرة عيب يتحقق معه الضمان [2]، و طبقا للمادة 40 أعلاه يمكن للمستأجر التمويلي بالاتفاق مع المؤجر التمويلي ، أن يتنازل عن حقه في الرجوع على هذا الأخير سواء بإنقاص الأجرة أو فسخ عقد الاعتماد الايجاري في حال وجود عيب أو عدم مطابقة الأصل المؤجر ، و هو ما يشكل تعسفا في حق المستأجر التمويلي الذي لا يحظى بأدنى حماية ، مقارنة بما يحظى به المؤجر التمويلي من حماية و ما يحققه له عقد الاعتماد الايجاري من مزايا.

---

[1]- هدى سمير داود ، شروق عباس فاضل ، ضمان العيوب الخفية في عقد التأجير التمويلي ، **المجلة الأكاديمية للبحوث القانونية والسياسية** ، جامعة عمار ثليجي الأغواط ، الجزائر ، المجلد الرابع ، العدد 02 ،2020 ، ص 83.

[2]- المادة 489 من القانون المدني الجزائري .

بينما المستأجر التمويلي محمي في القانون الفرنسي نظرا لتقرير المشرع حقه في الرجوع المباشر على المورد في حالة وجود أي عيب خفي ، وقد قيد القضاء الفرنسي إعفاء المؤجر من الضمان بشرط أن ينص عقد الاعتماد الايجاري على شرط نقل حقوق المؤجر في الضمان ضد المورد إلى المستأجر في حالة ظهور عيب خفي في الأصل و هو ما يجعل المستأجر محميا ، و هذه الحماية لا يتمتع بها المستأجر في القانون الجزائري ، نظرا لوجود فراغ قانوني بشأن نقل حق المؤجر التمويلي في الضمان إلى المستأجر[1] .

**ب/ إعفاء المؤجر التمويلي من ضمان التعرض والاستحقاق :**

تمنع القواعد العامة المؤجر من القيام بأي شيء من شأنه أن يحول دون انتفاع المستأجر بالعين المؤجرة ، وهذا بضمان التعرض الشخصي الصادر منه أو سواء كان ماديا أو قانونيا ، وضمان أي تعرض مبني على سبب قانوني يصدر من الغير[2]، و هو ما كرسه في الفقرة 04 من المادة 38 من الأمر رقم 09/96[3] التي تتعلق بالاعتماد الايجاري للأصول غير المنقولة ، كما منح إمكانية الاتفاق على مخالفة هذه القاعدة عن طريق الاتفاق بين طرفي عقد الاعتماد الايجاري على إعفاء المؤجر التمويلي من ضمان التعرض[4].

---

[1]- آيت ساحد كهينة ،المرجع السابق ، ص 99،100.

[2]- تنص المادة 483 من القانون المدني على : " **على المؤجر أن يمتنع عن كل ما من شانه أن يحول دون انتفاع المستأجر بالعين المؤجرة ولا يجوز له أن يحدث بها أو بملحقاتها أي تغيير يخل بهذا الانتفاع ، ولا يقتصر ضمان المؤجر على الأعمال التي تصدر منه أو من مأموريه ، بل يمتد هذا الضمان إلى كل إضرار أو تعرض مبني على سبب قانوني يصدر من مستأجر آخر أو من أي شخص تلقى الحق عن المؤجر** " .

[3]- تنص الفقرة 04 من المادة 38 من الأمر رقم 09/96 المتعلق بالاعتماد الايجاري على : " **الالتزام بعدم إلحاق أي سبب يحول دون انتفاع المستأجر بالأصل المؤجر وبعدم إحداث للأصل المؤجر أو لملحقاته أي تغيير يقلل من هذا الانتفاع ، و كذا الالتزام بضمان المستأجر ضد أي أضرار أو سبب قانوني من قبل المؤجر باستثناء أي سبب بفعل الغير ، غير مدع لأي حق على الأصل المؤجر .**

[4]- الفقرة 01 من المادة 38 من نفس الأمر .

أكد المشرع كذلك على إمكانية الاتفاق على إعفاء المؤجر التمويلي من الالتزام بضمان التعرض في الفقرة 04 من المادة 17 من الأمر 09/96 ، و هذا بالنسبة للاعتماد الايجاري للأصول المنقولة،وباعتبار أن الخاص يقيد العام ، و القواعد المتعلقة بالاعتماد الايجاري تعتبر أحكاما خاصة ، إلا أنه و تطبيقا لقاعدة القانون الجديد يلغي القديم ، فإن نص المادة 01/490 من القانون المدني الجزائري أحدث من قواعد عقد الاعتماد الايجاري و باعتبارها قاعدة آمرة فإنها تلغي كل ما ينص على إعفاء المؤجر من ضمان التعرض القانوني و كل اتفاق بخلاف ذلك يعد باطلا [1].

أما فيما يتعلق بضمان الاستحقاق فقد نص المشرع صراحة على إمكانية الاتفاق على إعفاء المؤجر التمويلي منه ، فلا يرجع المستأجر على المؤجر التمويلي سواء بالفسخ أو بتخفيض ثمن الإيجار في حالة عدم تمكن هذا الأخير من صد ادعاءات الغير بحقه على الأصل المؤجر ، وهذا ما ورد في الفقرة 02 من المادة 18 من ذات الأمر التي تنص على أنه : " **يمكن أن يحتوي عقد الاعتماد الايجاري أيضا على اشتراط ما يأتي : – تنازل المستأجر عن ضمان الاستحقاق و عن ضمان العيوب الخفية** " .

يتبن كذلك أن إعفاء المؤجر التمويلي من ضمان التعرض والاستحقاق يكون تاما ، فهو قد تنازل عن المطالبة بفسخ عقد الاعتماد الايجاري أو تخفيض ثمن الإيجار لما تنازل عن الضمانات الخاصة التي يلتزم بها المؤجر التمويلي [2].

**ثالثا : إعفاء المؤجر التمويلي من المسؤولية اتجاه الغير :**

باعتبار المؤجر التمويلي مالكا للأصول المؤجرة فإنه يكون مسئولا اتجاه الغير عن الأضرار التي تلحقه جراء استغلال هذا الأصل سواء كانت عقارا أو منقولا ، غير أن المشرع نص على إمكانية الاتفاق على

[1]– بلهامل هشام ، المرجع السابق ، ص 26.

[2]– أنظر المادة 40 من الأمر رقم 09/96 المتعلق بالاعتماد الايجاري .

إعفاء المؤجر التمويلي من هذه المسؤولية [1] فيكون المستأجر التمويلي مسئولا اتجاه الغير عن الأضرار التي قد تلحقها الأصول المؤجرة بالغير إما على أساس حراسة الأشياء بالنسبة للمنقول ، أو على أساس تهدم البناء بالنسبة للعقار .

**أ/ مسؤولية المستأجر التمويلي على أساس حراسة الأشياء :**

طبقا للقواعد العامة يكون حارس الشيء الذي له قدرة تسييره واستعماله و رقابته مسئولا عن الضرر الذي يلحقه ذلك الشيء بالغير ، وينطبق ذلك على المستأجر التمويلي باعتباره حائزا للأصل المؤجر للانتفاع به خلال مدة عقد الاعتماد الايجاري ، و بما أن مسؤولية الحارس مفترضة فإنه ليس على المضرور إثبات خطأ المستأجر التمويلي ، ويمكن لهذا الأخير دفع هذه المسؤولية بإثبات أن الأصل المؤجر لم يمن بيده لحظة وقوع الحادث [2].

**ب/ مسؤولية المستأجر التمويلي على أساس تهدم البناية :**

الأصل أن مالك البناء يكون مسئولا عن الضرر الذي يحدثه تهدم البناء بالغير إما كليا أو جزئيا، ولا يمكنه أن يعفى من هذه المسئولية إلا إذا أثبت أن هذا التهدم لا يرجع إلى إهمال في الصيانة ولا إلى قدم أو عيب في البناء [3].

إلا أن المؤجر التمويلي رغم انه مالك العقار محل عقد الاعتماد الايجاري لا يتحمل مسؤولية تهدم هذا العقار بل يتحملها المستأجر التمويلي الذي يكون ملزما كذلك بأعمال الصيانة اللازمة للمحافظة على

---

[1]- تنص المادة 17 من نفس الأمر على : " **يمكن أن ينص عقد الاعتماد الايجاري ، باختيار من الأطراف المتعاقدة ، على الشروط المتعلقة بما يلي : إعفاء المؤجر من الالتزامات الملقاة عادة على عاتق صاحب ملكية الأصل المؤجر و بصفة عامة ، يعد مقبولا قانونا كل بند يجعل من المستأجر يتكفل بوضع الأصل المؤجر و يتحمل النفقات و المخاطر** ".

[2]- عسالي عبد الكريم ، المرجع السابق ، ص 185.

[3]- أنظر المادة 140 من القانون المدني الجزائري.

الأصل المؤجر ، وهذا يعتبر نتيجة منطقية لعدم تحمل المؤجل التمويلي مسؤولية الضرر الذي يلحقه تهدم العقار بالغير مادام أعفى نفسه من أعمال الصيانة اللازمة للمحافظة على الأصل المؤجر [1].

## الفرع الثاني

## مظاهر اتساع نطاق التزامات المستأجر التمويلي العقدية

إلى جانب استغلال المؤجر التمويلي للطبيعة المكملة لأحكام الأمر رقم 09/96 المتعلق بالاعتماد الايجاري من أجل إعفاء نفسه من العديد من الالتزامات العقدية التي تقع أصلا على عاتقه ، يستغل المؤجر حاجة المستأجر التي يبحث عنها في عقد الاعتماد الايجاري فيحمله أعباء أخرى إضافة إلى تلك التي يتحملها المستأجر في عقد الإيجار التقليدي ، فيتسع نطاق التزام المستأجر التمويلي بدفع بدل الإيجار بسبب إلزامه بتقديم ضمانات للوفاء بها (**أولا**) ، و يتسع نطاق التزامه بالمحافظة على الأصل المؤجر بسبب إلزامه بالقيام بأعمال الصيانة و التأمين على الأصل المؤجر (**ثانيا**).

بالإضافة إلى اتساع نطاق التزامات المستأجر التمويلي يحرص المؤجر على ضمان تنفيذها من خلال إدراج الشرط الفاسخ الصريح ضمن عقد الاعتماد الايجاري ، مما يسمح له بفسخ العقد كلما أخل المستأجر التمويلي بتنفيذ هذه الالتزامات ، في مقابل ذلك لا يملك المستأجر التمويلي إدراج مثل هذا الشرط في العقد ، مما يؤدي إلى تضييق حق المستأجر التمويلي في المطالبة بفسخ العقد في حال أخل المؤجر التمويلي بالوفاء بالتزاماته العقدية (**ثالثا**).

### أولا : اتساع نطاق التزام المستأجر بدفع مقابل الإيجار

طبقا للقواعد العامة يكون لأطراف عقد الإيجار الحرية الكاملة في الاتفاق على مبلغ الإيجار، من حيث مقداره ، و كيفية دفعه ، و مواعيده، وإن لم يكن هناك اتفاق فيكون الوفاء بالأجرة في المواعيد المعمول بها

[1]- عسالي عبد الكريم ، المرجع السابق ، ص 185.

في الجهة [1] ، أما في عقد الاعتماد الايجاري فإنه يتسع التزام المستأجر بدفع مقابل الإيجار وذلك لأن تحديد مبلغ الإيجار يخضع لضوابط تتعلق بكون هذا العقد عملية قرض ، بالإضافة إلى إلزام المستأجر التمويلي بتقديم ضمانات متنوعة للوفاء بالأجرة لصالح المؤجر التمويلي .

**أ/ اتساع نطاق التزام المستأجر من حيث أساس تحديد الأجرة :**

يتضمن مبلغ الإيجار في عقد الاعتماد الايجاري ، مقابل للانتفاع ، وثمن شراء الأصل المؤجر في الفرض الذي لا يعمل المستأجر خياره بالشراء في نهاية العقد ، بالإضافة إلى هامش ربح يمثل نسبة من الأرباح التي يتوقعها المؤجر التمويلي من وراء استثمار أمواله [2]، حيث يظهر ذلك حرص شركة الاعتماد الايجاري على استرداد كامل رأسمالها الذي استثمرته في تمويل المشروع المستفيد مع الفوائد [3]، ويجعل مبلغ الإيجار مرتفعا بالمقارنة مع الإيجار العادي ، و يرجع ذلك إلى الوظيفة التمويلية لعقد الاعتماد الايجاري [4].

يتم تحديد أقساط الإيجار بناءا على مدة العقد التي تكون غير قابلة للإلغاء[5] ، و ذلك بهدف ضمان حصول المؤجر التمويلي على كامل مبالغ الإيجار ، فهذه المبالغ تعتبر بالنسبة للمؤجر دين لا يقبل الانقسام من جهة [6] ، ومن جهة أخرى ، تمكن المستأجر من الانتفاع بالأصل المؤجر و تكفل له الاستقرار القانوني والمادي لمشروعه الاستثماري [7].

---

[1]- المادة 498 من القانون المدني الجزائري .

[2]- المادة 14 من الأمر رقم 09/96 المتعلق بالاعتماد الايجاري .

[3] - Elmokhtar Bey , Christian Gavalda, op,cit ,p 117.

[4]- نادر عبد العزيز شافي ، **عقد الليزينغ ( دراسة مقارنة )** ، الجزء الأول ، المؤسسة الحديثة للكتاب ، لبنان ، 2004 ، ص 259 .

[5]- تنص المادة 10 من الأمر رقم 09/96 المتعلق بالاعتماد الايجاري على :" **يضمن للمؤجر قبض مبلغ معين من الإيجار تدعى (الفترة غير القابلة للإلغاء )، لا يمكن خلالها إبطال الإيجار إلا إذا اتفق الطرفان على خلاف ذلك** ".

[6]- WALTER Roland, Qu'est-ce que le leasing-entreprise, éditions éd Dumod, Paris 1973, p 27.

[7]- آيت ساحد كهينة ، المرجع السابق ، ص 16.

يحق للمؤجر التمويلي مراجعة مبلغ الإيجار كلما تغيرت أسعار الأصول محل عقد الاعتماد الايجاري وذلك في الفترة الواقعة ما بين توقيع العقد و دفع هذه المبالغ ، و حتى بعد فترة من البدء في تنفيذ العقد فقد يتفق الطرفان في العقد على زيادة أو تخفيض مبلغ الإيجار وفقا لارتفاع أو انخفاض أسعار الأصل المؤجر ، وهذا ما قرره المشرع المصري في القانون رقم 95/95 المتعلق الإيجار التمويلي[1].

أما المشرع الجزائري فقد سكت عن أمر تعديل الأجرة في القواعد الخاصة بعقد الاعتماد الايجاري مما يستوجب الرجوع في ذلك إلى ما تقضي به القواعد العامة ، وذلك ما تعمل به شركات الاعتماد الايجاري في الواقع حيث تنص في عقودها على إمكانية تعديل مبالغ الإيجار وفقا لمعايير و أسس معينة يتم تحديدها من قبلها [2].

**ب/ تنوع ضمانات الوفاء بمبالغ الإيجار :**

يكون المستأجر في عقد الاعتماد الايجاري ملزما بتقديم ضمانات للوفاء بالأجرة ، قد تكون هذه الضمانات قانونية: احتفاظ الشركة المؤجرة بحق ملكية الأصل حق الامتياز ،وقد تكون اتفاقية : الرهن الرسمي ، الكفالة أو التأمينات الفردية ، الشرط الجزائي .

حيث يضمن المشرع لشركات الاعتماد الايجاري أقوى حماية من مخاطر إفلاس أو إعسار المستأجر أو إخلاله بالتزامه في الوفاء بالأجرة عن طريق حق ملكية الأصل الذي يخول لها استرجاعه دون الخضوع لقسمة الغرماء و لا لمزاحمة باقي الدائنين ،و هذا ما ورد في المادة 19 من الأمر رقم 09/96 المتعلق بالاعتماد الايجاري : " **يبقى المؤجر صاحب ملكية الأصل المؤجر خلال كل مدة عقد الاعتماد الايجاري ...**".

[1]- نادر عبد العزيز شافي ، المرجع السابق ، ص 260.

[2] - آيت ساحد كهينة ، المرجع السابق ، ص 20.

طبقا للمادة 23 من ذات الأمر يتمتع المؤجر التمويلي بحق امتياز عام على الأصول المنقولة وغير المنقولة المملوكة للمستأجر و مستحقاته و الأموال الموجودة بحسابه كذلك ، و يكون هذا الامتياز ساريا طيلة مدة العقد و بعد انقضائه ، عن طريق تسجيل رهن أو رهن حيازي خاص على منقولات المستأجر لدى كتابة ضبط المحكمة المؤهلة إقليميا ، أو بقيد الرهن القانوني على كل عقار يملكه المستأجر [1].

قد يتفق طرفا عقد الاعتماد الايجاري على ضمان مبالغ الإيجار بواسطة ضمانات عينية أو فردية [2] فقد تشترط شركات الاعتماد الايجاري على المستأجر تقديم رهن أصل من أصوله العقارية أو المنقولة أو إيداع مبلغ نقدي لدى احد البنوك يخصص لضمان الوفاء بالأجرة ، أو تشترط تقديم شخص يسمى كفيلا يضمن الوفاء بالمبالغ المستحقة ، حيث تشترط الكفالة بصفة نمطية في عقود الاعتماد الايجاري ،رغم ما قد تتعرض له من مخاطر إفلاس الكفيل و ما يتحمله المستأجر التمويلي مقابل ذلك من مصاريف من اجل الحصول على الكفالة [3].

يظهر من خلال ما سبق الطبيعة المكلفة لعقد الاعتماد الايجاري ، بالمقارنة مع القدرات المحدودة للمستأجر التمويلي الذي يكون عادة مشاريع استثمارية صغيرة و مع القيمة الايجارية للأصل المؤجر وبمقارنتها كذلك مع تكاليف الإيجار العادي و القرض التقليدي يظهر هذا الارتفاع في تكاليف عقد الاعتماد الايجاري ويرجع سبب ذلك إلى غياب ضابط يحكم الفائدة في عقد الاعتماد الايجاري ،بل تكون خاضعة لإرادة الطرف الأقوى و هو المؤجر التمويلي ، و يعتبر ذلك أحد مظاهر الاختلال في الأداءات في عقد الاعتماد الايجاري .

[1]- أنظر المادة 24 من الأمر رقم 09/96 المتعلق بالاعتماد الايجاري .

[2]- المادة رقم 17 من نفس الأمر .

[3]- آيت ساحد كهينة ، المرجع السابق ، ص 27، 28.

**ثانيا : اتساع التزام المستأجر بالمحافظة على الأصل المؤجر :**

من أهم الالتزامات التي تقع على عاتق المستأجر المحافظة على العين المؤجرة ، غير أن هذا الالتزام في عقد الاعتماد الايجاري يتصف بأنه التزام متسع بالنظر إلى أنه يشتمل على التزامات أخرى ، منها ضرورة استعمال المال المؤجر بعناية الرجل الحريص لا العادي ، و القيام بأعمال الصيانة التي تعد في الأصل التزاما من التزامات المؤجر التمويلي و يقوم بنقلها للمؤجر ، بالإضافة إلى التأمين على هذا المال.

**أ/ الالتزام باستعمال الأموال بعناية الرجل الحريص لا العادي :**

طبقا للقواعد العامة في القانون المدني يكون على المستأجر بذل عناية الرجل العادي في استعمال الأموال المؤجرة ، بمعنى استعماله للأغراض المخصصة لها ، غير أنه في الواقع العملي نجد المؤجر يفرض على المستأجر استعمال المال للأغراض التي استأجرت من أجلها و بعناية الرجل الحريص لا العادي ، وغالبا يكون استعمال الأموال بناءا على اتفاق بين المؤجر والمستأجر[1] ، فمؤسسات الاعتماد الايجاري لا تقدم على التعاقد مع المستفيد إلا بعد التأكد من قدرته على المحافظة على الأصول المؤجرة حتى نهاية فترة الإيجار [2].

**ب/ الالتزام بالقيام بأعمال الصيانة :**

أعمال الصيانة هي الأعمال التي تكون ضرورية من أجل الانتفاع بالعين المؤجرة و الجاري العمل بها [3] و في عقد الاعتماد الايجاري يحمل المؤجر التمويلي المستأجر التمويلي القيام بهذه الأعمال بدلا عنه سواء

[1]- حوالف عبد الصمد ، المرجع السابق، ص 105،106 .

[2]- Alain Cohen, le crédit bail immobilier et la réforme de 1995, 3eme édition, Dalloz, 1996 , p67.

[3]- أنظر المادة 494 من القانون المدني الجزائري .

تعلق الأمر بصيانة الأصول المنقولة [1] ، أو غير المنقولة [2]، فيعفي نفسه من الالتزام بالمتابعة الدورية للأصول المؤجرة ، ومن الالتزام بإصلاح المعدات و القيام بالترميمات اللازمة للمحافظة عليها.

يقصد بالإعفاء من المتابعة الدورية إعفاء المؤجر التمويلي من متابعة الأصول المؤجرة و تفقدها بصفة دورية لتفادي إصابتها بالأعطال و إبقائها في حالة صالحة للاستعمال المنصوص عليه في الوثائق المرفقة بالأصول المؤجرة ، فيتولى المستأجر بدلا عنه القيام بالمتابعة الدورية للأصول المؤجرة بإبقائها صالحة للاستعمال ، كما يقوم بإصلاح المعدات و الآلات و الأجهزة محل عقد الاعتماد الايجاري ، بالرغم من بقائها ملكا للمؤجر التمويلي [3].

يتولى المستأجر التمويلي كذلك ترميم البنايات و العمارات حتى يستطيع الاستمرار في الانتفاع بها سواء كان الضرر الذي يحول دون انتفاعه بها يرجع له هو أو للغير أو لقوة قاهرة ، مع تحمل كل المصاريف المترتبة من هذا الإصلاح وهو ما يفهم من نص المادة 39 فقرة 08 من الأمر رقم 09/96 المتعلق بالاعتماد الايجاري التي تنص على أنه : **"لاسيما في حالات الترميمات المستعجلة أو اكتشاف فيه أو اغتصاب أو ضرر من فعل الغير يصيب الأصل المؤجر حتى و إن أخذ المستأجر على عاتقه النفقات و الآثار القانونية ..."**[4].

و بموجب الفقرة 05 من نفس المادة سمح المشرع للمؤجر التمويلي أن يتدخل في كل مرحلة من مراحل أعمال الصيانة ، من أجل القيام بالرقابة و تقديم التعليمات التي يلتزم بتنفيذها إذا تضمن العقد شرط

---

[1]- تنص المادة 33 من الأمر رقم على أنه : " **يمكن أن يضع العقد على عاتق المستأجر الالتزام بالحفاظ على الأصل المؤجر وصيانته ، في حالة اعتماد ايجاري للأصول المنقولة**" .

[2]- أنظر المادة 40 من الأمر رقم 09/96 المتعلق بالاعتماد الايجاري .

[3]- عسالي عبد الكريم ، المرجع السابق ، ص 290.

[4]- تغريبت رزيقة ، المرجع السابق ، ص 291،292 .

يقضي بذلك ، لاسيما وأن المستأجر التمويلي ملزما بإخطاره بكل تغيير يقوم به لإصلاح الأعطال منعا لتفاقمها [1].

**ج/ الالتزام بالتأمين :**

خلافا للقواعد العامة نجد المشرع في عقد الاعتماد الايجاري قد حمل المستأجر كافة المخاطر المتعلقة بالمال المؤجر كما حمله تبعة الهلاك حتى في حال السبب الأجنبي والقوة القاهرة باستثناء السبب الذي يرجع للمؤجر و هو صعب الحدوث من الناحية العملية ، و الأكثر من ذلك نجد أن المؤجر غالبا ما يشترط أن يتم التامين بما يعادل القيمة الكاملة لاستبدال الأصل المؤجر بمثله شريطة أن لا تقل قيمة التأمين عن مجموع الأقساط الإيجارية غير المدفوعة ، وقد تشترط بعض العقود أن تكون النسبة تعادل 120 بالمائة من تكلفة الأصل و السبب في ذلك هو سعي المؤجر للحصول على قيمة الأصل زائد هامش ربح معين [2].

**ثالثا : تضييق حق المستأجر في فسخ عقد الاعتماد الايجاري :**

تحرص شركات الاعتماد الايجاري على إدراج الشرط الفاسخ الصريح[3] في عقود الاعتماد الايجاري وذلك حتى تتمكن من طلب فسخ العقد إذا ما اخل المستأجر بتنفيذ التزاماته المترتبة على العقد ، وهو ما يؤدي إلى الاختلال في الالتزامات بين الطرفين نظرا لما يرتبه من آثار .

يتم إعمال الشرط الفاسخ الصريح من قبل المؤجر التمويلي ، لسبب إخلال المستأجر بالتزاماته الشخصية أو بتلك الالتزامات التي هي في الأصل ملقاة على عاتق المؤجر التمويلي ، و تم نقلها إلى

---

[1]- نفس المرجع ، ص 292.

[2]- عيسى بخيت ، المرجع السابق ، ص 115.

[3]- تنص المادة 120 من القانون المدني الجزائري على : " **يجوز الاتفاق على أن يعتبر العقد مفسوخا بحكم القانون عند عدم الوفاء بالالتزامات الناشئة عنه بمجرد تحقيق الشروط المتفق عليها و بدون حاجة إلى حكم قضائي ، وهذا الشرط لا يعفي من الاعذار ، الذي يحدد حسب العرف عند عدم تحديده من طرف المتعاقدين** " .

المستأجر بذريعة اقتصار دوره على المسائل المالية فقد دون المسائل التقنية والفنية المتعلقة بالأصل ، كما يحق للمؤجر التمويلي طلب الفسخ بسبب تفاقم مخاطر إعسار المستأجر نتيجة إفلاسه أو تصفيته [1].

و في مقابل ذلك ورغم أن المشرع أعطى الحق لكلا الطرفين في عقد الاعتماد الايجاري بطلب فسخ العقد في حال أخل الطرف الآخر بتنفيذ التزاماته التعاقدية [2]، إلا أن الواقع العملي لهذا العقد ينفي أعمال المستأجر التمويلي لهذا الحق و يرجع ذلك لصعوبة إثبات مسؤولية المؤجر التمويلي و تضييق المؤجر التمويلي من مجال إثارة مسؤوليته نتيجة نقل أغلب التزاماته إلى المستأجر [3].

يترتب على فسخ عقد الاعتماد الايجاري استرداد المؤجر التمويلي الأصل المؤجر وهذا حسب ما نصت عليه المادة 13 فقرة 03 من الأمر رقم 09/96 المتعلق بالاعتماد الايجاري: " ... **يمارس حق المؤجر في الإيجارات من خلال استرجاع الأصل المؤجر**"[4] ، بالإضافة إلى حصول المؤجر التمويلي على تعويض عن جميع الأضرار التي تلحق به بسبب فسخ العقد في حالة خطا المستأجر ، و ذلك بموجب شرط جزائي يقترن عادة بالشرط الفاسخ الصريح [5].

[1]- آيت ساحد كهينة ، المرجع السابق ، ص 121 .

[2]- انظر المواد 13 ، 20 من الأمر رقم 09/96 المتعلق بالاعتماد الايجاري .

[3]- آيت ساحد كهينة ، المرجع السابق ، ص 130.

[4]- انظر كذلك المادة 20 من الأمر رقم 09/96 المتعلق بالاعتماد الايجاري .

[5]- تنص المادة 13 فقرة 1 من نفس الأمر على أنه : " **إن فسخ عقد الاعتماد الايجاري خلال الفترة غير القابلة للإلغاء من قبل طرف من الأطراف تمنح الطرف الآخر حق التعويض الذي يمكن تحديد مبلغه ضمن العقد في إطار بند خاص ... بحيث لا يمكن أن يقل مبلغ التعويضات عن المبلغ الخاص بالإيجارات المستحقة المتبقية إلا إذا اتفق الأطراف على خلاف ذلك ضمن العقد** " .

## المطلب الثاني

## مظاهر اختلال توازن الالتزامات في عقد الفرانشيز

يعتبر عقد الفرانشيز مجالا للعديد من الشروط التعسفية ، وذلك يرجع إلى ما يتمتع به المانح من قوة اقتصادية و معرفة فنية تجعله في مركز أعلى من المتلقي، الذي تدفعه حاجته إلى التكنولوجيا التي يمتلكها المانح ، و بالتالي يخضع إلى ما يفرضه عليه من شروط لا يقبل مناقشتها ، تبقيه تابعا له ، وتخل بتوازن الالتزامات في عقد الفرانشيز .

فباعتبار أن التكنولوجيا تعتبر ركيزة أساسية في عقد الفرانشيز وسوق التكنولوجيا تتميز بالطبيعة الاحتكارية ، و باعتبار أن المانح مالك للمعرفة الفنية التي يسعى المتلقي إلى اكتسابها من أجل نجاح استثماراته ، تأتي الشروط التعسفية عادة لتقييد المتلقي من حيث الاستغلال الاقتصادي و التكنولوجي لمشروعه (**الفرع الأول** )، أو لتشديد تبعيته الاقتصادية له فقد يجد المتلقي في عقود الفرانشيز نفسه ملزما إلى جانب التزاماته العقدية بالخضوع لأوامر صارمة من المانح تؤدي إلى تشديد تبعيته الاقتصادية له (**الفرع الثاني** ).

### الفرع الأول

### شروط تقييد الاستغلال الاقتصادي و التكنولوجي لمشروع المتلقي

إن عقود الفرانشيز تعتبر من بين أنواع الروابط التعاقدية التي تجسد التبعية الاقتصادية بين مشرعات مستقلة قانونا ، فالنشاط التي يمارسه متلقي الفرانشيز تابع اقتصاديا لنشاط المانح ، مما يجعله خاضع للسياسة التجارية لهذا الأخير ، الذي يسعى لتشديد هذه التبعية و فرض سيطرته على المتلقي بالطريقة التي تحقق مصالحه .

يقوم المانح في عقود الفرانشيز بتشديد تبعية المتلقي له اقتصاديا من خلال صياغة نوع من الشروط التي تقيد الاستغلال الاقتصادي لمشروع المتلقي (**أولا**) ، و نوع أخر من الشروط يهدف المانح من خلاله تقييد الاستغلال التكنولوجي لمشروع المتلقي ، وهي تعتبر تجسيدا حقيقيا للتعسف الذي يمارسه المانح على المتلقي في عقود نقل التكنولوجيا (**ثانيا**) .

**أولا : الشروط المقيدة للاستغلال الاقتصادي لمشروع المتلقي :**

يفرض المانح على المتلقي شروط معينة من أجل إبقائه تابعا له ، هذه الشروط أهمها : شرط التمون الحصري من المانح ، و شرط رقابة الجودة ، و هي شروط تقيد استغلاله الاقتصادي للمشروع ، بالإضافة إلى ذلك قد تكون هذه الحصرية موضوعية ترتبط بأنواع السلع و كميتها و قد تكون إقليمية باشتراط عدم مزاولة أي نشاط خارج حدوده الإقليمية .

**أ/ شرط التمون الحصري من المانح :**

يفرض المانح بمقتضى هذا الشرط على المتلقي حصرية التمون منه هو فقط أو من جهات معينة يحددها هو و التي تكون له مصالح اقتصادية معها ، و بذلك يحرم المتلقي من الحصول على المؤن و المواد الأولية من مصادر أخرى تكون اقل سعرا ، أو تكون في حدود دولته فيوفر بذلك في تكاليف الحصول على هذه المؤن والمواد [1].

يترتب على هذا الشرط تقييد المتلقي بشراء السلع و البضائع بصورة حصرية من المانح في مقابل التزام المانح بعدم دخول أي شخص ثالث لبيع مثل هذه السلع و البضائع في منطقة التعاقد ، وهذا الالتزام قد يشمل جميع السلع وقد يشمل سلع معينة فقط [2].

[1]- مسلم الطاهر ، حماية المتلقي من الشروط التعسفية في عقد الفرانشيز ، **المجلة الجزائرية للحقوق و العلوم السياسية** ، جامعة تيسمسيلت ، الجزائر ، العدد الرابع ، ديسمبر 2017 ، ص 186 .

[2]- دعاء بكر البشتاوي ، مرجع سابق، ص 101.

هناك عدة أسباب تدفع المانح لاشتراط الالتزام بالتموين الحصري على الممنوح له ، حيث يضمن هذا الالتزام خفض تكاليف الإنتاج ، زيادة تقديماته للممنوحين ماداموا يرغبون في ذلك ، حسن إدارة المخزون و السماح للممنوح لهم بتحسين الخدمات المقدمة للمستهلكين و المردود من نقطة بيعهم بالإضافة إلى ذلك قد تكون هذه الحصرية موضوعية ترتبط بأنواع السلع و قد تكون إقليمية باشتراط عدم مزاولة أي نشاط خارج حدوده الإقليمية [1].

يقيد هذا الالتزام في الجزائر بنصوص المواد 06، 07، 11 من الأمر رقم 03/03 المتعلق بالمنافسة وهي تتعلق بحظر الممارسات المقيدة للمنافسة ( الاتفاقات المقيدة للمنافسة ، التعسف الناتج عن وضعية الهيمنة التعسف في استغلال وضعية التبعية الاقتصادية ) ، أما في فرنسا فهو مقيد بشرط تناول نفس المنتجات المعدة لإعادة بيعها الموزعة من المانح ، وجعل هذا البند باطلا بانعدام هذا الشرط لأنه يعيق مسار التجارة ، كما اعتبر الاجتهاد القضائي الفرنسي شرط الحصرية الموضوعية غير جوهريا في العقد ويمكن تصوره بدونه [2] .

**ب/ شرط رقابة الجودة :**

في حال لم يتضمن عقد الفرانشيز شرط حصرية التموين من المانح أو ممن يعينه تبعا لمصلحته الاقتصادية فإن المتلقي يكون حرا في تعيين الممون الذي يحصل على المواد الأولية والمؤن منه ، لكنه يبقى مقيدا باحترام المستوى العام للجودة داخل شبكة الفرانشيز التي ينتمي إليها ، فالمانح يسعى من خلال هذا الشرط إلى الحفاظ عن صورته التجارية ، فمن خلال هذا الشرط تكون له السلطة التامة لتقرير مطابقة سلع و خدمات المتلقي لمعايير الجودة المطلوبة ، بل و يمكنه رفض كل منتج يرى انه يضر بعلامته التجارية

[1]- نفس المرجع، ص 101، 102 .

[2]- عروسي ساسية ، المرجع سابق ، ص 53.

حتى لو كان مطابقا لمعايير الجودة المعمول بها ضمن الشبكة ، وتبعا لذلك يكون المتلقي مقيدا بموافقة المانح على الممون الذي يختاره ، فينقلب شرط مراقبة الجودة إلى شرط التمون الحصري [1].

**ج/ تقييد إرادة المتلقي في تحديد حجم الإنتاج :**

بموجب هذه الشروط يتم تقييد إرادة المتلقي في تحديد حجم الإنتاج أو طاقة تشغيل الآلات[2]،وذلك لضمان توزيع جغرافي في السوق الدولي يتناسب مع إستراتيجية المانح النابعة من فكرة التخصص ، وبموجب هذا الشرط يكون المتلقي ملزما بالحصول على إذن أو ترخيص من المانح قبل قيامه بتصدير إنتاجه أو تسويق منتجاته عبر شبكة المانح [3].

**د/ شرط الحصرية الإقليمية :**

يعتبر شرط الحصرية الإقليمية ، من أهم الشروط التقييدية ذات الآثار الاقتصادية ، فهو يحد بشكل كبير من القدرة التنافسية لمشروع المتلقي ، خاصة مع منع المتلقي من إبرام اتفاقات مع مشروعات منافسة لمشروعه ، وعلى هذا الأساس اعتبر بعض الفقهاء أن هذا الشرط يتلاقى مع شروط عدم المنافسة[4].

شرط عدم المنافسة هو شرط يمنع بمقتضاه المانح المتلقي من المنافسة طول مدة سريان العقد وبعد انتهائه حيث بمقتضى هذا الشرط يمنع على الممنوح له إنتاج أو عرض منتجات أو تقديم خدمات منافسة لما تنتجه أو تقدمه مؤسسة المانح ، سواء منفردا أو بالاشتراك مع غيره ، و بعد نهاية العقد يمنع على الممنوح له ممارسة نفس النشاط في الإقليم الذي كان يزاول فيه نشاطه مع منعه من الانضمام إلى شبكة

[1]- مسلم الطاهر ، المرجع السابق ، ص 186.

[2]- بودهان أحلام ، عمارة مسعود ، مبدأ سلطان الإرادة في عقود نقل التكنولوجيا بين الحرية والتقييد ، **مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية ، جامعة محمد بوضياف المسيلة ، الجزائر** ، المجلد 05، العدد02، السنة 2020 ، المرجع السابق ،ص 1497.

[3]- مسلم الطاهر ، المرجع السابق ، ص 186.

[4]- نفس المرجع ، نفس الصفحة .

منافسة تمارس نفس نشاط المانح بعد نهاية العقد بمدة محددة قانونا أو اتفاقا ، وفي حال أخل الممنوح له بهذا الالتزام يكون قد أخل بشروط المنافسة المشروعة [1].

إضافة إلى التضييق على المتلقي في حرية اتخاذ القرار بشأن حجم الإنتاج و اختيار الأماكن التي يصرف فيها إنتاجه ، قد يفرض عليه المانح التزام آخر يسمى بمواصلة الإنتاج ، والذي يشكل عبئا على المتلقي في حالة تقادم المعرفة الفنية و ظهور ما هو أحدث بالالتزام منها ، مما يدفع الزبائن إلى الانصراف عن ما يقدمه التلقي من خدمات و سلع [2].

**ثانيا : الشروط المقيدة للاستغلال التكنولوجي لمشروع المتلقي :**

تعتبر هذه الشروط تجسيدا حقيقيا للتعسف الذي يمارسه المانح على المتلقي في عقود نقل التكنولوجيا ، و ذلك للضرر الذي تلحقه بالمشروعات المتلقية للتكنولوجيا ، لكونها تعرقل الاستغلال الاقتصادي والتجاري للتكنولوجيا المنقولة إن لم نقل أخطر ، رغم أنها في نظر الدول المتقدمة المالكة للتكنولوجيا مشروعة ما دام أنها مرتبطة بممارسة المانح للحقوق الاحتكارية المعترف بها قانونا و الممنوحة له بواسطة الحماية المشروعة للملكية الصناعية [3]، ومن أبرز هذه الشروط :

**أ/ القيود المتعلقة بعناصر الملكية الفكرية :**

تتعلق عناصر الملكية الفكرية بالاسم التجاري والشعار والعلامة التجارية ، والرسوم الصناعية ونماذجها و هي العناصر التي تميز السلعة أو الخدمة موضوع عقد الفرانشيز لذلك يكون المانح ملزما بنقلها.

[1]- عروسي ساسية ، المرجع السابق ، ص 56 .

[2]- مسلم الطاهر ، المرجع السابق ، ص 187 .

[3]- بودهان احلام ، عمارة مسعود ، المرجع السابق ، ص 1498.

يقصد بالشعار الإشارة المرئية التي تستخدمها المؤسسة التجارية لتمييزها و هو يتميز عن العلامة التجارية التي تكن ملصقة بالسلعة و تنتقل معها لتصل إلى العميل في كل مكان يحوزها فيه بينما الشعر هو الإشارة التي ترتبط بالمنشأة لذلك يكون محدودا بمكانها [1].

كما أن الشعار يعتبر تكملة ضرورية لامتياز ترخيص العلامة التجارية ، فكلاهما يمثل عامل جذب للزبائن وقد تستغل العلامة التجارية كشعار فتجمع بين الوصفين ، وكلاهما يؤمن تسويق المعرفة الفنية الناجح الذي يحقق لها انتشارا واسعا ، فكل من الشعار و العلامة التجارية يعتبران همزة وصل بين المشروع والمستهلك[2].

يمنع المانح المتلقي من إثارة أي نزاع بشأن أي عنصر من عناصر الملكية الفكرية المنقولة إليه بموجب عقد الفرانشيز، و هذا الشرط يعتبر من الشروط التعسفية التي تهدف إلى تنصل المانح من التزامه بضمان محل عقد الفرانشيز ، باعتبار أن محل هذا العقد يتمثل أساسا في التكنولوجيا التي ينقلها إلى المتلقي فيعفي نفسه من ضمان أي تعرض قانوني أو مادي من الغير .

فمحل عقد الفرانشيز يتكون من العناصر الأساسية الثلاث المتمثلة في : المعرفة الفنية ، المساعدة التقنية عناصر ملكية المانح الفكرية و نماذجه الصناعية ، و هي ما يصطلح عليه ب " حزمة الفرانشيز " بالإضافة إلى المنتجات و الخدمات التي يوردها المانح للمنوح له ، و على هذا الأساس تنوع لدى الفقهاء تحديد طبيعته القانونية بالنظر إلى محله بوصفه على أنه عقد معرفة فنية ، عقد مساعدة تقنية ، عقد ترخيص باستغلال علامة تجارية ، عقد توريد [3].

[1]- عروسي ساسية ، المرجع سابق ، ص 46 .

[2]- نفس المرجع، ص 46،47 .

[3]- نفس المرجع ، ص 27 .

لقد عرف الاجتهاد القضائي الفرنسي المعرفة الفنية [1] على أنها: " إبداع فكري محض ، يتعلق بمجموعة المعارف و التجارب ذات طبيعة تقنية ، تجارية أو إدارية أو أخرى معمول بها في الممارسة العملية لتشغيل ممارسة مهنية أو تجارية " ، بينما يعرف عقد تقديم المساعدة التقنية على أساس أنه عقد يقوم بمقتضاه المانح بتدريب العاملين لدى المتلقي على تشغيل الأجهزة و استخدام الآلات و صيانتها و يتم هذا التدريب عن طريق المختصين التابعين للمورد خاصة في بداية التصنيع ، و يتم ذلك في عقد مستقل ، أو كشرط ضمن عقود نقل المعرفة الفنية أو عقود نقل التكنولوجيا [2].

و قد اعتبر القضاء منع المتلقي في عقد الفرانشيز المتضمن براءة اختراع من الطعن في صحة البراءة شرطا غير مشروع لان الضمان يعتبر من الالتزامات التي يرتبها عقد الفرانشيز في ذمة المانح [3] وهو ينقسم إلى نوعين : الضمان القانوني و هو الضمان الواجب الوفاء به بحكم القانون و لا يحتاج النص عليه في العقد كشرط ، لأن الغرض الأساسي من عقد الفرانشيز هو تمكين الممنوح له من الانتفاع بالمعرفة الفنية محل العقد انتفاعا هادئا لا يعكر صفوه أحد [4]، فيضمن أي تعرض للمنوح له سواء كان تعرضا قانونيا كادعاء حق على عناصر الملكية الفكرية ، أو تعرضا ماديا كما لو استثمر المانح في منطقة الممنوح له و إذا

---

[1]- يشترط في المعرفة الفنية عدة شروط من بينها أن تكون المعرفة الفنية سرية ،و أن تكون محل استعمال فعلي وواقعي و أن تكون سهلة النقل فهي تسمح لغير الممتهنين القيام بأعمال معينة لم تكن واردة أو مستحيلة عندهم ، بالإضافة إلى أن تكون قابلة للعرض و مبتكرة و ذلك بان تضيف قيمة جديدة للمنوح له ، دعاء طارق بكر البشتاوي ، المرجع السابق ، ص 52 .

[2]- عروسي ساسية ، المرجع السابق ، ص 28،29.

[3]- يضمن مانح الفرانشيز للممنوح له الاستعمال الهادئ و المستقر للمعرفة الفنية ، فتطبق عليه الأحكام المتعلقة بضمان المبيع ، وقد نصت المادة 503 من القانون الأردني على أن البائع يلتزم بعدم التعرض للمشتري في المبيع كله أو بعضه و في المادة 482 من القانون نفسه نص على أن البائع ملزم بضمان المبيع من أي شخص يدعي حقا عليه وقت البيع يحتج به على المشتري، عبد الله محمد أمين القضاة ، آثار عقد الفرانشيز وانقضاؤه ، **رسالة ماجستير تخصص قانون خاص** ، جامعة الشرق الأوسط ، العراق ، 2015 ، ص 46،47 .

[4]- و قد اختلف الفقهاء حول ماهية التزام مانح الامتياز بالضمان إذا كان التزاما بتحقيق نتيجة أو بذل عناية ؟ ، فيرى جانب من الفقه أن التزام المانح بالضمان هو التزام بتحقيق نتيجة و هو ما ذهب إليه المشرع المصري أيضا من خلال نص المادة 85 من قانون التجارة المصري وذلك لأن القول بخلاف ذلك سوف يؤدي إلى عدم تحقيق أي فائدة من إبرام العقد و هو الحصول على المعرفة الفنية ،نفس المرجع ، ص 48 .

حدث ذلك يكون المانح ملزما بالتوقف عن ذلك و تعويض الممنوح له بمقتضى ضمان عدم التعرض المادي [1].

أما النوع الثاني فهو شرط الضمان حيث يجوز للمتعاقدين أن يتفقا على ضمان مختلف عن الضمان القانوني ، بشرط عدم الإضرار بالممنوح له أو بالغير ، كأن يتم النص في العقد على أن المانح يضمن جودة مواد الإنتاج و مطابقتها للمواصفات القياسية المعتمدة في الجزائر و في حل خالف ذلك يحال إلى الجهات المعنية يتم إرجاع البضاعة على نفقته مع التعويض[2].

و على هذا الأساس يعتبر باطلا كل شرط يعفي المانح من تعرضه الشخصي ، كما يعد باطلا أي شرط يتضمن إعفاء المانح من التزامه بضمان الاستحقاق الذي مرده سوء نية المانح ، و ذلك لان عقد الفارنشيز من عقود المعاوضة و تنطبق عليه أحكام البيع التي تضمنتها الفقرة الأولى من المادة 377 من القانون المدني الجزائري التي تنص على : " **و يكون باطلا كل شرط يسقط الضمان أو ينقصه إذا تعمد البائع إخفاء حق الغير** "، و كذلك الفقرة الأولى من المادة 378 من نفس القانون : " **يبقى البائع مسئولا عن كل نزع يد ينشأ عن فعله و لو وقع الاتفاق على عدم الضمان و يقع باطلا كل اتفاق يقضي بغير ذلك**"[3].

**ب/ حظر تعديل التكنولوجيا لملائمة الظروف المحلية :**

يقصد بهذا الشرط الحد من نشاط المتلقي في مجال البحث والتطوير ، وذلك من أجل إبقاء المتلقي في حالة تبعية اقتصادية مستمرة للمانح ، فيكون في حاجة دائمة إلى هذا الأخير وبالتالي يبتعد عن الهدف

[1]- دعاء طارق بكر البشتاوي ، مرجع سابق ، ص 93 .

[2]- عروسي ساسية ، المرجع السابق ، ص 50.

[3]- مسلم الطاهر ، المرجع السابق ، ص 187.

الأساسي الذي أبرم من أجله عقد الفرانشيز ، استخدام التكنولوجيا حسب البيئة التي تتلاءم و ظروفه الاقتصادية [1].

يبرز هذا الشرط ما تسعى إليه الدول المتقدمة من عرقلة نمو الدولة النامية ، حيث يجري تضمين عقود الفرانشيز هذا النوع من الشروط من أجل منع ملائمة التكنولوجيا المنقولة للظروف المحلية للمتلقي ، وتعتبر هذه الشروط من ابرز السلوكيات التعسفية من جانب موردي التكنولوجيا بهدف عرقلة السيطرة الفعلية للتكنولوجيا محل العقد من طرف المتلقي ، الأمر الذي يستلزم من الدول النامية التي تبحث عن تحقيق مسار تنموي يلاءم خصوصيتها ، إن تعمل على تقوية مركزها التفاوضي في هذا النوع من العقود[2].

و يمكننا أن نشير في هذا الشأن إلى أن المشرع الجزائري غير مواكب للتطورات المتعلقة بمجال نقل التكنولوجيا رغم خطورة هذا النوع من العقود على الاقتصاد الوطني ، بحيث لا نجد له نصوصا تتعلق بهذه المسألة ماعدا النص الذي أشار فيه إلى عدم شروط أي شروط تقييدية من شأنها عرقلة تطور المؤسسة الاشتراكية أو الشركة المختلطة اقتصاديا و تكنولوجيا ، و هو نص المادة 04 من القانون رقم 13/86 المتعلق بتأسيس الشركات المختلطة الاقتصاد وسيرها [3]،

فبالمقارنة بالدول العربية نجدها تولي اهتماما كبيرا بعقود نقل التكنولوجيا ، على غرار المشرع المصري الذي أعطى أهمية كبيرة لموضوع نقل التكنولوجيا و خصص له فصل كامل ضمن قانون التجارة رقم 17 الصادر سنة 1999 بعنوان نقل التكنولوجيا و نص في المادة 85 منه على أنه في حال تضمن عقد نقل التكنولوجيا شرط من الشروط التي من شأنها تقييد حرية المستورد في استخدام التكنولوجيا أو تطويرها [4].

---

[1]- بودهان أحلام ، عمارة مسعود ، المرجع السابق ، ص 1498.

[2]- نفس المرجع ، نفس الصفحة .

[3]- القانون رقم 13/86 المؤرخ في 19 أوت 1986 المعدل والمتمم للقانون رقم 13/82 المؤرخ في 28 أوت 1982 ، **المتعلق بتأسيس الشركات المختلطة الاقتصاد وسيرها ، الجريدة الرسمية** الصادرة بتاريخ 27 أوت 1986.

[4]- بودهان أحلام ، عمارة مسعود ، المرجع السابق ، ص 1499 .

## الفرع الثاني

## الشروط المشددة للالتزامات الملقاة على عاتق المتلقي

قد يجد المتلقي في عقود الفرانشيز نفسه ملزما بقبول المزيد من الشروط التي يفرضها عليه المانح والتي تؤدي إلى تشديد تبعيته الاقتصادية له ، قد تتعلق هذه الشروط بتشديد تنفيذ التزام المتلقي بدفع الأقساط الدورية للمانح (**أولا**) ، أو تتعلق باحترام السياسة التجارية للمانح (**ثانيا** )، كما قد يصر المانح على اشتراط مدة قصيرة للعقد من أجل إجبار المتلقي على تنفيذ التزاماته في أقرب وقت (**ثالثا**) .

**أولا : التشديد في التزام المتلقي بدفع الأقساط الدورية للمانح :**

بمقتضى عقد الفرانشيز يكون المتلقي ملزما بدفع أقساط دورية للمانح ، يتم تقدير هذه الأقساط بناءا على مجموعة من العوامل كماهية المعرفة الفنية وحجمها و القيمة الحقيقية للعلامة التجارية و مدى شهرتها و سمعة شبكة المرخص ، و قد يشدد المانح من هذا الالتزام فينص على أن أي خرق لهذا الالتزام يؤدي إلى إلغاء العقد ، فيمثل ذلك تجسيد لتبعية المتلقي اقتصاديا للمانح [1].

ينقسم المقابل الذي يؤديه المتلقي إلى المانح إلى نوعين، المقابل الثابت الذي يدفعه الممنوح له أثناء توقيع العقد و يجب أن يكون محددا و ثابتا ، أما النوع الثاني فهو المقابل المتغير أو النسبي و هو الذي يؤدى بشكل دوري خلال مدة العقد و يتم تقديره بالنظر إلى نسبة وحجم المبيعات بنسبة مئوية متفق عليها[2].

كما أن المقابل قد يكون نقديا فيكون مبلغا إجماليا يؤدى دفعة واحدة أو على دفعات متعددة ،أو يكون نصيبا من رأس مال المستثمر في تشغيل المعرفة الفنية ، و قد يكون كمية معينة من السلعة التي

[1]- زكريا غطراف ، القواعد الناظمة لعقود التوزيع –عقد الامتياز التجاري نموذجا – **مجلة الفقه و القانون** ، **المغرب** ، عدد 08 ، 2013 ص 16 ،21.

[2]- نفس المرجع ، ص 16 ، 21 .

تستخدم المعرفة الفنية الحديثة في إنتاجها أو مادة أولية ينتجها المستورد و يتعهد بتصديرها إلى المورد و أخيرا قد يكون المقابل في صورة مقايضة المعرفة الفنية بين الطرفين ، فيقدم أحدهما المعرفة الفنية مقابل معرفة فنية أخرى يقدمها الطرف الآخر ، و قد ينصب عقد الفرانشيز على معرفة فنية حاضرة أو مستقبلية يتم التوصل إليها خلال فترة زمنية مستقبلية و لا يتم المقابل بهذه الصورة إلا بين طرفين على مستوى رفيع من المعرفة الفنية والخبرة [1].

وفي حال تخلف المتلقي على دفع المقابل في الميعاد المتفق عليه فيكون الجزاء في هذه الحالة التنفيذ العيني أو فسخ العقد مع التعويض في الحالتين ، أما في حالة التأخير فيكفي دفع الفوائد التي تحدد نسبتها وتاريخ بدأ سريانها في العقد [2].

**ثانيا : خضوع المتلقي لأوامر صارمة تتعلق باحترام السياسة التجارية للمانح**

إن المتلقي ملزم بالامتثال والخضوع لأوامر المانح الرامية إلى احترام سياسته التجارية ، وهي في الواقع أوامر تجعل التزامات المتلقي أوسع من تلك الالتزامات التي تقع على عاتق المانح ، و لعل السبب في ذلك يرجع لأن هذا الأخير يكون قد نقل للممنوح له معرفة فنية ناتجة عن سنوات طويلة من الخبرة ، تتمثل هذه التزامات في :

**أ/ التزام المتلقي بالإعلان عن الاستقلالية :**

يلتزم المتلقي بإعلام المستهلكين والممولين و البنوك و غيرهم باستقلاليته عن المانح ، وأن كلا منهما يعمل لمصلحته الخاصة ، ,و يجب على كليهما وضع لافتة على المؤسسة تدل على هذه الاستقلالية [3].

[1]- أحمد حمصي ، **الحقوق التجارية الدولية – عقد الفرانشايز و آثاره** – بدون دار نشر ، بدون سنة نشر ، ص 19، 20.

[2]- نفس المرجع ، ص 22.

[3]- دعاء بكر البشتاوي ، مرجع سابق ، ص 103.

**ب/ التزام المتلقي بالمحافظة على السرية :**

على المتلقي عدم إفشاء الأسرار المتعلقة بالفرانشيز حول أي مستندات أو طرق عمل أو استعمال وغير ذلك من المعلومات التي تتطلب السرية بحيث يحق فقد موظفي وعمال المؤسسة الاطلاع عليها وذلك حتى لا يلحق أي ضرر بالمؤسسة ، فالسرية لا تشمل فقد المعلومات المتعلقة بالمعرفة الفنية بل تشكل كل المعلومات المالية والتجارية المتبادلة في إطار تنفيذ العقد [1].

و في سبيل الحفاظ على السرية يتطلب اتخاذ بعض الإجراءات الكفيلة بعدم السماح للمتدخلين الوصول إلى المعلومات المهمة ، كما يتوجب على موظفي الممنوح له توقيع تعهدات بالحفاظ على السرية ويشمل هذا التكتم الفترة قبل توقيع العقد وأثناء سريانه و يمتد كذلك إلى ما بعد انتهاء العقد تحت طائلة المساءلة [2].

يطلب عادة من الممنوح له أكبر قدر من الحماية لهذه المعلومات ، و لذلك يتم البحث عن تعريف موسع للسرية ليلتزم الممنوح له بعدم إفشائه بينما يبحث هذا الأخير عن عدم التوسع في تعريف ما يجب أن يكون سريا ، ويحاول أن يكون التعريف ضيقا بقدر الإمكان ، وذلك لان التعريف الضيق يمنح مجالا للاحتمال الضمني [3].

[1]- عروسي ساسية ، مرجع سابق ، ص 94 .

[2]- دعاء بكر البشتاوي ، مرجع سابق ، ص 104 .

[3]- عروسي ساسية ، مرجع سابق ، ص 56.

**ج/ التزام المتلقي بالسماح بالتفتيش:**

على المتلقي أن يسمح للمانح بتفتيش المؤسسة وقتما يشاء والبحث عن المعلومات و الاطلاع على كل المستندات المتعلقة بالنشاط بغرض الحرص على تقديم الأفضل للمستهلكين ، بالإضافة إلى حق المانح في التواصل مع زبائن المؤسسة و موظفيها و التحدث معهم دون أي منع من الممنوح له [1].

**د/ التزام المتلقي بإدارة المؤسسة حسب النظام المحدد:**

وذلك بمسك الدفاتر التجارية و إنشاء محاسبة منظمة مع تمكين المانح بالاطلاع عليها دوريا بالإضافة إلى توفير الخدمات للزبائن ، واستعمال المستندات المكتوبة المتعلقة بالأسعار و أسماء المنتجات والعروضات و كل ما يتعلق بالإعلانات والتسويق الملائم و يساهم المانح في تمويل هذه الإعلانات و يتم الاتفاق على كيفية دفع هذه النسبة الخاصة بالإعلان[2].

**ثالثا : اشتراط المانح مدة قصيرة للعقد :**

يجري في عقود توزيع المنتجات إدراج المانح شرط يتعلق بتحديد مدة قصيرة للعقد ، و يكون الهدف من إدراج هذا النوع من الشروط الضغط على المتلقي للإسراع في تنفيذ التزاماته الناشئة عن العقد في أقرب الآجال ، أو من أجل إجباره على التعاقد معه بموجب عقد جديد بشروط جديدة ، أو حتى تجديد العقد ذاته ، و كل ذلك يحد من استقلالية المتلقي ، و يشدد من تبعيته اقتصاديا للمانح [3].

و يرتبط بذلك أن المانح قد يتعسف في إنهاء عقد الفرانشيز أو في رفض تجديده ، فإذا قرر المانح إنهاء العقد لابد أن يوضح الأسباب المشروعة التي تبرر إنهاء العقد ، وإلا اعتبر متعسفا في استعمال حقه في

[1]- دعاء بكر البشتاوي ، مرجع سابق ، ص 105.

[2]- نفس المرجع ، ص 106 .

[3] – أنور مطاوع منصور محمد ، الحماية القانونية للطرف الضعيف في عقود الفرانشايز في القانونين المصري والفرنسي ، **مجلة الدراسات القانونية ، جامعة أسيوط ، مصر** ، العدد 56 ، يونيو 2022 ، ص 270، 271.

إنهاء العقد ، فيكون إنهاء العقد مشروعا إذا كان يرجع إلى المتلقي ذاته ، كعجزه عن تطوير مشروعه لمواجهة المنافسة في السوق ، كما أن رفض المانح لتجديد العقد المحدد لا يعرضه لأية مسؤولية إلا في حالة إساءة استعمال الحق في رفض التجديد مما يعرضه للمسؤولية التقصيرية [1].

[1] – نفس المرجع ، ص 281،282.

## المبحث الثاني

## سلطة القاضي في معالجة اختلال توازن الالتزامات في عقود الأعمال

تعتبر نظرية الإذعان أوسع نطاقا من حيث الحماية في مجال الشروط التعسفية ، فهي تمثل نظرية عامة في القانون المدني تشمل الجميع بما فيهم المهنيين عند تعاقدهم مع بعضهم باعتبار أنهم غير مشمولين بالحماية التي تقررها قواعد حماية المستهلك ، فيتم تطبيق نظرية الإذعان على العلاقات بين المهنيين متى توفر في تعاقداتهم خصائص عقود الإذعان .

و في الواقع أنه بسبب عدم التكافؤ الاقتصادي بين المتعاملين الاقتصاديين في مجال الأعمال ، وحاجة المؤسسات الاقتصادية الصغيرة والمتوسطة إلى البقاء في السوق ، في مقابل ازدياد رغبة المشروعات الاقتصادية الضخمة في تحقيق أكبر قدر من الأرباح في أقصر وقت ممكن ، ظهرت عقود الأعمال بمظهر عقود إذعان معدة سلفا متضمنة شروط تعسفية لا يستطيع الطرف الضعيف رفضها بالنظر إلى ضعف مركزه في العلاقة التعاقدية (**المطلب الأول** ).

وعلى هذا الأساس فإن الطرف الضعيف في عقود الأعمال يكون مشمولا بالحماية المقررة في نظرية الإذعان عن طريق تدخل القاضي لتعديل أو إلغاء الشرط التعسفي من أجل تحقيق العدالة التعاقدية (**المطلب الثاني**) .

## المطلب الأول

## أساس تطبيق نظرية الإذعان على عقود الأعمال

عقد الإذعان[1] هو ذلك العقد الذي لا يملك فيه أحد المتعاقدين الحرية الكاملة بما يتمتع به الطرف الآخر بحكم وضعه الفعلي أو القانوني ، بوضع شروط العقد في جملتها ، إلا حرية قبول العقد برمته أو رفضه برمته ، أي أن أحد أطراف العقد يخضع لجميع الشروط التي يضعها الطرف الآخر دون أن يكون له الحق في المناقشة [2] ، و يوافق هذا التعريف ما نص عليه المشرع في المادة 70 من القانون المدني الجزائري: " **يحصل القبول في عقود الإذعان بمجرد التسليم لشروط مقررة يضعها الموجب و لا تقبل مناقشة فيها** ".

و ينطبق ذلك على عقد الأعمال كونه ذلك العقد الذي يرضخ فيه القابل للشروط المقررة التي يضعها الموجب و لا يقبل مناقشة فيها ، وهي صورة تنطبق على العديد من العقود التي لا يكون فيها تكافؤ أو توازن من الناحية الاقتصادية بين أطراف العقد ، دون أن يشترط أن يكون أحد الأطراف سلطة عامة ، بل من

---

[1] – الإذعان في اللغة من الفعل أذعن أي انقاد و سلس ، وأذعن بالحق أي أقر به، **المعجم الوجيز** ، مجمع اللغة العربية ، مطابع شركة الإعلانات الشرقية ، جمهورية مصر العربية ، 1998 ، ص 245.

و الإذعان في لسان العرب هو: " الإسراع مع الطاعة، والإذعان: الانقياد، و أذعن الرجل انقاد وسلس" ، **ابن منظور ، محمد ابن مكرم الإفريقي المصري ، لسان العرب ، دار صادر ، بيروت ، ط 1 ، د ت** ، وقال الله تعالى :" **وإن يكن لهم الحق يأتوا مذعنين** " سورة النور ، الآية 49 .

و عقد الإذعان في الاصطلاح : عرفه بعض الفقهاء على أنه :" العقد الذي يعد فيه الموجب ذو الاحتكار القانوني أو الفعلي شروطا محددة غير قابلة للتعديل أو المناقشة و يوجهها إلى الجمهور بصورة دائمة بقصد الانضمام إليه ، و يعرض بموجبها سلعة أو خدمة معينة " **جريفيلي محمد، المرجع السابق ، ص 196 ، و عرفه آخرون كما يلي** : " هو العقد الذي يملي شروطه و يرتب آثاره طرف واحد ويذعن له الطرف الثاني " **محمود حمودة صالح ، عقود الإذعان والممارسات المعيبة المصاحبة لها ، مجلة الشريعة و الدراسات الإسلامية ، جامعة افريقيا العالمية ، السودان** ، العدد الثالث ، 2004 ، ص 13 .

و عرفه الدكتور عبد المنعم فرج الصده في رسالته : " عقود الإذعان في القانون المصري ــ دراسة فقهية وقضائية و مقارنة ــ بأنه : العقد الذي يسلم الذي يسلم فيه أحد الطرفين بشروط مقررة يضعها الطرف الآخر و لا يسمح بمناقشتها ، و ذلك فيما يتعلق بسلع أو مرافق ضرورية تكون محمل احتكار قانوني أو فعلي ، أو تكون المنافسة محدودة النطاق بشأنها " **عبد المنعم فرج صده ، عقود الإذعان في القانون المصري دراسة فقهية و قضائية مقارنة ، رسالة دكتوراه ، كلية الحقوق جامعة فؤاد الأول ، مصر ، 1946 . ص 77 نقلا عن محمد بوكماش ص 146** .

[2]– رباح سعيدة ، المرجع السابق ، ص 84 .

الممكن أن تنطبق على العقود التي تبرم بين متعاملين اقتصاديين في نفس السوق لكون امتلاك أحدهم لمركز اقتصادي مسيطر يمكنه من وضع شروط لا يقبل مناقشة الطرف الآخر فيها (**الفرع الأول**) .

و من ثم فإنه في ظل انعدام التكافؤ الاقتصادي في عقود الأعمال ، فإن حرية التفاوض لن يتم ممارستها من قبل الطرف الأضعف في العلاقة التعاقدية على الوجه المطلوب ، بل قد يغيب هذا الحق تماما في ظل ظهور ما يعرف بالعقد النموذجي الذي يعتبر صورة جديدة من العقود التي تتضمن شروط تعاقدية موحدة يتم إعدادها مسبقا و فرضها على الطرف الضعيف الذي ليس له إلا التوقيع عليها دون مناقشتها ، و ازدياد استخدام هذه النماذج في ظل غياب التنظيم القانوني لأغلب عقود الأعمال (**الفرع الثاني**) .

## الفرع الأول

## انعدام التكافؤ الاقتصادي بين أطراف عقود الأعمال

إن بيئة الأعمال التي تنشأ فيها عقود الأعمال تتميز بكثرة و تنوع المتعاملين الاقتصاديين ، حيث يوجد فيها: مؤسسات قوية و أخرى ضعيفة ، مؤسسات جديدة و أخرى قديمة ، منها من تملك التكنولوجيا والمعرفة الفنية ومنها من لا تملك هذه التقنيات المعاصرة ، ومنها من تملك الحقوق الفكرية و أخرى غير مالكة لها [1]، وعلى هذا الأساس تنشأ عقود الأعمال بين متعاملين اقتصاديين أحدها يملك المال والخبرة والتكنولوجيا و الآخر لا يمتلكها فتدفعه حاجته إلى الربح والتنافس إلى الاستسلام لما يمليه عليه الطرف الأقوى.

و على هذا الأساس فإن ما سبق ذكره بشأن عقود الإذعان ينطبق على عقود الأعمال ، ففي عقد الفرانشيز ينفرد المانح باعتباره الطرفي الأقوى في العلاقة التعاقدية بإملاء شروطه على المتلقي الذي لا يملك سوى قبول مجمل الشروط المعروضة أو رفضها دون مناقشتها (**أولا**) ، و الشركة الوسيط هي الطرف الأقوى في عقد تحويل الفاتورة ، و يبقى المنتمي صاحب مركز ضعيف مقارنة بها نظرا لحاجته للتمويل ، ولتحصيل ديونه

[1]- سامية حساين ، المرجع السابق ، ص 05.

التجارية (**ثانيا**) ، و المؤجر التمويلي هو الطرف الأقوى في عقد الاعتماد الايجاري باعتباره مالكا للسيولة المالية و القوة الاقتصادية التي تتصف بها البنوك والمؤسسات المالية وكذا شركات الاعتماد الايجاري المؤهلة قانونا (**ثالثا** ).

**أولا : المانح هو الطرف الأقوى في عقد الفرانشيز**

المانح " Le Franchiseur " : هو "كل شخص طبيعي أو معنوي ، تاجر أو حرفي أو صناعي صاحب معرفة فنية مختبرة ، ملكية أو حق استعمال إشارات مميزة ، و مجموعة منتجات أو خدمات و/أو تقنية تكنولوجية"[1] ، فهو الذي يملك النشاط الاقتصادي الناجح و العلامة التجارية المعروفة والمنتشرة وهي التي تمثل القيمة الاقتصادية لعقد الفرانشيز ، حيث تضيف شهرة العلامة قيمة مالية للمشروع و تزيد من قدرته على المنافسة [2]، خاصة إذا كانت ذات شهرة و معروفة لدى المستهلكين و المتعاملين الاقتصاديين ، و بذلك تزيد سلطته و هيمنته على السوق ، مما يؤدي إلى فرض الشروط التقييدية و الحصرية في حق المتلقي [3].

تأثر القوة الاقتصادية التي يتفوق بها المانح على توجيه نفقات الاستثمار و مخاطره إلى المتلقي في عقد الفرانشيز فيتحمل هذا الأخير أعباء العملية الاستثمارية بينما يشارك المانح ثمارها دون أن يقدم إلا القدر الذي تسمح به معرفته مع الحصول على مقابل ذلك مقدما ، و على هذا الأساس تفضل المشروعات الكبرى استثمار رأسمالها التكنولوجي عن طريق الفرانشيز لتجاوزهم بهذا الاستثمار قوانين المتلقي الضريبية ، فضلا عن التخلص من أعباء مخاطر الاستثمار القانونية و الاقتصادية بنقلها إلى المتلقي[4].

---

[1]- عروسي ساسية ، المرجع السابق ، ص 06.

[2]- بوقعود نور الهدى ، الموازنة بين طرفي عقد الفرانشيز ، **مذكرة تكميلية لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص** ، تخصص قانون العقود ، جامعة جيجل ، 2016 ،ص 37.

[3]- بوعش وافية ، عن مبدأ اختلال التوازن في عقود الأعمال ، المرجع السابق ، ص 36.

[4]- بوقعود نور الهدى ، المرجع السابق ، ص 38، 39 .

إن السلطة والهيمنة التي يتمتع بها المانح في عقد الفرانشيز ، ناتجة عن وضعية احتكار التكنولوجيا التي تعتبر أساس عقود نقل التكنولوجيا[1] عموما ، و هي الوضعية التي يتم استغلالها من قبل الشركات المتعددة الجنسيات التي تعتبر مسئولة عن تصدير التكنولوجيا على المستوى الدولي لتنفيذ إستراتيجية محددة هدفا مضاعفة الأرباح والعوائد على حساب الشركات المتعاقدة معها ، حيث تعتبر التكنولوجيا وسيلة في يد هذه الشركات الكبرى للسيطرة على الأسواق العالمية و التحكم فيها [2].

إن تحكم الشركات متعددة الجنسيات في سوق التكنولوجيا عبر العالم ، ناتج عن نشاطات البحث والتطوير التي تنتج عنها التكنولوجيا الجديدة و التي تتم داخل هذه الشركات المانحة ، وهو الأمر الذي يساعد على استمرار الفجوة الاقتصادية و التكنولوجية و اتساعها بين طرفي عقود نقل التكنولوجيا [3] .

تحرص الشركات المالكة للتكنولوجيا على إدراج الشروط التقييدية في عقود نقل التكنولوجيا ، لحماية نفسها بطريقة غير مباشرة من منافسة المتلقي لها ، حيث تزداد مخاوفها كلما توفر لدى المتلقي قدرات ذاتية تجعله يتمكن من تطوير التكنولوجيا المنقولة [4]،و لذلك تعمل على عدم تمكين متعامليها من المفاتيح الأساسية للتكنولوجيا من خلال الرقابة المستمرة على توجيه المعرفة والتكنولوجيا و ضبط و تحديد نطاق التحسينات

[1]- يعرف عقد نقل التكنولوجيا على أنه : " اتفاق يتعهد بمقتضاه( مورد التكنولوجيا ) بأن ينقل بمقابل معلومات فنية إلى (مستورد التكنولوجيا ) لاستخدامها في طرق فنية خاصة لإنتاج سلعة معينة أو تطويرها أو لتركيب أو لتشغيل آلات أو أجهزة أو لتقديم خدمات ، لا يعتبر نقلا للتكنولوجيا مجرد شراء أو بيع أو تأجير أو استئجار السلع و لا بيع العلامات التجارية أو الأسماء التجارية أو الترخيص باستعمالها ، إلا إذا ورد كجزء في عقد نقل التكنولوجيا أو كان مرتبطا به " (المادة 73 من قانون التجارة المصري سنة 1999) ، بودهان أحلام ، عمارة مسعود ، المرجع السابق ، ص 1494.

[2]- بوقعود نور الهدى ، المرجع السابق ، ص 39.

[3]- نفس المرجع ، ص 40.

[4]- بودهان احلام ، عمارة مسعود ، المرجع السابق ، ص 1501.

وانفراده بها ، مع ترك هامش ضيق للممنوح له في ابتكار التحسينات على التكنولوجيا و التي تكون لها فائدة في الاستثمار ، و إلزامه بضرورة إعلامه بكل ما يقوم به من تطوير أو تحسينات [1].

حيث من بين الالتزامات التي يفرضها المانح على المتلقي في عقد الفرانشيز ، إعلامه بكل التحسينات الطارئة أثناء تنفيذ العقد ، ويعتبر التطوير الذي يقوم به المتلقي ملكا له إلا أن مباشرة حق الملكية يعتمد على طبيعة التطوير ، فإذا كان هذا التطوير يمكن فصله عن الفرانشيز فإنه يتمتع بكامل سلطات المالك على ما أدخله من تطوير و لا يحد من هذه السلطة إلا الالتزام بعدم إفشاء معرفة المانح الفنية ، أما إذا كان التطوير مرتبطا بجوهر معرفة المانح الفنية فإن هذا الأخير يلتزم بمنح الممنوح له ترخيصا باستغلال ما ادخله من تطوير طوال مدة العقد [2].

**ثانيا : الشركة الوسيط هي الطرف الأقوى في عقد تحويل الفاتورة**

إن عقد تحويل الفاتورة عقد متميز في أطرافه ، فلكي تتحقق عملية تحويل الفاتورة لابد من وجود ثلاثة أطراف ، وهم الدائن الأصلي الذي يتحول إلى منتمي ، والوسيط الذي يحل محل الدائن الأصلي ، والمدين الذي يتحول من مدين إلى المنتمي إلى مدين للوسيط ، و العلاقة القانونية التي تربط الأطراف الثلاثة تشكل من اندماج غير مباشر بين عقدين منفصلين هما عقد التوريد أو البيع الذي يربط بين الدائن والمدين ، وعقد تحويل الفاتورة الذي يربط بين الوسيط و المنتمي والمدين [3].

[1]- بوقعود نور الهدى ، المرجع السابق ، ص 41،42.

[2]- عروسي ساسية ، المرجع السابق ، ص 56.

[3]- ميلاط عبد الحفيظ ، المرجع السابق ، 56.

حيث بمقتضى عقد تحويل الفاتورة ينتقل الحق الثابت في الفاتورة من المنتمي إلى الوسيط الذي يصبح هو الدائن الجديد بالحق ، و يلقى على عاتق المدين التزاما لمصلحة الوسيط برد قيمة الائتمان دون أن تكون ملزمة بأي التزام في مواجهته ، لأنه ليس طرفا في العلاقة الأصلية التي تربك بين المدين والمنتمي [1].

فبموجب عقد تحويل الفاتورة تسدد الشركة الوسيط للمنتمي فورا الحقوق الثابتة في الفاتورة ، ثم تتكفل بتحصيلها من المدين بها مع ضمان إعساره المحتمل ، فهي تقدم خدمات التمويل و التسيير للحقوق الثابتة في الفواتير [2]، مع منحه الائتمان ، حيث تقوم هذه الأخيرة بتعجيل قيمة حقوق الدائن الأصلي على مدينه مقابل نقل ملكية هذه الحقوق لها مع التزامها بضمان عدم الرجوع عليه في حالة تخلف المدينين على الوفاء [3].

كل ذلك يجعل عقود تحويل الفاتورة تتضمن التزامات غير متكافئة ، لا تستطيع المؤسسات الاقتصادية رفضها خاصة وأن هذه المؤسسات تبحث عن مصادر تمويل تغنيها عن اللجوء إلى الاقتراض من البنوك التي تكلفها أعباء إضافية تتمثل في الفوائد والعمولات ، ناهيك عن الإجراءات الطويلة والمشددة التي تفرضها البنوك ، ليكون الحل الأمثل لمسألة التمويل هو اللجوء إلى شركة تحويل الفواتير[4]، التي تمتلك السيولة اللازمة لتغطية ديونه مما يجعلها في مركز قوة ، وهو ما يبرز الفجوة الاقتصادية بين طرفي عقد تحويل الفاتورة .

**ثالثا : المؤجر التمويلي هو الطرف الأقوى في عقد الاعتماد الايجاري**

تقوم عملية الاعتماد الايجاري على طرفا العقد و الممثلين في المؤجر الذي يكون مؤسسة مالية أو بنك أو شركة تأجير، و من جهة أخرى المستأجر و الممثل في المتعامل الاقتصادي و الذي يكون عادة ممثل في المؤسسات الصغيرة والمتوسطة التي تحتاج إلى التمويل لإنشاء مشروعات جديدة أو لتطوير نشاطها .

---

[1]- نفس المرجع ، ص 58،59 .

[2]- ماديو ليلى ، المرجع السابق ، ص 20 .

[3]- بن عشي امال ، المرجع السابق ، ص 29، 30 .

[4]- ميلاط عبد الحفيظ ،المرجع السابق، ص 09.

و قد سبق أن تطرقنا إلى أن المشرع الجزائري قد حدد صفة المؤجر التمويلي على أساس عدة اعتبارات منها الشكل القانوني المتمثل في شركات المساهمة ، لكون عملية الاعتماد الايجاري لا يمكن إسنادها إلا لشركات ضخمة ، و على هذا الأساس يكون المؤجر التمويلي هو الطرف الأقوى في عقد الاعتماد الايجاري باعتباره مالكا للسيولة المالية و القوة الاقتصادية التي تتصف بها البنوك والمؤسسات المالية وكذا شركات الاعتماد الايجاري المؤهلة قانونا .

فعقد الاعتماد الايجاري ذو طابع مالي ائتماني ، فغاية المستأجر من خلال اللجوء إليه ليس فقط الحصول على المال للانتفاع به بل أيضا من أجل استثماره فيما يتفق مع طبيعة النشاط الذي يزاوله ، فهو يقدم له تمويلا بديلا عن طرق التمويل التقليدية ، كما أن مانح الائتمان أي المؤجر لا ينحصر هدفه من شراء المال تأجيره فقط كما هو الحال في الإيجار العادي ، بل للمستأجر دور هام في العقد فالمؤجر يشتري المال بناءا على طلبه ففي معظم الحالات يكون المستأجر هو من يختار المعدات التي يشتريها المؤجر ، أو يقوم بطلب إقامة الأبنية وفقا على الشروط والمواصفات التي يحددها هو ووفق الشروط التي تتناسب مع مشروعه الإنتاجي[1].

كما يركز الفقه على الطابع المالي لعقد الاعتماد الايجاري ، الذي يظهر حرص المؤجر على كامل رأس مال المستثمر في شراء المعدات ، فضلا على قيمة الإيجار التي يحصلها من خلال عملية تأجير هذه الأصول ، و هو ما يفسر حرص شركات الاعتماد الايجاري على اشتراط ضمانات متعددة منها ، و الاتفاق على عدم قابلية مدة الإيجار للإلغاء ، وبقاء المؤجر محتفظا بملكية المال المؤجر خلال مدة الإيجار و غير ذلك من الضمانات [2].

فنظرا لأهمية عقد الاعتماد الايجاري باعتباره وسيلة تمويل تأثر على الاستثمار و على الاقتصاد الوطني اهتم المشرع الجزائري بحماية المؤجر التمويلي ، من خلال منحه امتيازات هامة ملزمة في عقد الاعتماد الايجاري

[1]- حوالف عبد الصمد ، المرجع السابق ، ص 28 .

[2]- نفس المرجع ، نفس الصفحة .

، بل و مكنه من نقل التزاماته إلى المستأجر التمويلي ، مما جعل هذا الأخير في مركز أضعف ، وهو ما يظهر في صورة اختلال الاداءات الظاهر بين التزامات و حقوق طرفيه ، و التي تعتبر انعكاس للفجوة الاقتصادية بين كل من المؤجر والمستأجر التمويلي .

و بناءا على ما سبق نجد أن النفوذ الاقتصادي الذي يتمتع به الطرف القوي في العقد هو الذي بموجبه يملي شروطه على الطرف الضعيف و بسببه يكون في مركز متدني عن مركز المشترط ، فتجعله هذه الدونية لا يشارك في تقرير محتوى العقد [1] ، وعلى هذا الأساس اعتبر بعض الفقهاء أن عقد الإذعان مجرد مركز قانوني منظم و ليس بعقد فهو ينشأ بإرادة منفردة يشبه اللائحة [2]، أي أن الإرادة المنفردة التي يملي بها المحتكر شروطه تعد بمثابة قانون ينظم هذا النوع من العقود ، وإرادة الطرف المذعن ليس لها أي دور في تكوين العقد[3].

## الفرع الثاني

## ضعف الموقف التفاوضي للطرف الضعيف في عقود الأعمال

إن التفاوض مرحلة تمر بها كل عقود الأعمال على غرار العقود الثقيلة و الهامة كما يسميها الفقه الفرنسي خاصة أن هذه العقود لها مصلحة عامة تخص المجتمع أو الدولة ككل ، مما يجعل الاهتمام بشروط العقد ومناقشتها و العمل على أرضية المفاوضات من أجل تحصيل أكبر قدر من التكافؤ ، أمرا ضروريا ، كما أن التفاوض أضحى من الأدوات الحقيقية اللازمة لتيسير إبرام العقود المتعلقة منها بنقل التكنولوجيا والتي تستغرق وقتا و جهدا كبيرين

[1] – جيلالي بن عيسى ، بن قري أمين ، عقود الإذعان بين اختلال الالتزامات التعاقدية و الحماية القانونية للمذعن ، **مجلة الأكاديمية للبحوث في العلوم الاجتماعية** ، جامعة عبد الحميد بن باديس مستغانم ، الجزائر ، المجلد 1 ، العدد 1 ، ديسمبر 2019 ، ص 4.

[2] – سوالم سفيان ، الحماية القانونية للمتعاقد من الشروط التعسفية في التشريع الجزائري ، **مجلة جيل الأبحاث القانونية المعمقة** ، العدد الرابع ، جوان 2016 ، ص 126.

[3] – محمد بوكماش ، سلطة القاضي في تعديل العقد في القانون المدني الجزائري و الفقه الإسلامي ، **بحث مقدم لنيل مذكرة الدكتوراه تخصص شريعة و قانون** ، الحاج لخضر ، باتنة ، 2012/2011 ، ص 155.

وما يقابل ذلك من نفقات باهضة ، حيث تحتاج هذه العقود إلى مفاوضات حقيقة تمر بمراحل عديدة تبرم قبلها و خلالها و حتى بعدها اتفاقات متعددة ومختلفة ، قد تشكل في نهاية التفاوض مشروع العقد المنشود ، الذي سيتم التوقيع عليه في النهاية ، و ينتقل إلى مرحلة تنفيذه .

غير أن عدم التكافؤ الاقتصادي والتكنولوجي بين أطراف عقود الأعمال ، ينعكس على مرحلة التفاوض في هذه العقود ، لتصبح هذه المرحلة مجرد آلية لفرض إرادة الطرف الأقوى اقتصاديا ، حيث جرى العمل في مجال عقود الأعمال بما يعرف بالعقود النموذجية التي تعتبر صورة جديدة من العقود تتضمن شروط تعاقدية موحدة يتم إعدادها مسبقا و فرضها على الطرف الضعيف الذي ليس له إلا التوقيع عليها دون مناقشتها (**أولا**) ، خاصة في ظل عدم وجود الرقابة القانونية لدى إعداد هذه النماذج بسب غياب تنظيم أغلب عقود الأعمال (**ثانيا**) .

**أولا : العقود النموذجية**

أدت التطورات التكنولوجية والعلمية ، و ما واكبها من سرعة في إبرام العقود إلى تعدد الطرق و الوسائل التعاقدية مما جعل القيام بدراسة متأنية أو المرور بمرحلة مفاوضات طويلة قبل إبرام العقود أمر صعب التحقيق فأصبح يتم توقيع العقود بصورة تلقائية و دون التدقيق في شروط التعاقد ، مما أصاب مبدأ الرضائية و بصورة غير مباشرة بشيء من الخلل ، نتج عن ذلك ظهور ما يعرف بالعقد النموذجي الذي يعتبر صورة جديدة من العقود لم يعرفها الفقه من قبل [1].

تعبر العقود النموذجية عن مجموعة متكاملة من شروط التعاقد بشأن سلعة معينة ، و تتضمن تفاصيل العقد بحيث يمكن للأطراف المتعاقدة أن تتبنى شكل العقد بالكامل ، وقد تتضمن صيغة معينة لنوع من الشروط العامة تحرر في شكل نماذج مختلفة بحيث يكون للمتعاقدين اختيار النموذج الملائم منها و لذلك تسمى بالعقود

[1]- بن عزة أمال ، المرجع السابق ، ص 210.

النموذجية ، و رغم أن استخدامها أمر اختياري إلا أن لها دور هام في توحيد القواعد التي تحكم المعاملات الدولية في قطاع الأعمال ، لذلك اتسع استخدامها في المعاملات الدولية [1].

يقصد بالشروط العامة التي تتضمنها العقود النموذجية تلك الشروط العادية التي تتعلق بسلعة معينة ،والتي يتم بموجبها التعامل بين تجار منطقة جغرافية معينة ، و هي شروط رغم أنهم يلتزمون بها بإرادتهم الحرة إلا أنه لا يمكنهم إجراء تعديل جوهري في مضمونها ، ما عدا التعديلات التي يتم إدخالها عليها لتلاءم الصفقة التي يبرمونها[2].

لذلك تم تعريف العقود النموذجية بأنها : " صياغة مسبقة لمجموعة من البنود التعاقدية تدمج في عقد ينصب على نفس موضوعها " [3]، فأهم ما يميز العقود النموذجية عن غيرها أنها تعد مسبقا و بصورة تتمكن فيها من مواجهة الظروف الموحدة للتعاقد ، و هي تختلف باختلاف الموضوع الذي أعدت من أجله فقد تكون معدة خصيصا لحالة بعينها ، وقد تكون من العقود العامة التي تضعها هيئات دولية أو جمعيات مهنية أو جمعيات [4].

فالنوع الأول من العقود النموذجية و الذي يسمى بالعقد النموذجي الخاص أو الفردي يتم إعداده من قبل مجموعة من الخبراء في مجال المعاملات الذين يقومون بتضمينه عددا من الشروط التي تتسم بعدم العدالة نظرا لعدم التكافؤ المعرفي بين المتعاقدين ، فأحدهما محترف يملك الخبرة الفنية التي تمكنه من فرض شروطه التي تحقق أهدافه و تحمي مصالحه على الطرف الضعيف الذي يرضخ لهذه الشروط نظرا لحاجته إلى ما يمتلكه

[1]- عمر سعد الله ، **القانون الدولي للأعمال** ، الطبعة الثانية ، دار هومة للطباعة و النشر والتوزيع ، الجزائر ، 2012 ، ص 127.

[2]- نفس المرجع ، نفس الصفحة .

[3]- بوقعود نور الهدى ، المرجع السابق ،ص 46.

[4]- بن عزة أمال ، المرجع السابق ، ص 211.

نظيره من خبرة ، الأمر الذي أسهم في الحياد عن العدالة التعاقدية التي يجب أن تتسم بها العقود في إطار مبدأ سلطان الإرادة [1].

تفرض عقود الأعمال باعتبارها نظاما اقتصاديا يقوم على أساليب موحدة ، أن تكون شروطها موحدة حيث لم تعد الشركات الكبرى قادرة على مناقشة كل العقود خاصة في ظل تشابه ة تكرار العلاقات ، ففي عقود الفرانشيز يتم انضمام المتلقي لشبكة الفرانشيز بموجب عقد نموذجي معد و مطبوع سلما من قبل المانح بواسطة مكاتب قانونية متخصصة ، تتضمن التزامات طرفي العقد و التي تتسم بعدم توازنها لصالح المانح بطبيعة الحال [2].

و على هذا الأساس تقوم الهيئات الدولية و الجمعيات المهنية بإعداد عقود نموذجية عامة من أجل توحيد والتوفيق بين المصالح المتضاربة ، حيث وضعت غرفة التجارة الدولية (CCI) سنة 1993 عقد نموذجي للفرانشيز من أجل جعله أكثر استقرارا وفق قواعد معروفة للأطراف ، والبحث عن حلول للمشاكل التي تصادفهما مع مطابقة هذه الحلول لاحتياجات التجارة الدولية [3].

رغم أن هذا العقد النموذجي الذي وضعته غرفة التجارة الدولية وسيلة مرنة لتوحيد أحكام المعاملات الدولية لأنه يتفق مع متطلبات التجارة الدولية و بالتالي تحقيق نوع من التوازن بين الأطراف و توفير الحماية النموذجية لمتلقي الفرانشيز إلا أنه ليست له أي صفة إلزامية إن لم يتم اختياره من قبل طرفي العقد.

[1]- نفس المرجع ، ص 211.

[2]- بوقعود نور الهدى ، المرجع السابق ، ص 46.

[3]- بن عزة أمال ، المرجع السابق ، ص 209،211.

**ثانيا : غياب التنظيم القانوني لبعض عقود الأعمال**

تعتبر عقود الأعمال من ناحية التنظيم مسألة غير واضحة المعالم [1]، وذلك بسبب غياب نصوص قانونية تنظم أغلب هذه العقود حتى في ظل الدول التي ظهرت فيها ، و حتى بالنسبة للنصوص التي اهتمت بتنظيم بعضها فإنها لم تحط بجميع جوانبها مما جعل تلك النصوص غير كافية و غير ملائمة ، و هو ما يؤدي إلى استغلال الطرف الأقوى في هذه العقود للطرف الآخر في ظل غياب الرقابة القانونية التي تكرس التوازن بين حقوق و التزامات الأطراف ، و بذلك يمكننا تصنيف عقود الأعمال بالتركيز على التجربة الجزائرية ، إلى عقود غير مسماة كأصل ، وعقود مسماة كاستثناء .

**أ/ عقد الأعمال عقد غير مسمى كأصل :**

بالنظر إلى الفراغ التشريعي بالنسبة للدول التي لم تضع نصوص خاصة بعقود الأعمال و حصرها ضمن القواعد العامة ، يمكننا القول أن أكثر عقود الأعمال هي عقود غير مسماة ، و لعل أهم ما يواجه مسألة تنظيم عقود الأعمال هو اتصافها بالصعوبة والتعقيد بالنظر إلى تنوع المصالح المراد حمايتها بتعدد أطرافها ، و كذلك الآثار المترتبة عنها و التي تتعدى مصالح هاته الأطراف لتشمل الاقتصاد الوطني للدول ، خلافا للعقود الكلاسيكية التي نظمها المشرع الجزائري بتنظيم خاص ضمن القانون المدني و قام بتسميتها بتحديد أركانها وآثارها مثل عقد البيع ، عقد الإيجار ، عقد الشركة إلى غير ذلك من العقود التي تم تنظيمها و استقرت أحكامها منذ زمن و التي تعرف بالعقود المسماة .

لم ينظم المشرع الجزائري العديد من عقود الأعمال ، رغم انتشار العمل بها في السوق الجزائرية بعد تبني الجزائر لسياسة الحرية الاقتصادية و فتح المجال أمام الاستثمارات الأجنبية ، و رغم أهمية هذه العقود في تطوير الاقتصاد وتحقيق التنمية إلا أنها بقيت ضعيفة في الجزائر مقارنة بالدول العربية والأجنبية ، بسبب عدم تنظيمها

[1]– الكاهنة إرزيل ، عن إخضاع عقد الأعمال للقانون ،المرجع السابق ، ص 39.

حيث لم ينظم عقد الفرانشيز الذي يعتر أحد أهم العقود التي تساهم في تطوير نشاط المؤسسات الاقتصادية ، رغم وجود أعمال تحضيرية متعلقة بإعداد مشروع قانون متعلق بعقد الفرانشيز في ديسمبر 2009 إلا أن هذا المشروع لم يتم تنفيذه إلى يومنا هذا [1].

إنه ورغم قابلية تطبيق العديد من النصوص القانونية على عقد الفرانشيز ، و هي القوانين المتعلقة بحقوق الملكية الصناعية ، والقوانين المتعلقة بالمنافسة و الممارسات التجارية ، إلا أن ذلك لا يغني عن ضرورة وجود نصوص خاصة به [2] .

إن وضع تشريع خاص منظم لعقد الفرانشيز يعتبر مسألة هامة جدا ، لأن ذلك سيعمل على نشر ثقافة الفرانشيز ليشمل العديد من الأنشطة و ذلك يعتبر أمرا أساسيا في ظل المتغيرات العالمية و التي تهدف إلى فتح الأسواق وإسقاط الحواجز أمام السلع و البضائع ورؤوس الأموال[3].

**ب /عقد الأعمال من العقود المسماة كاستثناء :**

لقد اعتمد المشرع الجزائري عدم تنظيم أغلب عقود الأعمال كأصل تاركا المسألة إلى القواعد العامة وطبق الاستثناء فقام بتنظيم بعض هذه العقود لضرورات معينة .

فنظم عقد الاعتماد الايجاري بموجب نص خاص قد تطرقنا له مسبقا خلال هذا البحث ، و الذي يعتبر قد جاء متأخر جدا مقارنة بالتشريعات الأخرى ، حيث أصدر المشرع الفرنسي أول قانون لعقد الاعتماد الايجاري بتاريخ 1962/07/02 و الذي أطلق عليه تسمية " Crédit-bail " أي الائتمان الايجاري [4].

---

[1]- عروسي ساسية ، المرجع السابق ، ص 2 .

[2]- فتحي بن زيد ، الأهمية الاقتصادية لعقد الفرانشيز : دراسة مقارنة بين ( الجزائر و تونس والمغرب ) ، **مجلة تحولات جامعة قاصدي مرباح ورقلة** ،الجزائر ، العدد الأول ، يناير 2019 ، ص 438.

[3]- نفس المرجع ، نفس الصفحة .

[4]- و قد عدل هذا القانون عدة تعديلات كان أولها بالقانون رقم 836-76 المؤرخ في 1976/09/28 و بالقانون رقم 72-656 المؤرخ في 1972/07/04 ، وأجريت عليه أيضا تعديلات أخرى بالقانون رقم 148 المؤرخ في 1986/03/01 و القانون رقم 12/86 المؤرخ في

بينما كان اهتمام المشرع المصري بالاعتماد الايجاري في بداية الثمانينات من خلال إصدار مشروع قانون بشأن الاعتماد الايجاري سنه 1985 ، و رغم أهمية هذا النوع من العقود إلا أنه لم يصدر قانون بشأنه إلى غاية سنه 1995 وهو القانون رقم 95 لسنة 1995 الذي ألق عليه اسم "التأجير التمويلي " [1].

أما عقد تحويل الفاتورة فكانت الجزائر من الدول القليلة التي وضعت نصوص تنظيمية ،إلا إن هذا المجهود جاء ناقصا ، حيث لم يحظى بتنظيم خاص به و جاء ضمن الباب المتعلق بالأوراق التجارية من القانون التجاري ، بالرغم من اختلاف عقد تحويل الفاتورة عن الأوراق التجارية القابلة للتداول بالطرق المعروفة للتداول .

و في إطار تحول النظام الاقتصادي الجزائري من نظام موجه إلى اقتصاد حر ، كان لابد من تعديل قانون العقود بما يلاءم هذا التحول ، وفي هذا الإطار تم القانون المدني الجزائري سنة 1989 بموجب القانون رقم 01/89 بإضافة عقد جديد ضمن العقود الواردة على عمل و اصطلح عليه ب "عقد التسيير " ، وكان ذلك نتيجة سوء تسيير النشاطات الاقتصادية [2]، إذ توصلت السلطات العمومية من خلال هذا العقد ، إلى اقتراح إسناد إدارة هذه النشاطات إلى شركات متخصصة وذات شهرة معترف بها [3].

يحسب للمشرع الجزائري أنه قام بتقنين عقد التسيير في ظل غياب أي تقنين لهذا العقد في دول أخرى حتى في الدولة التي ظهر فيها و هي الولايات المتحدة الأمريكية ، ولعل ذلك راجع إلى إدراك المشرع الجزائري لأهمية هذا العقد و الدور الذي يقوم به في المساهمة في التنمية الاقتصادية ، إلا أنه و رغم ذلك يطرح هذا التقنيني عدة مشاكل قانونية يمكن أن تعيق المؤسسات من الاستفادة من مزايا هذا العقد .

---

02/06 1986 الذي كان الغرض منه مد نشاط الاعتماد الايجاري ليشمل المؤسسات التجارية والحرفية ، حوالف عبد الصمد ، المرجع السابق ، ص 07.

[1]- نفس المرجع ،نفس الصفحة .

[2]- قبايلي الطيب ، المرجع السابق ، ص 12 .

[3]- ربيعة بن عزوز ، المرجع السابق ، ص 24 .

من بين المشاكل التي لم يعالجها المشرع مشكلة الشروط التعسفية التي يدرجها المسير في العقد مثل التجهيزات التي تقع على عاتق الطرف الوطني مما يثقل كاهل ميزانية صاحب المال مما يزيد في تبعيته للخارج في حين أن الهدف الأساسي من وراء هذا العقد هي اكتساب الطرف الوطني الخبرة والكفاءة الضرورية للنهوض بالمؤسسة الاقتصادية مستقبلا دون الحاجة إلى التعاقد مع متعاملين أجانب [1].

كما نجد أن المشرع الجزائري أهمل مسألة ضبط المصطلحات القانونية ، حيث استعمل تسمية عقد التسيير بدل تسمية عقد المناجمنت ، وهي التسمية التي تخدم بشكل أوضح الهدف الأساسي الذي تصبو إليه المؤسسة العمومية الاقتصادية في الجزائر من خلال هذا العقد وهو توظيف المعرفة الفنية الملائمة ، فمسألة ضبط المصطلحات يمكن أن تثير مشاكل أمام القضاء فيما يخص تكييف العقد و تحديد الالتزامات [2].

بالنظر إلى ما سبق نجد أن المنظومة القانونية لعقود الأعمال لم تكتمل سواء بالنسبة للتجربة الجزائرية أو حتى بالنسبة للدول التي ظهرت فيها هذه العقود منذ وقت طويل ، و أنه كلما غاب التنظيم القانوني اتسعت حرية التعاقد ، و هو ما يجري تماما في عقود الأعمال حيث تكون إرادة الطرف الأقوى حرة في إملاء ما يخدم مصالحها و يحقق أهدافها من الشروط التي تعتبر تعسفية في حق الطرف الآخر ، و تتسع هذه الشروط في ظل ضعف الموقف التفاوضي للطرف الضعيف لما تعد عقود الأعمال سلفا في شكل عقود نموذجية تغيب الرقابة القانونية على إعدادها ، وتظهر الحاجة إلى الرقابة القضائية لإعادة التوازن المفقود لها .

لقد ناقش الكثير من الباحثين مسألة تطبيق المفاهيم المتعلقة بعقود الإذعان على عقود الأعمال ، فمنهم من أنكر وصف عقود الأعمال بعقود الإذعان ، مبررا ذلك بأنه لا وجود لاملاءات مسبقة من أحد أطراف عقود الأعمال على الآخر الذي لا يمكنه مناقشتها ، و اعتبر أن الفكرة التي تطغى على عقود الأعمال هي أن

[1]- كمال آيت منصور ، المرجع السابق ، ص 25 .

[2]- ربيعة بن عزوز ، المرجع السابق ، ص 24 .

لكلا طرفي العقد نفس الوصف في التعاقد ، باعتبار أنهما متعاملين اقتصاديين لهما نفس الحقوق وعليهما نفس الواجبات ، وهي ممارسة النشاط الاقتصادي ، و التنافس والتزاحم في الأسواق [1].

و قد اعتبر الباحثون أن المستجد في عقود الأعمال هو الفجوة الاقتصادية بين أطرافها، باعتبار أن أحدهما يملك التكنولوجيا و الأموال بينما الطرف الآخر لا يمتلكها ، الأمر الذي ولد صنفين من المتعاملين : "متعاملين اقتصاديين أقوياء اقتصاديا ، ومتعاملين اقتصاديين ضعفاء اقتصاديا "، و أنكر تأثير هذا التفاوت على العقد على أساس أن إرادة كلا الطرفين تبقى حرة ، و كل متعاقد يناقش بنود العقد ، و الدليل على ذلك مرحلة المفاوضات التي تمر بها عقود الأعمال ، والتي تدوم لفترة زمنية طويلة ، و أكد على استبعاد فكرة الإذعانية في إبرام عقود الأعمال الذي يكون خاضع أصلا لمنطق السوق التي تفقد فيها كل الأخلاق ،وتحظى فيه لغة المال و التكنولوجيا بالأولوية[2].

و في رأيينا تعتبر عقود الأعمال عقود إذعان ، و أبلغ دليل على ذلك اختلال التوازن الظاهر بين حقوق والتزامات أطرافها ، وهو ما ينفي فكرة تطبيق نفس الوصف على أطراف عقود الأعمال باعتبار أنها تبرم بين متعاملين اقتصاديين لهما نفس الحقوق والواجبات ، حيث لا نتصور و جود تفاوت اقتصادي بين أطراف العقد دون وجود شروط تعسفية يمليها الطرف الأقوى مستغلا ضعف الطرف الآخر ليحصل على امتيازات أكثر.

و الأكثر من ذلك أن مجال الأعمال الذي يكثر فيه التزاحم و التنافس يبرر لجوء المتعاملين الأقوياء اقتصاديا وتكنولوجيا إلى توظيف الشروط التعسفية لحماية أنفسهم من منافسة المتعاملين الاقتصاديين الأضعف اقتصاديا و تكنولوجيا و ذلك بتقييدهم بشروط تبقيهم تابعين بصفة دائمة ، وهو ما يعكس إذعانية عقود الأعمال .

[1]- الكاهنة إرزيل ، عن إخضاع عقد الأعمال للقانون ، المرجع السابق ، ص 41.

[2]- نفس المرجع ، نفس الصفحة .

## المطلب الثاني

## نطاق سلطة القاضي في معالجة اختلال توازن الالتزامات في عقود الأعمال

في سبيل حماية الطرف الضعيف في عقود الإذعان منح المشرع سلطات كثيرة للقاضي يعتمد عليها لإعادة التوازن للعقد و تحقيق المساواة بين أطرافه ، معتمدا في سبيل ذلك على كل الوسائل والأساليب المقررة قانونا و في مقدمتها العدالة و الإنصاف ، فيمتد نطاق سلطة القاضي إلى مراجعة بنود وشروط كل المبادلات والعقود التي تتصف بأنها عقود إذعان.

ومن ثم يكون للقاضي دور في تحقيق التكافؤ بين حقوق والتزامات الأطراف المتعاقدة في عقود الأعمال ، من خلال إعمال سلطته في مراجعة الشروط التعسفية عن طريق تعديل أو إلغاء هذه الشروط (**الفرع الأول**) أو من خلال تفسير الشروط الغامضة لمصلحة الطرف المذعن (**الفرع الثاني** ).

### الفرع الأول

### سلطة القاضي في تعديل أو إعفاء الطرف الضعيف من الشروط التعسفية

نصت المادة 110 من القانون المدني الجزائري على ما يلي : " **إذا تم العقد بطريق الإذعان ، وكان قد تضمن شروطا تعسفية جاز للقاضي أن يعدل هذه الشروط أو أن يعفي الطرف المذعن منها وذلك وفقا لما تقضي به العدالة و يقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك** " .

أجاز المشرع بموجب نص المادة 110 للقاضي استثناءا عن قاعدة العقد شريعة المتعاقدين أن يعدل شروط العقد ، بحيث يزيل ما فيها من تعسف (**أولا**) أو يعفي الطرف المذعن منها بشكل تام (**ثانيا**)، وذلك في حدود ما تقضي به العدالة ( **ثانيا** ).

**أولا : سلطة القاضي في تعديل الشرط التعسفي :**

يملك القاضي سلطة واسعة وصريحة له إزاء الشروط التعسفية ، خولها له القانون بغية إعادة التوازن لعقود الإذعان ، يمارس القاضي هذه السلطة من خلال تعديل الشرط التعسفي .

إن تعديل العقد يقصد به إجراء تغيير جزئي في العقد ، ينصب هذا التغيير على بند من بنوده أو عنصر من عناصره ، إما بالحذف أو الإضافة ، فسلطة تعديل الشرط التعسفي في عقد الإذعان تعني الإبقاء عليه مع رفع أوجه التعسف التي يتضمنها بالوسيلة التي يراها ملائمة ، فإذا كان الشرط جوهري لا يمكن الإعفاء منه دون المساس بالعملية التعاقدية ككل فيكون التعديل في هذه الحالة هو أنسب وسيلة لرفع الضرر عن المتعاقد [1].

و قد يكون من أوجه التعسف وجود غبن في العقد أو حالة من حالاته بمعناه المادي فيكتفي القاضي بالإنقاص أو الزيادة بحسب الحالة ، بما من شأنه رفع الغبن ، دون أن يتقيد بالشروط المتطلبة قانونا للتعديل بسبب الغبن ، فتعديل العقد في هذه الحالة لا يستند على أساس الطعن بالغبن و إنما يستند على أساس تعسفية الشرط الوارد في العقد ، المطالب بتعديله [2].

كما يمكن أن يرد الشرط في صورة شرط جزائي مبالغ في تقديره ، فيقوم القاضي بتعديله على أساس اعتباره شرطا تعسفيا ، أو يتعلق الشرط التعسفي بوسائل التنفيذ ، أو مدته ، فيقوم القاضي بتعديل هذه المدة بزيادتها أو إنقاصها بما يحقق التوازن بين الاداءات المتقابلة [3].

إن سلطة القاضي في تعديل الشرط التعسفي لا تكون من تلقاء نفسه ، وإنما تكون بناءا على طلب من طرف الطرف المذعن في أي حالة كانت عليها الدعوى أمام قاضي الموضوع ، لكن لا يجوز للطرف

---

[1] – علي مصبح صالح الحيصة ، سلطة القاضي في تعديل عقد الإذعان ، **رسالة مقدمة استكمالا للحصول على درجة ماجستير في القانون الخاص** ، جامعة الشرق الأوسط ، 2011، ص 50.

[2] –محمد بوكماش ، المرجع السابق ، ص 165.

[3]– نفس المرجع ، نفس الصفحة .

المذعن طلب تعديل الشرط التعسفي أمام محكمة النقض ، منعا لاختلاط مسائل الواقع مع مسائل القانون ، فمحكمة الموضوع هي التي تملك تقدير ما إذا كان الشرط تعسفيا أم لا [1].

و في الأخير نشير إلى أن الفقه قد اعتبر أن سلطة التعديل الممنوحة للقاضي من أهم و اخطر الأحكام المتعلقة بحماية الطرف الضعيف في عقود الإذعان ، في حين أن دور القاضي بالنسبة لعقود يقتصر على مجرد تسيرها من اجل تطبيق القانون فيها [2].

**ثانيا : سلطة القاضي في إلغاء الشرط التعسفي**

أما سلطة الإلغاء فتعني أنه عندما يرى القاضي أن مجرد تعديل الشرط لا يفي بالغرض من الحماية المطلوبة فإنه يعطل هذا الشرط بإعفاء الطرف المذعن منه ، و المثال على ذلك تضمن العقد شرطا من شروط الإعفاء من المسؤولية حيث يجوز للقاضي هنا إلغاء الشرط ليخضع العقد للقاعدة العامة ، وهنا تتضح السلطة الاستثنائية لقاضي الموضوع [3].

أما المشرع الفرنسي فلم يخصص أية حماية للطرف المذعن قبل تعديل 2016 على أساس أن العقد شريعة المتعاقدين الذي يمنع القاضي بموجبها من التدخل في موضوع العقد ، وفي تعديل سنة 2016 السالف الذكر نصت المادة 1/1171 منه على أنه : " **في عقود الإذعان يعتبر كل شرط يخلق عدم توازن ظاهر بين حقوق والتزامات بين طرفي العقد يعتبر غير مكتوبا** ..."[4] ، و بذلك جعل جزاء ورود شرط تعسفي في عقد الإذعان هو بطلان الشرط و بقاء العقد صحيحا و هو ما اعتبره البعض تطبيقا لنظرية انتقاص العقد كما اعتمد على معيار عدم التوازن الظاهر في تقدير الشرط التعسفي في عقود

[1] – علي مصبح صالح الحيصة ، المرجع السابق ، ص 52.

[2]– نفس المرجع ، ص 49..

[3]– محمد بوكماش ، نفس المرجع ، ص 166 .

[4]– جريفيلي محمد ، المرجع السابق ، ص 200 .

الإذعان ، ويدخل هذا المفهوم فيما أورده المشرع الفرنسي في المادة 1164 التي تنص على جزاء الشرط التعسفي المتعلق بتحديد الثمن حيث أجاز القانون للقاضي الحكم بالتعويض وعند الاقتضاء الحكم بفسخ العقد .

**ثالثا: معيار استبعاد الشرط التعسفي**

لقد نص المشرع بموجب المادة 110 من القانون المدني الجزائري على "العدالة " كمعيار يتم على أساسه إعمال سلط تعديل أو إلغاء الشرط التعسفي ، وترك للقاضي السلطة التقديرية حيث لم يحدد له الوسائل التي يتبعها في هذا الشأن .

لذلك رأى الفقهاء أن معيار "العدالة " معيار مطلق وغامض لاختلاف الإحساس به من شخص لآخر ، بل قد يتغير لاختلاف الأزمنة و الأمكنة ، كما أن معيار "العدالة " معيار يمنح للقاضي سلطة تقديرية واسعة بين التعديل أو الإعفاء من الشروط التعسفية في عقود الإذعان [1].

إن إعطاء القاضي السلطة التقديرية في تعديل أو إلغاء الشرط التعسفي نجد فيه قصورا ، إذ كيف نقر بوجود تعسف في العقد ثم نعطي السلطة التقديرية للقاضي ، لذلك على المشرع تلافي هذا الموقف مستقبلا بحيث يصبح القاضي ملزما بالتدخل في حالة وجود شرط تعسفي ، آخذا بعين الاعتبار معيار الاختلال الظاهر بين حقوق و التزامات طرفي العقد [2] .

و هو المعيار الذي تبناه المشرع الجزائري في المادة 3 فقرة 1 من القانون رقم 02/04 الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية حيث تنص على ما يلي : " **شرط تعسفي : كل بند أو شرط**

[1]- سوالم سفيان ، المرجع السابق ، ص 126.

[2]- زوبة سميرة ،الأحكام القانونية المستحدثة لحماية المستهلك المتعاقد ، **رسالة لنيل رسالة الدكتوراه في القانون** ، جامعة مولود معمري تيزي وزو ، 2016 ، ص 132،133.

**بمفرده أو مشتركا مع بند واحد أو عدة بنود أو شروط أخرى من شأنه الإخلال الظاهر بالتوازن بين حقوق و واجبات أطراف العقد " .**

إن معيار الإخلال الظاهر بالتوازن بين حقوق و التزامات أطراف العقد يطرح مسألة تقنية هامة تتعلق بكيفية تقديره ، و التي اكتفى المشرع الجزائري بالقول أنها تتم إما بالنظر للإخلال الظاهر الذي يحدثه الشرط لوحده ، أو بالنظر إلى شروط العقد مجتمعة ، وتتحقق تعسفية الشرط في الصورة الأولى في الحالات التي تكون فيها خطورة الشرط واضحة مما يجعل الإخلال واضحا في الحقوق و الالتزامات العقدية بين أطراف العقد والذي يظهر خصوصا في تلك البنود التي جاء النص على اعتبارها تعسفية صراحة في القانون .[1]

و في الأخير لا بد أن نشير إلى أن القانون يمنع الاتفاق على سلب القاضي سلطة تعديل أو إلغاء الشروط التعسفية ، و ذلك لمنع الطرف القوي من وضع مثل هذا الشرط في العقد ، ومن ثم حرمان الطرف الضعيف من الحماية من الإذعان ، وبذلك يكون المشرع الجزائري قد وفق لما نص على بطلان كل اتفاق بما يخالف نص المادة 110 من القانون المدني [2].

## الفرع الثاني

## سلطة القاضي في تفسير العبارات الغامضة في عقود الإذعان

في عقود الإذعان ينفرد الطرف القوي بوضع شروط العقد دون مشاركة الطرف الضعيف في ذلك وعلى هذا الأساس قد ترد في العقد شروط تحمل أكثر من معنى ، بسبب ورود شروط غامضة أو ناقصة أو

[1]- بوشارب ايمان ، حماية المستهلك من الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك ، **مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير** ، تخصص قانون العقود المدنية ، جامعة أم البواقي ، 2011،2012، ص 68 .

[2]- رباح سعيدة ، المرجع السابق ، ص 87 .

يكون هناك تناقض بين شروط مختلفة في نفس العقد مما ينتج عنه غموض حول الشرط الذي يعتد به وغالبا ما يكون هذا الغموض مقصودا من طرف المتعاقد صاحب المركز الأقوى .

لذلك قرر المشرع حماية الطرف الضعيف من الشروط الغامضة في عقود الإذعان بموجب المادة 111 من القانون المدني الجزائري التي نصت على أن : " **إذا كانت عبارة العقد واضحة فلا يجوز الانحراف عنها عن طريق تأويلها للتعرف على إرادة المتعاقدين** .

**أما إذا كان هناك محل لتأويل العقد فيجب البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين دون الوقوف عند المعنى الحرفي للألفاظ مع الاستهداء في ذلك بطبيعة التعامل و بما ينبغي أن يتوفر من أمانة وثقة بين المتعاقدين وفقا للعرف الجاري في المعاملات** " **(أولا)** ، و قرر بموجب المادة 112 من نفس القانون حماية الطرف المذعن في حال قيام الشك في تفسير عبارات العقد **(ثانيا)** .

**أولا : تفسير عبارات العقد الغامضة :**

تفسير العقد هو عملية فنية يقوم بها القاضي بغية البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين ، وقد حددت المادة 111 فقرة 2 من القانون المدني الجزائري معايير موضوعية من شأنها تسهيل دول القاضي في الكشف عنها ،تتمثل هذه المعايير في طبيعة التعامل من جهة ، و ما ينبغي أن يتوافر من أمانة و ثقة بين المتعاقدين ، وكذا لما هو سائد عرفا في المعاملات من جهة أخرى [1].

إن تفسير العقد يتقرر فقط في الحالة التي تكون فيها عبارات العقد غامضة ، أما في حالة وضوح عبارات العقد ، بأن كان من السهل الكشف عن مدلولها فإن المشرع قد نهى ضمن نص المادة 111 من القانون المدني الجزائري عن الانحراف عنها و تأويلها .

[1]-بوشارب ايمان ، المرجع السابق ، 151.

وفي حقيقة الأمر أن البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين من خلال تفسير العقد يكون ملائما فقط للعقود التي تشترك في تكوينها إرادة الطرفين ، فالعبرة بإرادة المتعاقدين معا و ليس بإرادة أحدهما فقط[1] بينما في عقود الإذعان لا يبدو الأمر ملائما ، لأن هذه العقود تنشأ من خلال إملاءات يفرضها الطرف صاحب المركز الأقوى دون مشاركة الطرف الآخر في مناقشة بنودها و بالتالي فهي تعبر عن إرادة طرف واحد ، فالنية المشتركة تغيب في عقود الإذعان [2].

يعتبر تفسير عقود الإذعان مسألة هامة جدا للاطلاع على حقيقة الشروط التعسفية فيها ، كما يعتبر تفسير عقود الإذعان أمرا صعبا في بعض الأحيان ، لأن الموجب يستعمل فيها أسلوبا عاما يغطي به لإجحاف شروطه ، وغالبا ما ترد في شكل شروط عامة لا يدرك المتعاقد آثارها الحقيقية ، بالإضافة إلى أن المتعاقد غالبا ما يضع ثقته في المتعاقد الآخر ، ولا يدرس هذه الشروط قبل الالتزام بها ، كما أن حجم النص و كيفية إظهاره في شكل ينفر القارئ منه [3].

و نشير بهذا الصدد إلى أنه ليست كل عبارة غامضة تتضمن شرطا تعسفيا ، إذ لا يستقيم ذلك إلا بعد إزالة أسباب الغموض ، لأن الغموض لا يمكن الطرف المذعن من التعرف على مدى الإجحاف المترتب عليه ، لكن الواقع العملي يؤكد العلاقة الوطيدة بين العبارات الغامضة في عقود الإذعان و الشروط التعسفية ، والمثال على ذلك عقود التأمين [4].

أما من الناحية الإجرائية فإن تفسير العقد قد يكون محلا لدعوى مستقلة ، وقد يأتي بصورة ضمنية إثر قيام القاضي بمراقبة العقد وتفحصه بغية تعديله ، ومهما يكن الأمر سواء تعلق بدعوى مستقلة أو كان

---

[1]- Gérard Légier,**droit civil**,**les obligations**,16ed, éditions Dalloz,Paris ,1998,P64.

[2]- بوشارب ايمان ، المرجع السابق ، ص 151.

[3]- رباح سعيدة ،المرجع السابق ، ص 90.

[4]- نفس المرجع ، ص 90/89 .

التفسير ضنيا من خلال دعوى قائمة ، فإنه لا يجوز للقاضي الخروج عن نص المادة 111 من القانون المدني الجزائري بشأن عدم جزاء تأويل العبارات الواضحة للعقد ، وأن التفسير لا يكون إلا في حالة غموض عبارات النص و قيام الشك حول مدلولها [1].

**ثانيا : حالة قيام الشك في تفسير عبارات العقد :**

نصت المادة 112 من القانون المدني الجزائري و تقابلها المادة 151 من القانون المدني المصري على أنه : " **يؤول الشك في مصلحة المدين ، غير أنه لا يجوز أن يكون تأويل العبارات الغامضة في عقود الإذعان ضارا بمصلحة الطرف المذعن** " .

لذلك و بحسب هذا النص فإن المشرع قرر حماية الطرف المذعن من الشروط الغامضة و التي يحيط الشك بحقيقة المقصود بها ، بحيث اشترط أن لا يكون تأويل العبارات الغامضة في عقود الإذعان ضارا بمصلحة الطرف المذعن كاستثناء على قاعدة تفسير الشك لمصلحة المدين ، على اعتبار أن الطرف المذعن قد يكون دائنا أو مدينا [2].

إذا فالحماية من الشروط التعسفية التي تتضمنها عبارات واضحة يكون من خلال المادة 110 السالفة الذكر، أما الحماية من الشروط التعسفية التي تتضمنها عبارات غامضة يكون من خلال الفقرة الثانية من المادة 112 من القانون المدني.

فالمشرع الجزائري أعطى للقاضي سلطة تفسير الشروط الغامضة ، لكنه في عقود الإذعان منع أن يكون هذا التفسير ضارا بمصلحة الطرف المذعن و لو كان دائنا ، على أساس أن اللبس أو الإبهام يتحمله من وضع هذه الشروط التي أملاها على الطرف الضعيف في العقد [3].

---

[1]- بوشارب ايمان ، المرجع السابق ، ص 150.

[2]- محمد جريفيلي ،المرجع السابق ، ص 204 .

[3]- رباح سعيدة ، المرجع السابق ، ص 91 .

كما نص التعديل الجديد للقانون المدني الفرنسي سنة 2016 في المادة 1190 على قاعدة تفسير الشك لمصلحة المدين في عقود الإذعان ضد الشخص الذي وضعه، وهي حماية إضافية للطرف الضعيف في العقد كرسها المشرع الفرنسي بموجب هذه التعديلات الجديدة .

و بناءا على ما تقدم فإن سلطة القاضي في تفسير الشروط لصالح الطرف المذعن يمكن أن تحقق حماية للطرف الضعيف باعتباره الطرف المذعن من الشروط التعسفية، كما أنه لقاضي الموضوع مسألة تقدير الشرط التعسفي أثناء التفسير و لا رقابة لمحكمة النقض عليه [1].

يمكننا القول أنه رغم السلطة الواسعة التي منحها المشرع الجزائري للقاضي بشأن الشروط التعسفية في عقود الإذعان إلا أنها تعد غير كافية لحماية الطرف الضعيف في العقد ، وذلك لأن القاضي لا يستطيع أن يثير مسألة الشروط التعسفية من تلقاء نفسه بل لابد من المطالبة القضائية من الطرف المذعن [2]، و الطرف الضعيف كثيرا ما يتراجع في أمره بشأن المطالبة القضائية بالنظر إلى المصاريف التي سوف يتكبدها ، أو بسبب الفترة الزمنية التي يستغرقها القضاء في النظر في القضايا .

إن ما نستنتجه مما تقدم أن نظرية الإذعان في القواعد العامة تعتبر أوسع نطاقا من حيث الحماية في مجال الشروط التعسفية إذ أنها لا تقتصر على المستهلك وحده ، فهي تمثل نظرية عامة في القانون المدني تجمل الجميع بما فيهم المهنيين عند تعاقدهم مع بعضهم باعتبار أنهم غير مشمولين بالحماية التي تقررها قواعد حماية المستهلك .

إنه في ظل غياب الحماية الخاصة ضمن التشريعات التي تنظم العلاقات بين المتعاملين الاقتصاديين في مجال الأعمال ، لا يبقى للطرف الضعيف في عقود الأعمال إلا اللجوء إلى القضاء لحمايته عن طريق

[1]- جريفيلي محمد ، المرجع السابق ،ص 204 .

[2]- رباح سعيدة ، المرجع السابق ، ص 88 .

تطبيق نظرية الإذعان و إعمال القاضي لسلطته في إلغاء أو تعديل الشروط التعسفية أو من خلال تفسير العقد لمصلحته إذا كان هو الطرف المذعن .

## خلاصة الباب الثاني

تعتبر عقود الأعمال نتاج بيئة اقتصادية مكونة من مجموعة أنشطة متعاملين في شكل مؤسسات قوية أو ضعيفة ، مؤسسات جديدة أو قديمة ، منها من تملك القدرة الفنية و التقنية و أخرى لا تملك هذه القدرة تسمى "بيئة الأعمال" ، مجسدة ما يعرف بالتفاوت الاقتصادي في المراكز القانونية ووجود الفجوة الاقتصادية بين أطراف العقد ، و هو ما أدى إلى إدراج شروط و بنود غير معهودة في العقد وفرضها على المتعاقد الآخر خاصة في ظل ظهور ما يعرف بالعقد النموذجي الذي يعتبر صورة جديدة من العقود التي تتضمن شروط تعاقدية موحدة يتم إعدادها مسبقا و فرضها على الطرف الضعيف الذي ليس له إلا التوقيع عليها دون مناقشتها ، كما أن استحواذ الطرف القوي على إعداد بنود العقد يزيد في ظل غياب التنظيم القانوني لأغلب عقود الأعمال، ما يعني اتساع مجال تدخل القاضي للحد من الشروط التعسفية والتوفيق بين المصالح المتعارضة لأطراف عقود الأعمال مقابل تراجع حرية المتعاقدين في تحديد مضمون العقد.

كما تراجع استخدام هذا المبدأ في ظل خضوع إبرام عقود الأعمال لقانون المنافسة ، و هو قانون خاص يحكم النشاطات الاقتصادية لاسيما نشاط الإنتاج والتوزيع ، ويعمل على حفظ التوازنات بين العلاقات التعاقدية داخل السوق حرصا على وجود علاقات متوازنة خاصة في ظل تغير الأوضاع الاقتصادية و ما نتج عنه من توسع في العلاقات و الروابط القانونية وسيطرة المنافسة على النشاطات الاقتصادية ، حيث يعنى قانون المنافسة بتنظيم وتوجيه هذه العلاقات من أجل تكريس و ضمان حرية المنافسة التي تعتبر الهدف الأساسي كأصل ومن أجل ضمان استقرار هذه العلاقات من خلال تحقيق التوازنات العقدية بصورة غير مباشرة ، عبر أسلوب إجباري منعي متميز ، يفرض التزامات جديدة غير معروفة في قانون العقود على المتعاقدين مع منع وحظر و كل الممارسات المنافية للمنافسة .

# الخاتمـــــة

نستخلص من خلال هذه الدراسة أن القانون قد تفوق على الإرادة العقدية في توجيه مرحلة تكوين عقود الأعمال في ظل السياسة الاقتصادية التي سطرتها الدولة من أجل الاستفادة من هذه العقود التي لها تأثير مباشر على الاقتصاد بسبب دورها في تمويل الاستثمارات و كذا تطوير نشاط المؤسسات و تزويدها بأحدث تقنيات الإنتاج والتوزيع ، مما أثر على الحرية التعاقدية التي يضيق مجالها كلما أراد المشرع توجيه العقد من أجل تحقيق المصلحة العامة ، التي لا يمكن تحقيقها بدون المرور عبر صفة المتعاقد ، و هو ما يظهر بصورة واضحة في تكوين صفة المؤجر في عقد الاعتماد الايجاري و كذا صفة الوسيط في عقد تحويل الفاتورة ، فصفة المتعاقد في هذه العقود تحمل في تكوينها مجموعة من الشروط و الإجراءات تتجاوز حرية المتعاقد في اختيار المتعاقد.

من جهة أخرى يعتبر تقييد حرية المتعاقدين في مجال تحديد بنود عقود الأعمال ضرورة اقتضاها تهذيب مبدأ سلطان الإرادة الذي كان له تأثير قوي على اختلال توازن الالتزامات في هذه العلاقات التعاقدية ، ولذلك كان منطقيا تراجع استخدام هذا المبدأ و تضييق حدوده حرصا على وجود علاقات متوازنة خاصة في ظل عدم التكافؤ الاقتصادي بين المتعاملين الاقتصاديين في مجال الأعمال ، و ما نتج عنه من توسع في العلاقات والروابط القانونية و سيطرة المنافسة على النشاطات الاقتصادية ،كما ساهم ظهور قوانين خاصة تحكم هذه النشاطات لاسيما نشاط الإنتاج والتوزيع في حفظ التوازنات بين العلاقات التعاقدية داخل السوق ، حيث يعنى قانون المنافسة بتنظيم وتوجيه هذه العلاقات من أجل تكريس وضمان حرية المنافسة التي تعتبر الهدف الأساسي كأصل ، و من أجل ضمان استقرار هذه العلاقات من خلال تحقيق التوازنات العقدية .

لطالما كان إطلاق إرادة الأطراف في تحديد مضمون العقد سببا في استغلال الطرف القوي للطرف الضعيف وفي اختلال التوازن العقدي الذي يعتبر الحفاظ عليه من أهم مبادئ القانون المدني ومن أجله سمح

للقاضي التدخل في العقود ،كاستثناء على قاعدة العقد شريعة المتعاقدين التي تؤسس عليها قواعد هذا القانون ، فإذا توفر في العقد خصائص عقود الإذعان و تضمن شروط تعسفية جاز للقاضي تعديل هذه الشروط أو إعفاء الطرف المذعن منها ، وفقا لما تقضي بع العدالة ، وبما أنه تنطبق على عقود الأعمال خصائص عقود الإذعان فإن للقاضي دور في إعادة صياغة بنود هذه العقود من أجل معالجة اختلال التوازن الناتج عن التفاوت الاقتصادي في المراكز القانونية و وجود الفجوة الاقتصادية بين أطراف العقد خاصة في ظل ضعف المركز التفاوضي للطرف الضعيف في عقود الأعمال بسبب توحيد القواعد التي تحكم المعاملات الدولية في قطاع الأعمال في ما يعرف بالعقد النموذجي الذي يعتبر صورة جديدة من العقود لم يعرفها الفقه من قبل .

تبعا لذلك فإن من أهم النتائج التي توصلنا إليها من خلال هذه الدراسة أن مبدأ حرية التعاقد الذي يعتبر محور إشكال في عقود الأعمال على أساس أنه يفترض حضوره بقوة أمام اعتبار عقود الأعمال نتاج بيئة الأعمال و إرادة المتعاملين الاقتصاديين بعيدا عن الأنظمة القانونية تراجع أمام تدخل المشرع لتقييد حرية الأطراف و تأطيرها بصورة تجعل هذه العقود أكثر تكيفا مع المصلحة العامة و العدالة العقدية ، مما جعلنا نؤكد على أن ظهور عقود الأعمال قد أحدث تغييرات جوهرية في نظام العقود ، فبما أن العقد أداة أساسية لتحقيق الحاجيات الاقتصادية ، فإن نظامه يتأثر حتما بالسياسة الاقتصادية التي تسطرها الدولة بل يصبح بالضرورة خاضعا لها و لمتطلبات السياسة الاجتماعية المنتهجة ، فلا مجال للحرية التعاقدية خارج نطاق النظام العام الذي يوسع ويضيق منها حسب متطلبات المصلحة العامة أو حماية لمصلحة خاصة تكون بحاجة لهذه الحماية ، كحماية الطرف الضعيف في العقد .

و على هذا الأساس يرتبط نطاق حرية التعاقد في عقود الأعمال بضرورة التمييز بين عقود الأعمال المسماة و عقود الأعمال غير المسماة ، حيث يتسع نطاق حرية التعاقد في ظل غياب التنظيم القانوني

لبعض عقود الأعمال ، ويضيق نطاقها كلما تدخل المشرع لتوجيه هذه العقود نحو تحقيق المصلحة الاقتصادية العامة ، فالعقود اليوم أصبحت وسيلة في يد الدولة لتنفيذ برامجها الاقتصادية والاجتماعية ، مما جعل النظرية العامة للعقد في خدمة المصلحة العامة التي تسعى الدولة للوصول إليها ، هذا الأمر ظهر جليا في عقود الأعمال بداية من تدخل المشرع لتحديد صفة المتعاقد إلى الحد من حرية المتعاقدين في تحديد مضمون العقد .

فمسألة تنظيم عقود دون أخرى سواء في التشريع الجزائري أو حتى في الدول التي ظهرت فيها هذه العقود هو أساس تحديد نطاق حرية التعاقد في عقود الأعمال ، حيث تعتبر مسألة تنظيم عقود الأعمال غير واضحة المعالم ، تذبذب التشريعات في تنظيم عقود دون أخرى أو الاهتمام بتنظيم بعض المسائل ذات الصلة بها تاركة مسائل أخرى للشريعة العامة للعقود التي يصعب عليها مسايرة هذه العقود في غايتها ، التي تعتبر اقتصادية بحتة ، مما جعل المنظومة القانونية المتعلقة بعقود الأعمال غير مكتملة ، و رغم ذلك سمح لنا موضوع هذه الدراسة بتقييم تجربة المشرع الجزائري في مجال تنظيم بعض عقود الأعمال .

إن تنظيم المشرع الجزائري لبعض عقود الأعمال و إن كانت تعتبر خطوة كبيرة في هذا المجال ، إلا أن هذه التجربة تعتبر غير مكتملة أيضا ، و هو ما يظهر جليا من خلال الثغرات القانونية التي تجعل تنظيم هذه العقود ناقصا و عشوائيا .

**فبخصوص عقد الاعتماد الايجاري** نجد أن المشرع الجزائري و رغم تنظيمه بقانون خاص إلا أنه أغفل العديد من المشاكل القانونية التي تثار بمناسبة هذا العقد مما يعيق انتفاع المؤسسات الصغيرة والمتوسطة بهذه الآلية المستحدثة في التمويل من بين هذه المشاكل ، مشكل انعدام التوازن في التزامات أطراف العقد .

و لعل هذه المشاكل يرجع سببها إلى الطبيعة المكملة لقواعد هذا القانون ، حيث تستطيع المؤسسة المؤجرة تضمين العقد من الأحكام ما يتفق مع مصالحها ، وهو الأمر الذي يسبب انحصار التزامات

المؤسسة المؤجرة في حدود ضيقة ، مما لن يترك مجالا واسعا لإثارة مسؤوليتها بالرغم من المشاكل العديدة التي قد تعترض استعمال المؤسسة المستأجرة.

إن إتاحة الفرصة أمام المؤسسات المؤجرة لتضمين العقد ما تشاء من الشروط جعل من عقد الاعتماد الايجاري وسيلة لتركيز رأس المال بيد الشركات الكبرى من خلال دفع المؤسسات الصغيرة والمتوسطة إما إلى الإفلاس أو الاندماج ، وهذا الأمر يشكل خطورة كبيرة على الاقتصاد الوطني الذي يعتمد بشكل كبير على هذه المؤسسات في عملية التنمية.

فضلا عن هذه الصعوبات القانونية و التي ترجع إلى ثغرات التشريع المتعلق بالاعتماد الايجاري توجد صعوبات أخرى تنظيمية تؤثر على مردودية مؤسسات الاعتماد الايجاري خاصة ما يتعلق منها بتأخر المستأجرين عن سداد بدلات الإيجار في المدة المحددة ، إضافة إلى صعوبات أخرى جبائية ومحاسبية تعيق نشاط هذه المؤسسات ، وهي صعوبات أصبحت مع مرور الوقت تهدد انتشار و تطور الاعتماد الايجاري في الجزائر .

**و بخصوص عقد تحويل الفاتورة** و إن كانت الجزائر من الدول القليلة التي وضعت نصوص تنظيمية لعقد تحويل الفاتورة إلا إن هذا المجهود جاء ناقصا ، و هذا الأمر الذي جعل المؤسسات المصرفية الاقتصادية تحجم عن تبني هذه التقنية التمويلية الرائدة رغم مرور كل هذه السنوات من تبني هذه النصوص المنظمة لها.

إن ما يجعل مجهود المشرع الجزائري ناقصا في مجال تنظيم عقد تحويل الفاتورة ، هو حصر عقد مركب كهذا العقد في 5 نصوص فقط ضمن الباب المتعلق بالأوراق التجارية ، بالرغم من اختلاف عقد تحويل الفاتورة عن الأوراق التجارية القابلة للتداول بالطرق المعروفة للتداول .

إن أهمية عقد تحويل الفاتورة تكمن في الخدمات الهامة التي يقدمها الوسيط للمنتمي ، والتي تتعدى خدمة التمويل إلى خدمة التسيير ، ورغم ذلك نجد المشرع الجزائري نص على أن الشركة الوسيط تتكفل فقط بالتمويل متجاوزا بذلك الخدمة الهامة المتعلقة بالتسيير ، وهذا يعد إجحافا خاصة و إن هذه العملية معترف بها في التجربة الدولية فهذا التحديد في حقيقة الأمر غير مفهوم .

**أما بخصوص عقد التسيير و** رغم أنه يحسب للمشرع الجزائري أنه قام بتقنين عقد التسيير في ظل غياب أي تقنين لهذا العقد في دول أخرى حتى في الدولة التي ظهر فيها و هي الولايات المتحدة الأمريكية ولعل ذلك راجع إلى إدراك المشرع الجزائري لأهمية هذا العقد و الدور الذي يقوم به في المساهمة في التنمية الاقتصادية ، إلا أن هذا التقنين يطرح عدة مشاكل قانونية يمكن أن تعيق المؤسسات من الاستفادة من مزايا هذا العقد .

من بين المشاكل التي لم يعالجها المشرع مشكلة الشروط التعسفية التي يدرجها المسير في العقد مثل التجهيزات التي تقع على عاتق الطرف الوطني مما يثقل كاهل ميزانية صاحب المال مما يزيد في تبعيته للخارج ، في حين أن الهدف الأساسي من وراء هذا العقد هي اكتساب الطرف الوطني الخبرة والكفاءة الضرورية للنهوض بالمؤسسة الاقتصادية مستقبلا دون الحاجة إلى التعاقد مع متعاملين أجانب .

كما نجد أن المشرع الجزائري أهمل مسألة ضبط المصطلحات القانونية ، و هي مسألة يمكن أن تثير مشاكل أمام القضاء فيما يخص تكييف العقد و تحديد الالتزامات الناتجة عنه ، حيث استعمل تسمية عقد التسيير بدل تسمية عقد المناجمنت ، وهي التسمية التي تخدم بشكل أوضح الهدف الأساسي الذي تصبو إليه المؤسسة العمومية الاقتصادية في الجزائر من خلال هذا العقد وهو توظيف المعرفة الفنية الملائمة .

تأخر تطبيق عقد التسيير في الجزائر و تطبيقه في القطاع الفندقي دون قطاعات أخرى يعد عائقا آخر يحرم الاقتصاد الوطني من الاستفادة من مزاياه في تطوير نشاط المؤسسة الاقتصادية من خلال الخدمات

التي يقدمها للمؤسسة و المتمثلة في إدارة و الوحدة الاقتصادية و القيام بالتصرفات المادية و القانونية التي تضمن السير الحسن للمؤسسة ، إضافة إلى أنه يعتبر حاليا آلية مهمة للتفويض الاتفاقي للمرفق العام .

بالإضافة إلى أن عقود التسيير المطبقة في القطاع الفندقي في الجزائر كلها عقود دولية ، حيث نلاحظ فيها غياب المستثمر الوطني ، مما يدل على عدم توفر شرط الشهرة المعترف بها في المستثمر الوطني سواء في تسيير الفنادق أو في تسيير قطاعات أخرى ، و من جهة أخرى يكشف التناقض في أحكام عقد التسيير التي أولت أهمية كبيرة للمسير الأجنبي و منحت له امتيازات واسعة على حساب المسير الوطني مما جعله يحجم عن المشاركة في تسيير مؤسسات بلده .

**و رغم أهمية عقد الفرانشيز** إلا أن المشرع الجزائري لم يخصص له نظاما قانونيا كما لم يقم بتنظيمه ضمن القواعد العامة كما هو الشأن بالنسبة لعقد التسيير و عقد تحويل الفاتورة مما أدى إلى بقاء التعامل بعقد الفرانشيز ضعيفا في الجزائر مقارنة بالدول العربية والأجنبية ، وقد فوت ذلك على الاقتصاد الوطني مزايا عديدة تحققها عقود نقل التكنولوجيا عموما و بالأخص عقد الفرانشيز الذي يساهم وبشكل فعال في تحقيق التنمية اقتصادية من خلال استثمارات الشركات الأجنبية في مجال نقل التكنولوجيا .

ينطبق نفس الأمر على عقد الاعتماد المستندي ، حيث أهملت العديد من التشريعات تنظيمه رغم أنه من بين عقود التمويل و الضمان الهامة في التجارة الدولية ، بسبب الاعتماد عليه لتسهيل النشاط التجاري الذي يتم نحو الخارج ، واكتفى المشرع الجزائري بإحالة المسائل المرتبطة به إلى أحكام غرفة التجارة الدولية.

كما يفتقر عقد الترخيص باستغلال العلامة التجارية إلى التنظيم رغم أنه يتم العمل به على أرض الواقع خاصة في مجال الترخيص باستعمال علامة الإنتاج ، و الترخيص باستغلال علامة الخدمة في القطاع الفندقي في الجزائر .

إن إهمال تنظيم العديد من عقود الأعمال و العديد من المسائل القانونية المرتبطة بها نتج عنه أزمة في مجال الأعمال و هي أزمة عقد بدون قانون ، ففي إطار التعامل على المستوى الدولي بدأ التوجه نحو تكريس حرية أطراف العقد لأي نظام قانوني تابع لدولة ما ، وبالتالي إقصاء كل قانون قابل للتطبيق على العقد ، وهو ما خلق أزمة أعاقت إبرام العديد من عقود التجارة الدولية خاصة عقود نقل التكنولوجيا بسبب عدم الاتفاق على قانون ينظم عملية إبرام هذه القانون .

إن تقييم تجربة المشرع الجزائري في مجال تنظيم عقود الأعمال مكننا من تحديد أهم الصعوبات والعراقيل التي تعيق تطبيق هذه العقود في الجزائر بالشكل الذي يتماشى مع التوجهات الحديثة التي انتهجها المشرع الجزائري بشأن الإصلاحات الاقتصادية ، وانطلاقا من ذلك استطعنا التوصل إلى إعداد مجموعة من المقترحات التي حاولنا من خلالها المساهمة في إثراء البحوث السابقة التي نبهت إلى مسائل هامة يؤدي إصلاحها إلى تجاوز العراقيل التي تعيق وضع نظام قانوني لعقود الأعمال في التشريع الجزائري بعيدا عن التكريس العشوائي لهذه العقود ضمن القواعد العامة .

**تتلخص هذه المقترحات في :**

- ضرورة إعادة النظر في أسس و مبادئ النظرية العامة للعقد و جعلها أكثر تكيفا مع ما تعرفه العلاقات التعاقدية من تطور بفعل الانفتاح الاقتصادي و التعامل في إطار التجارة الخارجية ،وكذا التطور على المستوى التكنولوجي و المعرفي .
- على المشرع الجزائري اتخاذ خطوة إيجابية في مجال تجديد أحكام قانون العقود من أجل جعله أكثر مرونة و حداثة أسوة بالمشرع الفرنسي الذي قام بتحديث قواعد القانون المدني الفرنسي وإثرائها بجميع الأحكام الكفيلة بحماية الطرف الضعيف في العقد من خلال إضافة نصوص هدفها تحقيق التوازن المعرفي في العقد .

- العمل على تطوير قانون العقود و اثرائه بالأساليب الحديثة التي كرستها التشريعات الخاصة لاسيما الأحكام المتعلقة بالالتزام بالإعلام و التبصير من أجل تحقيق التوازن المعرفي العقود .
- الاهتمام بالمرحلة السابقة للتعاقد في عقود الأعمال ، عن طريق وضع نصوص قانونية تدعم المركز التفاوضي للطرف الضعيف ، وتحمي إرادته من تعسف الطرف القوي صاحب الخبرة و المعرفة الفنية .
- مراعاة العدالة و المساواة في سن قواعد تنظيم عقود الأعمال من أجل ضمان توازن الالتزامات بين أطراف هذه العقود خاصة في ظل بيئة الأعمال التي تتميز بعدم التكافؤ و وجود الفجوة الاقتصادية .
- إصلاح الأمر رقم 09/96 المتعلق بالاعتماد الايجاري ، خاصة فيما يتعلق بتكييف عقد الاعتماد الايجاري ، و ما يتعلق بالطابع التكميلي للنصوص التي تحدد التزامات المؤجر التمويلي لقطع الطريق أمام استغلال الشركات المؤجرة لهذه النصوص من أجل نقل التزاماتها إلى المستأجر التمويلي ، و من أجل تحقيق التكافؤ بين أطراف عقد الاعتماد الايجاري و لو نسبيا .
- إعادة النظر في تنظيم عقد تحويل الفاتورة ضمن القانون التجاري و تنظيمه ضمن قانون خاص به من أجل إزالة اللبس حول طبيعته بسبب تنظيمه مع الأوراق التجارية ، كما نوصي في هذا الشأن أن تصادق الجزائر على اتفاقية" **أوتاوا** "من أجل الاستفادة من الفاكتورينغ الدولي .
- نوصي بترقية نشاط شركات الاعتماد الايجاري و تحويل الفاتورة و تشجيع إنشاء هذه الشركات في مجال واسع في الجزائر ، و دعم الشراكة مع الشركات الأجنبية المتخصصة في هذا المجال ، و ذلك من خلال دعم النشاط الاستثماري و الاقتصادي و تهيئة المناخ الملائم لممارسة هذا النوع من النشاطات في السوق الجزائرية .

- تقديم تحفيزات جبائية و جمركية لتشجيع العمل بتقنية الاعتماد الايجاري و تحويل الفاتورة .
- تعميم استخدام عقد التسيير في قطاعات أخرى غير قطاع الفندقة خاصة أنه عقد مرن يتلاءم مع ضروريات و حاجات اقتصادية متنوعة ، بالإضافة إلى أنه أثبت نجاحا في مجال الخدمات مما يشجع الاعتماد عليه لتسيير مرافق هامة في الجزائر غير قطاع الفنادق.
- تنظيم عقود الأعمال التي تم استبعادها من دائرة التنظيم خاصة عقود نقل التكنولوجيا و عقود التوزيع لاسيما تنظيم عقد الفرانشيز الذي يعتبر أكثر هذه العقود انتشارا في السوق الوطنية .

# قائمة المصادر والمراجع

# قائمة المصادر المراجع :

**قائمة المصادر** :

1) القرآن الكريم

2) ابن منظور ، محمد ابن مكرم الإفريقي المصري ، **لسان العرب** ، دار صادر ، بيروت ، ط 1 ، د ت.

3) ابن منظور ، **لسان العرب** ، طبعة 5 ، دار المعارف ، القاهرة ، 1998 .

4) أحمد حسن الزيات و زملاؤه ، **المعجم الوسيط في اللغة العربية** ، اسطمبول ، تركيا ، بدون سنة نشر

.

5) **المعجم الوجيز** ، مجمع اللغة العربية ، مطابع شركة الإعلانات الشرقية ، جمهورية مصر العربية 1998

.

**النصوص القانونية** :

**القوانين** :

1) الأمر رقم 20/70 المؤرخ في المؤرخ في 19فيفري 1970، المتعلق بالحالة المدنية ، المعدل و المتمم بموجب القانون رقم 08/14 المؤرخ في 09 أوت 2014.

2) الأمر 02/75 المؤرخ في 09 جانفي 1975 المتضمن المصادقة على اتفاقية باريس للملكية الصناعية المبرمة في 20 مارس 1983 و المعدلة ، **الجريدة الرسمية** عدد 10 المؤرخة في 04 فيفري 1975 .

3) الأمر رقم 58/75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني ، **الجريدة الرسمية** عدد 78 المعدل و المتمم بموجب القانون رقم 10/05 المؤرخ في 20 جوان 2005 ، **الجريدة الرسمية** عدد 44 الصادرة بتاريخ 26 جوان 2010 .

4) الأمر رقم 59/75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 ، المتضمن القانون التجاري ، **الجريدة الرسمية** عدد 101 الصادرة بتاريخ 30 سبتمبر 1975 المعدل والمتمم .

5) القانون رقم 01/89 المؤرخ في 07 فيفري 1989، قانون رقم 01/89 المؤرخ في 07 فيفري 1989 ، متمم للأمر رقم 58/75 ، الذي يتضمن القانون المدني ، **الجريدة الرسمية** عدد 06 الصادرة بتاريخ 08 فيفري 1989 .

6) القانون رقم 12/89 المؤرخ في 5 جويلية 1989 ، المتعلق بالأسعار ، **الجريدة الرسمية** ، العدد 29 الصادرة بتاريخ ، 19 جويلية 1989 .

7) القانون رقم 10/90 المؤرخ في 14 أفريل 1990 الملغى بموجب الأمر رقم 11/03 المتعلق بالنقد و القرض ، الجريدة الرسمية عدد 16 ، الصادرة بتاريخ 18 أفريل 1990 .

8) المرسوم التشريعي رقم 08/93 المؤرخ في 23 أفريل 1993 المتضمن تعديل القانون التجاري **الجريدة الرسمية** عدد 27 الصادرة بتاريخ 27 أفريل 1993 .

9)المرسوم التشريعي رقم 10/93 المؤرخ في 23 ماي 1993 ، المتعلق ببورصة القيم المنقولة ، **الجريدة الرسمية** عدد 34 ، المعدل و المتمم بموجب الأمر رقم 10/96 المؤرخ في 10 جانفي 1996 ، **الجريدة الرسمية** عدد 03 ، المعدل والمتمم بموجب القانون 04/03 المؤرخ في 17 فيفري 2003 ، **الجريدة الرسمية** عدد 32 .

10) الأمر رقم 06/95 المؤرخ في 25 جانفي 1995 ، المتعلق بالمنافسة ، **الجريدة الرسمية** عدد 09 الصادرة بتاريخ 22 فيفري 1995 الملغى بموجب الأمر رقم 03/03 المؤرخ في 19 جويلية 2003 **الجريدة الرسمية** عدد 43 ،الصادرة بتاريخ 20 جويلية 2003 ، المعدل و المتمم بالقانون رقم 05/10 المؤرخ في 15 أوت 2010 **الجريدة الرسمية** عدد 46 الصادرة بتاريخ 18 أوت 2010 .

11) الأمر رقم 09/96 المؤرخ في 10 جانفي 1996 المتعلق بالاعتماد الايجاري ، **الجريدة الرسمية** عدد 03 الصادرة بتاريخ 14 جانفي 1996.

12)القانون رقم 03/2000 المؤرخ في 2003/08/05 الذي يحدد القواعد العامة المتعلقة بالبريد والمواصلات السلكية و اللاسلكية ، **الجريدة الرسمية** عدد 48 الذي ألغي بالقانون رقم 04/18 ،المؤرخ في 2018/05/12 ، الذي يحدد القواعد العامة المتعلقة بالبريد و الاتصالات الالكترونية ،**الجريدة الرسمية** عدد27.

13)القانون رقم 10/01 المؤرخ في 2001/07/03 ، المتضمن قانون المناجم ، **الجريدة الرسمية** عدد 35 المعدل والمتمم بموجب القانون رقم 05/14 المؤرخ في 24 فيفري 2014 ، **الجريدة الرسمية** عدد 18 الصادرة بتاريخ 30 مارس 2014 .

14) القانون رقم 01/02 المؤرخ في 2002/02/05 يتعلق بالكهرباء وتوزيع الغاز بواسطة القنوات **الجريدة الرسمية** عدد 80.

15)الأمر رقم 06/03 المؤرخ في 2003/07/19 المتعلق بالعلامات ، **الجريدة الرسمية** عدد 44 الصادرة بتاريخ 2003/07/23 .

16) الأمر رقم 11/03 المؤرخ في 26 أوت 2003 ، المتعلق بالنقد و القرض ، **الجريدة الرسمية** عدد 52 ، الصادرة بتاريخ 27 أوت 2003.

17) القانون رقم 02/04 المؤرخ في 23 جوان 2004 ، يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية **الجريدة الرسمية** عدد 41 الصادرة بتاريخ 27 جوان 2004 .

18)القانون رقم 12/05 المؤرخ في 2005/08/04 ، يتعلق بالمياه ، **الجريدة الرسمية** عدد 60 المعدل والمتمم بموجب القانون رقم 03/08 المؤرخ في 2008/01/23 ، **الجريدة الرسمية** عدد 04 المعدل والمتمم بموجب الأمر رقم 02/09 ، **الجريدة الرسمية** عدد 44 .

19) القانون رقم 02/06 المؤرخ في 2006/02/20 المتضمن تنظيم مهنة التوثيق ، **الجريدة الرسمية** عدد14 الصادرة بتاريخ 08 مارس2006.

20) القانون رقم 03/06 المؤرخ في 2006/02/20 المتضمن تنظيم مهنة المحضر القضائي ، **الجريدة الرسمية** عدد14 الصادرة بتاريخ 08 مارس 2006.

**21)** الأمر رقم 03/06 المؤرخ في 2006/06/15 المتعلق بالقانون الأساسي للوظيفة العمومية ، **الجريدة الرسمية** عدد 46 الصادرة بتاريخ 16 جويلية 2006.

22)القانون رقم 04/06 المؤرخ في 20 فيفري 2006 يعدل ويتمم الأمر رقم 07/95 المؤرخ في 1995/01/25 يتعلق بالتأمينات ، **الجريدة الرسمية** عدد 15 ، الصادرة بتاريخ 12 مارس 2006 .

23)القانون رقم 12/08 ، المؤرخ في 25 جوان 2008 ، يعدل ويتمم الأمر رقم 03/03 المتعلق بالمنافسة ، **الجريدة الرسمية** عدد 36 ، المعدل و المتمم بالقانون رقم05/10 المؤرخ في 15 أوت 2010 ، **الجريدة الرسمية** عدد 46 ، ، الصادرة بتاريخ 18 أوت 2010 .

24) القانون رقم 09/08 المؤرخ في 25 فيفري 2008 ، المتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجريدة الرسمية عدد 21 الصادرة بتاريخ 23 أفريل 2008 .

25) الأمر رقم 04/10 المؤرخ في 26 أوت 2010، يعدل و يتمم الأمر رقم 11/03 المتعلق بالنقد والقرض، **الجريدة الرسمية** عدد 50 ، الصادرة بتاريخ 01 سبتمبر 2010 .

26) القانون رقم 09/22 المؤرخ في 05 ماي 2022 المتضمن تعديل القانون التجاري ، **الجريدة الرسمية** عدد 22 ، الصادرة بتاريخ 14 ماي 2022.

**النصوص التنظيمية :**

1) المرسوم الرئاسي رقم 44/96 المؤرخ في 1996/01/17 يحدد النظام الداخلي لمجلس المنافسة **الجريدة الرسمية** رقم 05 الصادرة بتاريخ 1996/01/17 .

2) المرسوم الرئاسي رقم 372/2000 المؤرخ في 2000/11/22 المتضمن إحداث لجنة إصلاح الدولة ومهامها **الجريدة رسمية** عدد 71 ، الصادرة بتاريخ 2000/11/26.

3) المرسوم التنفيذي رقم 63/76 المؤرخ في 25 مارس 1976 المتعلق بتأسيس السجل العقاري **الجريدة الرسمية** عدد 30 المعدل والمتمم بالمرسوم التنفيذي رقم 123/93 المؤرخ في 19 ماي 1993 **الجريدة الرسمية** عدد 34 .

4) المرسوم التنفيذي رقم 59/85 المؤرخ في 23 /1985/03 المتضمن القانون النموذجي لعمال المؤسسات و الإدارات العمومية ، **الجريدة الرسمية** عدد 13 ، الصادرة بتاريخ 1985/03/24 .

05) المرسوم التنفيذي رقم 331/95 المؤرخ في 1995/10/29 المتعلق بتأهيل الشركات التي تمارس تحويل الفاتورة ، **الجريدة الرسمية** عدد 64، الصادرة بتاريخ 1995/10/29 .

06)المرسوم التنفيذي رقم 07/96 المؤرخ في 03 جويلية 1996 المتضمن تنظيم مركزية الميزانيات وسيرها **الجريدة الرسمية** عدد 64 الصادرة بتاريخ 22 اكتوبر 1996 .

07) المرسوم التنفيذي رقم 219/05 المؤرخ في 21 جانفي 2005 ، يتعلق بالترخيص لعمليات التجميع ، الجريدة الرسمية عدد 43 الصادرة بتاريخ 29 جانفي 2005 .

08)المرسوم التنفيذي رقم 90/06 الصادر بتاريخ 20 فيفري2006 ، المتعلق بشهر عقد الاعتماد الايجاري للأصول المنقولة، **الجريدة الرسمية** عدد 10 الصادرة بتاريخ26 فيفري 2006 .

09)المرسوم التنفيذي رقم 91/06 الصادر بتاريخ 20 فيفري2006 ، المتعلق بشهر عقد الاعتماد الايجاري للأصول غير المنقولة، **الجريدة الرسمية** عدد 10 الصادرة بتاريخ 26 فيفري 2006 .

10)النظام رقم 05/92 ، المؤرخ في 22 مارس 1992 ، يتعلق بالشروط التي يجب أن تتوفر في مؤسسي البنوك والمؤسسات المالية و مسيريها و ممثليها ، **الجريدة الرسمية** عدد 08 ، الصادرة بتاريخ 07 فيفري 1993 .

11)النظام رقم 03/93 المؤرخ في 1993/07/04 الذي يعدل النظام رقم 01/90 المؤرخ في 1990/06/04 المتعلق بالحد الأدنى لرأسمال البنوك و المؤسسات المالية العاملة في الجزائر الملغى، **الجريدة الرسمية** عدد 01 الصادرة بتاريخ 1994/01/02 .

12) النظام رقم 06/96 المؤرخ في 29 جويلية 1996 الذي يحدد كيفيات تأسيس شركات الاعتماد الإيجاري و شروط اعتمادها ، **الجريدة الرسمية** عدد 66 ، الصادرة بتاريخ 03 نوفمبر 1996 .

13)النظام رقم 01/04 المؤرخ في 04 مارس 2004 الملغي للنظام رقم 01/90 المتعلق بتحديد الحد الأدنى لرأسمال البنوك ، الملغى .

14)النظام رقم 02/05 المؤرخ في 2005/03/05 الذي يعدل ويتمم النظام رقم 01/95 ، **الجريدة الرسمية** عدد 47 الصادرة بتاريخ 2005/07/06 ، المتعلق بالعمليات المصرفية .

15) النظام رقم 02/06 المؤرخ في 24 سبتمبر 2006 الذي يحدد شروط تأسيس بنك و مؤسسة مالية و شروط إقامة فرع بنك و مؤسسة مالية أجنبية ، الجريدة الرسمية عدد 77 الصادرة بتاريخ 02 ديسمبر 2006 .

16)نظام رقم 04/08 المؤرخ في 23 ديسمبر 2008 يتعلق بالحد الأدنى لرأسمال البنوك و المؤسسات المالية العاملة في الجزائر ، **الجريدة الرسمية** عدد ، 72 الصادرة بتاريخ 24 ديسمبر 2008 .

17)النظام رقم 03/18 المؤرخ في 04 نوفمبر 2018 الذي يتعلق بالحد الأدنى لرأسمال البنوك والمؤسسات المالية العاملة بالجزائر ، **الجريدة الرسمية** عدد 43 الصادرة بتاريخ 09 ديسمبر 2018 .

**قائمة المراجع باللغة العربية :**

**الكتب المتخصصة :**

1) ابراهيم سيد أحمد ، **العقود والشركات التجارية** ، الطبعة الأولى ، دار الجامعة الجديدة للنشر الإسكندرية ، مصر ، 1999.3.

2) أبو العلا علي أبو العلا النمر ، **دراسة تحليلية لمبادئ معهد روما " الليونيدروا" المتعلقة بعقود التجارة الدولية** ، الطبعة الأولى ، دار النهضة العربية ، 2000.

3) أمل محمود شلبي ، **التنظيم القانوني للمنافسة** ، دراسة مقارنة ، بدون طبعة ، المكتب الجامعي الحديث ، الإسكندرية ، مصر ، 2008 .

4) أحمد حمصي ، **الحقوق التجارية الدولية – عقد الفرانشايز و آثاره** ،بدون دار نشر ، بدون سنة نشر.

5) حسن محمد حمدان ، **الحماية القانونية للفرانشايزي** ، –دراسة مقارنة –،منشورات الحلبي الحقوقية لبنان 2008 .

6) جبار رقية ، **النظام القانوني لعقود الأعمال في التشريع الجزائري**، مقال ضمن كتاب جماعي حول عقود الأعمال ، جامعة يحي فارس المدية ،منشورات مخبرة السيادة والعولمة ، الجزائر 2020/2019.

7) ذكري عبد الرزاق محمد ، **عقد شراء فواتير الديون التجارية من الوجهتين العملية و القانونية** ،بدون طبعة ، دار الجامعة الجديدة ، مصر ، 2010 .

8) سمير حامد عبد العزيز الجمال ، **التعاقد عبر تقنيات الاتصال الحديثة ( دراسة مقارنة )** ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2006 .

9) شريف مصطفى كمال طه ،**النظام القانوني للتأجير التمويلي – دراسة نقدية في القانون الفرنسي** الطبعة الأولى ، دار الفكر الجامعي ، مصر ، 2015 .

10) عبد الرحمان السيد قرمان ، **عقد التأجير التمويلي** ، دار النهضة ، القاهرة ، 1997 ،

11) عصام أنور سليم ، **النظرية العامة للإثبات في المواد المدنية والتجارية** ، الطبعة الأولى منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، لبنان ، 2010 .

12) عمر سعد الله ، **قانون التجارة الدولية ( النظرية المعاصرة )** ،الطبعة الثانية ،دار هومة ،مصر 2009.

13) عمر سعد الله ، **القانون الدولي للأعمال** ، الطبعة الثانية ، دار هومة للطباعة و النشر والتوزيع الجزائر ، 2012.

14) كمال آيت منصور ، **عقد التسيير** ، دار بلقيس ، الدار البيضاء ، الجزائر ، بدون طبعة ، بدون سنة نشر.

15) كمال فتحي دريس ، **الاتفاق على التحكيم في منازعات عقود الأعمال** ، مقال ضمن كتاب جماعي حول عقود الأعمال ، جامعة يحي فارس المدية ،، منشورات مخبر السيادة و العولمة 2020/2019 .

16) محمد زهدور ، **الموجز في الطرق المدنية للإثبات في التشريع الجزائري** ، الطبعة الأولى ، الجزائر،1991

17) معين فندي الشناق ، **الاحتكار و الممارسات المقيدة للمنافسة في ضوء قوانين المنافسة والاتفاقيات الدولية** ، بدون طبعة ، دار الثقافة للنشر و التوزيع عمان ، الأردن ، 2010 .

18) مغبغب نعيم ، **الفرنشايز**، طبعة 01 ، منشورات الحلبي الحقوقية ، سوريا ، 2006 .

19) نادر عبد العزيز شافي ، **عقد الليزينغ ( دراسة مقارنة )** ، الجزء الأول ، المؤسسة الحديثة للكتاب لبنان ، 2004 .

20) نجوى براهيم البدالي ، **عقد الايجار التمويلي** ، بدون طبعة ، دار الجامعة الجديدة للنشر ، مصر 2005 .

21) نجيم أهتوت ، **الوجيز في القانون التجاري** ، الطبعة الأولى ، المغرب ، 2020.

22) وليد علي ماهر ، **عقود الفرانشايز، دراسة مقارنة** ، ب ط ، مركز الدراسات العربية للنشر والتوزيع 2018 .

23) هاني محمد دويدار ، **الأرض كموضوع للتأجير التمويلي** ، دراسة في ضوء القانون رقم 1995، دار الجامعة ، الاسكندرية ، مصر ، 1999 .

**الأطروحات و المذكرات :**

**أطروحات الدكتوراه :**

1) آيت ساحد كهينة ، اختلال توازن الالتزامات في عقد الاعتماد الايجاري ، **أطروحة لنيل درجة دكتوراه في العلوم تخصص القانون** ، جامعة مولود معمري ، تيزي وزو ، 2016 .

2) أعميور فرحات ، تنظيم الالتحاق بالمهنة البنكية في التشريع الجزائري ، **أطروحة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه في علوم الحقوق** ، تخصص قانون خاص ، جامعة الحاج لخضر باتنة ، 2017/2016 .

3) أمال بوروح ، النظام العام و العقد ، **أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه العلوم في القانون الخاص** جامعة الجزائر 1 ، 2019/2018 .

4) بعجي أحمد ، تأثير التوجيه التشريعي على النظرية العامة للعقد ، **أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه تخصص القانون المدني و قانون التأمين** ، جامعة الجزائر 01 ، 2019/2018 .

5) بن بريح أمال ، عقد الاعتماد الايجاري كآلية للتمويل ، **أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم تخصص قانون** ، جامعة مولود معمري تيزي وزو ، 2015 .

6) بن نوي صالح ، ضمانات تنفيذ عقد الاعتماد الايجاري للمنقولات ، **أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه تخصص العقود والمسؤولية** ، جامعة الجزائر 01 ، 2020،2021.

7) بوطبالة معمر ، الاطار القانوني لعقد التفاوض ، **أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم تخصص قانون عام** ، جامعة الاخوة منتوري ، قسنطينة ، 2017/2016 .

8) بوعش وافية ، عقد ترخيص استغلال العلامة التجارية و قواعد المنافسة ، **أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم تخصص قانون** ، جامعة تيزي وزو ، 2020

9) تقار مختار ، تراجع الدور القضائي في مجال الضبط الاقتصادي في ظل التشريع الجزائري، **أطروحة دكتوراه في القانون العام** ، تخصص قانون عام اقتصادي ، جامعة غرداية ، 2020/2019 ، ص ب.

10) جديد حنان ، الرخص الإدارية ودورها في الضبط الاقتصادي ، **أطروحة دكتوراه تخصص القانون العام للأعمال** ، جامعة غرداية ، 2018/2017 .

11) جريفيلي محمد ، حماية المستهلك في نطاق العقد ، **رسالة لنيل شهادة الدكتوراه تخصص قانون خاص معمق** ، جامعة أدرار ، 2015/2017،

12) جلال مسعد ، مدى تأثر المنافسة الحرة بالممارسات التجارية ، **مذكرة لنيل الدكتوراه في القانون فرع قانون أعمال** ، جامعة مولود معمري : تيزي وزو ، 2012.

13) خدوش الدراجي ، الاعتماد الايجاري العقاري (دراسة مقارنة) ، **مذكرة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه تخصص قانون أعمال** ، جامعة محمد خيضر بسكرة ،2018/2017 .

14) دليلة مختور ، تطبيق أحكام قانون المنافسة في إطار عقود التوزيع ، **أطروحة دكتوراه في العلوم تخصص قانون** ، جامعة مولود معمري تيزي وزو ، 2015 .

15) زوبة سميرة ،الأحكام القانونية المستحدثة لحماية المستهلك المتعاقد ، **رسالة لنيل رسالة الدكتوراه في القانون** ، جامعة مولود معمري تيزي وزو ، 2016 .

16) سليماني مصطفى ، وسائل الإثبات و حجيتها في عقود التجارة الالكترونية في التشريع الجزائري والمقارن ،**رسالة دكتوراه تخصص قانون عام معمق** ، جامعة أدرار ، 2020/2019، ص 94.

17) فاضل خديجة ، عيممة العقد ، **أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون** ، جامعة الجزائر 1 . 2015/2014

18) قندلي رمضان ، عقود التوزيع ، **أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم تخصص قانون الأعمال** ، جامعة الجيلالي ليابس سيدي باعباس ، 2018/2017 .

19) لعور بدرة ، آليات مكافحة جرائم الممارسات التجارية في التشريع الجزائري ، **أطروحة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه تخص قانون أعمال** ، جامعة محمد خيضر بسكرة ، 2014/2013.

20) ماديو ليلى ، دور عملية تحويل الفواتير في تنمية التجارة الدولية ، جامعة مولود معمري ، تيزي وزو **أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم تخصص قانون** ، 2019/2018.

21) محمد بوكماش،سلطة القاضي في تعديل العقد في القانون المدني الجزائري و الفقه الإسلامي، **بحث مقدم لنيل مذكرة الدكتوراه تخصص شريعة و قانون** ، الحاج لخضر ، باتنة ، 2012/2011 .

22) منصور داود ،الآليات القانونية لضبط النشاط الاقتصادي في الجزائر ، **أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في الحقوق** ، تخصص قانون أعمال ، جامعة محمد خيضر بسكرة ، 2016/2015 .

23) ميلاط عبد الحفيظ ، النظام القانوني لتحويل الفاتورة ، **أطروحة دكتوراه علوم تخصص قانون** جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان ، 2012/2011 .

24) هشام بن الشيخ ، عقد الاعتماد الايجاري للأموال غير المنقولة ، **أطروحة دكتوراه علوم تخصص قانون**، تخصص قانون خاص ، جامعة باتنة ، 2018 .

**مذكرات الماجستير :**

1) بشار جمال نمر ، عقد التأجير التمويلي طبيعته و آثاره ، **رسالة ماجستير في القانون التجاري**، جامعة بيرزيت فلسطين ، 2000 .

2) بلهامل هشام ، آثار عقد الاعتماد الايجاري في التشريع الجزائري ، **مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في القانون** ، جامعة سكيكدة ، 2014/2013 .

3) بن النية أيوب ، الإثبات في المسائل التجارية ، **مذكرة ماجستير تخصص قانون أعمال** ، جامعة قسنطينة ، 2014/2013 .

4) بن عشي أمال ، دور عقد تحويل الفاتورة في تمويل وتحصيل الحقوق التجارية ، **مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في القانون العام** ، جامعة قسنطينة ، 2014/2013 .

5) بوحلايس الهام ، الاختصاص في مجال المنافسة ، **مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص** ، جامعة منتوري قسنطينة ، 2005/2004 .

6) بوشارب ايمان ، حماية المستهلك من الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك ، **مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير** ، تخصص قانون العقود المدنية ، جامعة أم البواقي ، 2012،2011 .

**7**) بوفلجة عبد الرحمان ، دور الارادة في المجال التعاقدي على ضوء القانون المدني الجزائري ، **مذكرة لنيل شهادة الماجستير** ، جامعة ابو بكر بلقايد تلمسان ، 2008/2007 .

8) بوقعود نور الهدى ، الموازنة بين طرفي عقد الفرانشيز ، **مذكرة تكميلية لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص** ، تخصص قانون العقود ، جامعة جيجل ، 2016 .

9) جليل أمال ، تأثير قانون حماية المستهلك على عقد البيع ، **مذكرة ماجستير تخصص قانون الأعمال المقارن** ، جامعة وهران ، 2012/2011 .

10) حسني صلاح الدين ، شروط تكوين عقد الاعتماد الايجاري ، ( دراسة مقارنة ) ، **مذكرة لنيل شهادة الماجستير تخصص قانون الأعمال المقارن** ، جامعة وهران ، 2012/2011.

**11**) حوالف عبد الصمد ، الإطار القانوني لعقد الاعتماد الايجاري ( الليزينغ ) – دراسة مقارنة – **مذكرة لنيل شهادة الماجستير تخصص عقود و مسؤولية** ،جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، 2009/2008.

**12**) دعاء طارق بكر البشتاوي ، عقد الفرانشايز وآثاره ، **رسالة ماجستير في القانون الخاص** ، جامعة النجاح الوطنية ، فلسطين ، 2008 .

13) رباح سعيدة ، الحماية العقدية للمستهلك في التشريع الجزائري ، **مذكرة ماجستير تخصص قانون أعمال** ، جامعة سطيف ، 2014/2013 .

14) سعود علام ، الضبط الاقتصادي في مجال المنافسة ، **مذكرة ماجستير في القانون تخصص القانون الاقتصادي** ، جامعة ابن خلدون تيارت ، 2013.

15) صفاء عمر خالد بلعاوي ، النواحي القانونية في عقد التأجير التمويلي و تنظيمه الضريبي ، **مذكرة ماجستير** ، جامعة النجاح الوطنية فلسطين ، 2005 .

16) عبد الله محمد أمين القضاة ، آثار عقد الفرانشيز وانقضاؤه ، **رسالة ماجستير تخصص قانون خاص** جامعة الشرق الأوسط ، العراق ، 2015 .

17) عروسي ساسية ، الطبيعة القانونية لعقد الفرانشيز ، **مذكرة ماجستير في القانون الخاص** ، جامعة سطيف 2 ، 2015 .

18) عياد كرالفة أبو بكر ، الاتفاقات المحظورة في قانون المنافسة ، **مذكرة لنيل شهادة ماجستير في الحقوق** تخصص قانون الأعمال المقارن ، جامعة وهران ، 2014/2013 .

19) عيسى بخيت ، طبيعة عقد الايجار التمويلي و حدوده القانونية ( دراسة مقارنة ) ، **مذكرة مقدرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق** في إطار مدرسة الدكتوراه تخصص عقود ومسؤولية ، جامعة امحمد بوقرة ، بومرداس ، 2011/2010 .

20) قوسم غالية ، التعسف في وضعية الهيمنة على السوق في القانون الجزائري على ضوء القانون الفرنسي **مذكرة لنيل درجة ماجستير في القانون** ، فرع قانون أعمال ، جامعة أمحمد بوفرة بومرداس 2007/2006.

21) مصطفى تركي حومد الجوراني ، آثار عقد الفاكتورينغ في التشريعين الأردني والعراقي (دراسة مقارنة) **رسالة ماجستير في القانون الخاص** ، جامعة الشرق الأوسط ، العراق ، 2015 .

22) نجاة بن جوال، النظام القانوني للتجميعات الاقتصادية في ظل قانون المنافسة ، **مذكرة مكملة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق** ، جامعة محمد بوضياف المسيلة ، 2015/2014 .

**23**) يحياوي يوسف ، الشكلية غير المباشرة وأثرها على فعالية العقود ، **مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص** فرع العقود والمسؤولية ، جامعة الجزائر 01 ، 2014/2013 .

**مذكرات التخرج من المدرسة العليا للقضاء :**

1) عماري بلقاسم ، مجلس المنافسة ، مذكرة تخرج لنيل شهادة المدرسة العليا للقضاء ، 2006/2005 .

2) قوعراب فريزة ، ردع الممارسات المنافية للمنافسة في التشريع الجزائري ، **مذكرة تخرج لنيل شهادة المدرسة العليا للقضاء** ، 2008/2007.

**محاضرات جامعية :**

**1**) الموسوس عتو ، **محاضرات في القانون التجاري** ، موجه لطلبة السنة ثانية جذع مشترك ، جامعة غليزان ، 2021 ، 2022 .

**2**) بوعش وافية ، **محاضرات في عقود الأعمال** ، موجهة لطلبة سنة أولى ماستر ، جامعة محمد الصديق بن يحي جيجل ، بدون سنة نشر .

2) رقية سكيل ، **محاضرات في مادة طرق الإثبات** ، السنة الثالثة حقوق تخصص القانون الخاص ، كلية الحقوق و العلوم السياسية ، جامعة حسيبة بن بوعلي ، الشلف ، السنة الجامعية 2020/2019 .

3) كوسام أمينة ، **محاضرات في مادة النظرية العامة للعقد** ، السنة الأولى ماستر ،تخصص قانون عام معمق جامعة سطيف ، بدون سنة نشر .

**المقالات و المداخلات :**

**المقالات :**

**1**) أحمد بعجي ، من أجل إصلاح النظرية العامة للعقد ، **مجلة بحوث جامعة الجزائر 1** ، الجزائر،الجزء الأول العدد 14 ، 2020 .

**2**) إرزيل الكاهنة ، نحو التراجع عن السلطات الإدارية المستقلة الضابطة للنشاط الاقتصادي في القانون الجزائري ، **المجلة القانونية للبحث الإداري** ، جامعة مولود معمري تيزي وزو ، الجزائر ، المجلد 11 العدد01 ، 2020 .

3) إرزيل الكاهنة ، عن إخضاع عقد الأعمال للقانون ، **مجلة العلوم القانونية و السياسية** ، جامعة الوادي ، الجزائر ، المجلد 10 العدد 01 ، السنة 2019 .

**4**) أومحمد حياة زوجة مخلوفي ، حدود حرية التعاقد في عقود التوزيع الاستئثارية ، **المجلة الأكاديمية للبحث القانوني** ، جامعة عبد الرحمان ميرة بجاية ، الجزائر ، المجلد 13 ، العدد 01 ، السنة 2020 .

5) أنور مطاوع منصور محمد ، الحماية القانونية للطرف الضعيف في عقود الفرانشيز في القانونين المصري والفرنسي ، **مجلة الدراسات القانونية** ، جامعة أسيوط ، مصر ، العدد 56 ، يونيو 2022 .

**6**) بشير سليم و بوزيد سليمة ، الالتزام بالإعلام وطرق تنفيذه وفقا لقانون حماية المستهلك و قمع الغش 03/09 ، **مجلة الحقوق و الحريات في الأنظمة المقارنة** ، جامعة محمد خيضر بسكرة ، الجزائر،عدد 4 ، 2017.

**7**) بقداد كمال ، حرية الإثبات في المادة التجارية ، **مجلة القانون** ، جامعة غليزان ، الجزائر ، العدد الثالث ، جوان 2012 .

8) بلحارث ليندة ، دور مجلس المنافسة في ضبط المنافسة الحرة ، **مجلة معارف** ، جامعة البويرة ، الجزائر العدد21 ، ديسمبر 2016 .

9) بن ساحة يعقوب ، بن لخضر محمد ، التحول الاقتصادي للدولة الجزائرية : إشكالية مفهومية السلطات الإدارية المستقلة ، **مجلة آفاق للعلوم** ، جامعة زيان عاشور الجلفة ، الجزائر ، المجلد 05 عدد17 ، سبتمبر 2017 .

**10)** بن عزة محمد ، دراسة في مبادئ حرية المنافسة ضمن قانون المنافسة الجزائري ، **مجلة الندوة للدراسات القانونية**، العدد الأول ، سنة 2013 .

**11)** بوراس لطيفة ، نظرية العقد في مواجهة التحديات الاقتصادية ، **مجلة بحوث جامعة الجزائر 1** الجزء الأول ، العدد 14، 2020 .

**12)** بودهان أحلام ، عمارة مسعود ، مبدأ سلطان الإرادة في عقود نقل التكنولوجيا بين الحرية والتقييد **مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية** ، جامعة محمد بوضياف المسيلة ، الجزائر ،المجلد 05، العدد02، السنة 2020.

13) بوعش وافية ، عن اختلال التوازن العقدي في عقد ترخيص استغلال العلامة التجارية ، **مجلة أبحاث قانونية و سياسية** ، محمد الصديق ابن يحي جيجل ، الجزائر ، العدد السادس ، جوان 2018 .

**14)** بوعش وافية ، عن مبدأ اختلال التوازن العقدي في عقد الأعمال ،**مجلة القانون** ، جامعة غليزان الجزائر ، مجلد 11 ، العدد 01 ،2022 .

15) بوخرص عبد العزيز ، خروج المشرع الجزائري عن أحكام شركة المساهمة في تأسيس البنوك والمؤسسات المالية ، **مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية و السياسية** ، جامعة محمد بوضياف المسيلة ، الجزائر ، العدد 11 ، سبتمبر 2018 .

16) بوقلاشي عماد ، كسيرة سمير ، الاعتماد الايجاري كبديل مستحدث لتمويل المؤسسات الصغيرة والمتوسطة في **الجزائر** ، **المجلة الجزائرية للعولمة و السياسات الاقتصادية** ، جامعة الجزائر 3 ، العدد 05 ، 2014 .

17) تغريبت رزيقة ، المركز الممتاز للمؤجر التمويلي في عقد الاعتماد الايجاري وفقا للأمر رقم 09/96 **المجلة الأكاديمية للبحث القانوني** ، جامعة عبد الرحمان ميرة بجاية ، الجزائر ، مجلد 10 ، العدد 03 . 2019

**18)** جيلالي بن عيسى ، بن قردي أمين ، عقود الإذعان بين اختلال الالتزامات التعاقدية و الحماية القانونية للمذعن ، **مجلة الأكاديمية للبحوث في العلوم الاجتماعية** ، المجلد 1 ، العدد 1 ، ديسمبر . 2019

19) جلجل رضا محفوظ ، تأسيس البنوك و المؤسسات المالية في الجزائر ، **مجلة البحوث في الحقوق والعلوم السياسية** ، جامعة ابن خلدون تيارت ، الجزائر ، المجلد 03 ، العدد 02 ، 2018/06/04 .

20) حاتم مولود ، إدراج الالتزام بالتبصير في إصلاح القانون المدني الفرنسي لسنة 2016 و أثره على نظرية الالتزام في القانون المدني الجزائري ، **المجلة الدولية للبحوث القانونية والسياسية** ، جامعة الوادي الجزائر ، المجلد 03 العدد 02 ، أكتوبر 2019 .

21) حميدي أحمد ، الاعتماد الايجاري وسيلة تنمية متاحة في الجزائر، **مجلة الأكاديمية للدراسات الاجتماعية والإنسانية** ، جامعة الجزائر 3 ، عدد17 ، جانفي 2017 .

22) حمدي بارود ، المبادئ التي تحكم التفاوض في العقود الدولية لنقل التكنولوجيا و مضمون الالتزام بها **مجلة الجامعة الإسلامية** ، المملكة العربية السعودية ، العدد الأول ، 2008.

23) دحماني محمد الصغير ، مدى تطبيق "مبدأ حرية الإثبات " في المواد التجارية والبحرية ، **مجلة قانون النقل والنشاطات الميدانية** ، جامعة امحمد بن أحمد وهران 2 ، الجزائر ، المجلد 01 العدد 01 ، السنة 2014.

24) رايس محمد ، حجية الإثبات بالتوقيع الالكتروني طبقا لقواعد القانون المدني الجزائري الجديد، **المجلة الجزائرية للقانون المقارن** ، جامعة ابو بكر بلقايد تلمسان ، الجزائر ، العدد01 ، بدون سنة نشر .

25) ربيعة بن عزوز، إشكالية تقنين عقود الأعمال في الجزائر ، **مجلة حقوق الإنسان و الحريات العامة** جامعة مستغانم ، عدد 5 ، جانفي 2018 .

26) رشيد ساسان ، المسؤولية عن الإعلام ما قبل التعاقدي ، **مجلة التواصل في الاقتصاد والإدارة والقانون** ، جامعة باجي مختار عنابة ، الجزائر ، عدد 39 ، سبتمبر 2014

27) رشيد ساسان ، التأسيس القانوني للالتزام بالإعلام ما قبل التعاقدي في مجال عقود الأعمال – عقد الترخيص التجاري نموذجا –، **مجلة العلوم القانونية** ، جامعة ابن خلدون تيارت ، الجزائر ، العدد 03 جوان 2011 .

28) زرقاط عيسى ، تأثير المنظومة الجرمانية على التشريع الجزائري في مجال البطلان ، **مجلة دفاتر السياسة و القانون** ، جامعة قاصدي مرباح ورقلة ، الجزائر ، المجلد 02 ، العدد 03، 2010/06/01.

29) زمام جمعة ، تحديث النظرية العامة للعقد ( في ضوء ظاهرة التخصيص التشريعي ) ، **مجلة البحوث والدراسات القانونية والسياسية** ، جامعة التكوين المتواصل ، الجزائر ، العدد 2 ، 2017/06/01.

30) زوامبية رشيد ، أزمة سلطات الضبط المستقلة في القانون الجزائري ، **المجلة الأكاديمية للبحث القانوني** ، جامعة عبد الرحمان ميرة بجاية ، الجزائر ، المجلد12 ، العدد 3 ، السنة 2021.

31) زكريا غطراف ، القواعد الناظمة لعقود التوزيع –عقد الامتياز التجاري نموذجا – **مجلة الفقه والقانون** ، المغرب ، عدد 08 ، 2013 .

32) ساسية عروسي ، عقد الفرانشيز و الممارسات المقيدة للمنافسة ، **مجلة البحوث في العقود وقانون الأعمال** ، جامعة منتوري قسنطينة ، الجزائر ، المجلد 05 ، العدد 02 ، السنة 2020 .

33) سوالم سفيان ، الحماية القانونية للمتعاقد من الشروط التعسفية في التشريع الجزائري ، **مجلة جيل الأبحاث القانونية المعمقة** ، العدد الرابع ، جوان 2016 .

34) سماح طلحي ، عبد القادر عوادي ، نسرين عوام ، دور عقد تحويل الفاتورة في تمويل المؤسسات الصغيرة و المتوسطة في الجزائر ، **مجلة الاقتصاد و التنمية المستدامة** ، العدد 02 ، 2021.

35) شنعة أمينة ، النظام القانوني لتأسيس المؤسسات البنكية في التشريع الجزائري ، **مجلة الحقوق والحريات** ، جامعة أحمد زبانة غليزان ، الجزائر ، مجلد 09 عدد 02 ، 2021/10/31 .

36) شيخ ناجية ، دور الهيئات القضائية في حماية المنافسة ، **مجلة العلوم الإنسانية** ، جامعة محمد خيضر بسكرة ، الجزائر ، عدد 51 ، جوان 2019.

37) صليحة بن علي ، تحديد صفة التعاقد وسيلة لتحقيق المصلحة العامة من العقد ، **مجلة البحوث في الحقوق و العلوم السياسية** ، جامعة ابن خلدون تيارت ، الجزائر ، المجلد 08 ، العدد 01 ، السنة 2022 .

38) عبدو محمد ، التفاوض في عقود الأعمال بين الطبيعة المادية و الطبيعة العقدية و آثاره ، **مجلة البحوث و الدراسات القانونية و السياسية** ، جامعة البليدة 2 ، الجزائر ، المجلد 07 العدد 1، السنة 2018.

39) عسالي عبد الكريم ، إعفاء المؤجر التمويلي من التزاماته العقدية –دراسة نقدية للأمر رقم 09/96 يتعلق بالاعتماد الايجاري – **المجلة الأكاديمية للبحث القانوني** ، جامعة عبد الرحمان ميرة بجاية الجزائر ، المجلد 14 ، العدد 02-2016 .

40) فتحي بن زيد ، الأهمية الاقتصادية لعقد الفرانشيز : دراسة مقارنة بين ( الجزائر و تونس والمغرب) **مجلة تحولات جامعة ورقلة** ، العدد الأول ، يناير 2019 .

41) قردوح ليندة ، البطلان في قانون المنافسة كدعامة لإعادة التوازن العقدي ، **مجلة البحوث في العقود وقانون الأعمال** ، العدد الخامس ، ديسمبر 2018 .

42) لحاق عيسى ، زروق مروان ،النظام القانوني للعقود التجارية ، **مجلة الحقوق و العلوم الانسانية** جامعة زيان عاشور الجلفة ، الجزائر ، العدد الاقتصادي (30) 2 ، 2015/8/1.

43) محمد خليفي ، ضرورة استقلالية سلطات الضبط الاقتصادي ، في القانون الجزائري ، **مجلة الحقوق و الحريات** ، جامعة محمد خيضر بسكرة ، الجزائر، المجلد 10 ، العدد 02 ، 2022 .

44) محمود حمودة صالح ، عقود الإذعان والممارسات المعيبة المصاحبة لها ، **مجلة الشريعة والدراسات الإسلامية** ، جامعة افريقيا العالمية ، السودان ، العدد الثالث ، 2004 .

45) مزغيش عبير ، التعسف في استغلال وضعية التبعية الاقتصادية كممارسة مقيدة للمنافسة ، **مجلة الفكر** ، جامعة محمد خيضر بسكرة ، الجزائر ، العدد 11 ، 2014/09/25 .

46) مسلم الطاهر ، حماية المتلقي من الشروط التعسفية في عقد الفرانشيز ، **المجلة الجزائرية للحقوق و العلوم السياسية** ، جامعة تتيسمسيلت ، الجزائر ، العدد الرابع ، ديسمبر 2017 .

47) مصطفى موسى العجارمة ، الشكلية كقيد على الإرادة عند تكوين العقد وفقا لأحكام القانون المدني الأردني ، **مجلة جامعة القدس المفتوحة للبحوث الإنسانية والاجتماعية** ، فلسطين ، العدد 45 ،السنة 2018 .

48) ميثاق طالب عبد حمادي ، نهى خالد عيسى ، حدود مبدأ حرية الإثبات في المسائل التجارية (دراسة مقارنة ) ، **مجلة العلوم الاجتماعية** ، جامعة عمار ثليجي ، الأغواط ، الجزائر ، المجلد 06 عدد05 سنة 2019.

49) ميمون الطاهر ، سلطات الضبط الاقتصادي في الجزائر ، **مجلة أبحاث و دراسات التنمية** جامعة محمد بوضياف المسيلة ، الجزائر ، المجلد09 ، العدد 01 ، جوان 2022 .

50) نايت سيدي أحمد كريمة ، إشكالية الالتزام بالإعلام في عقد الفرانشيز ، **المجلة النقدية** ، العدد 2، 2018/11/04.

51) هجيرة تومي ، سامية بويزري ، نظرية البطلان في القانون المدني الجزائري ، **المجلة الأكاديمية للبحوث القانونية و السياسية** ، جامع عمار ثليجي الأغواط ، الجزائر ، المجلد الخامس ، العدد الأول السنة 2021.

52) هدى سمير داود ، شروق عباس فاضل ، ضمان العيوب الخفية في عقد التأجير التمويلي ، **المجلة الأكاديمية للبحوث القانونية والسياسية** ، جامعة عمار ثليجي الأغواط ، الجزائر ، المجلد 04 ،العدد 02 ، 2020.

53) هيلان عدنان احمد ، الاعتبار الشخصي في التعاقد ، **مجلة كلية القانون للعلوم القانونية والسياسية ، جامعة العراق** ، المجلد 8 ، العدد 29 ، السنة 2019.

**المداخلات :**

1) أحمد بعجي ، تحديد صفة المتعاقد في عقود الأعمال ، الملتقى الوطني الموسوم ب : **مبدأ سلطان الإرادة في عقود الأعمال بين الحرية و التقييد** ، كلية الحقوق جامعة امحمد بوقرة بومرداس ، 06، 07 نوفمبر 2017.

**2)** بن حملة سامي ، عدم التوازن العقدي في عقود الأعمال و معالجته في قانون المنافسة ، **مداخلة ضمن الملتقى الوطني الموسوم ب مبدأ سلطان الإرادة في عقود الأعمال بين الحرية والتقييد** ، يومي 06 07 نوفمبر 2017.

3) سامية حساين ، تطور النظام القانوني لعقود الأعمال في القانون ، **الملتقى الوطني الموسوم ب مبدأ سلطان الإرادة في عقود الأعمال بين الحرية و التقييد** ، جامعة امحمد بوقرة بومرداس ، 06، 07 نوفمبر 2017.

**4)** شيخ ناجية ، الشكلية كقيد على الإرادة التعاقدية في عقد الاعتماد الايجاري ، **مداخلة من الملتقى الوطني حول مبدأ سلطان الإرادة في عقود الأعمال بين الحرية و التقييد** ، جامعة امحمد بوقرة بومرداس يومي 06،07 نوفمبر 2017 .

5) قبايلي الطيب ، الطبيعة القانونية لعقد التسيير وفقا للقانون الجزائري ، **مداخلة من الملتقى الوطني مبدأ سلطان الإدارة في عقود الأعمال بين الحرية والتقييد** ، جامعة امحمد بوقرة بومرداس ، يومي 06 و 07 نوفمبر 2017 .

**6)** هني عبد اللطيف ، إعادة التفاوض في العقود آلية لتجسيد مبدأ سلطان الإرادة ، **مداخلة في الملتقى الوطني " مبدأ سلطان الإرادة في عقود الأعمال بين الحرية والتقييد** ، جامعة امحمد بوقرة ، بومرداس يومي 06 و 07 نوفمبر 2017 .

**المراجع باللغة الأجنبية :**

## Textes juridiques:

**1**/Instruction N°2000-05 du 30/04/2000 , portant condition pour L'exercice des fonction de dirigeant des banques et des établissements financiers ainsi que représentation et des succursales des banque et établissements financiers étrangers, www. Bank .of. algeria.dz.

## Ouvrages généraux et spéciaux :

**1**/Alain Cohein, **le crédit bail immobilier et la réforme de 1995**, 3eme édition, éditions Dalloz, Paris , 1996.

**2/** BERLY Jean-Michel, "**La qualité de maitre d'ouvrage de crédit-bailleur immobilier qui achète le terrain et fait construire pour son compte l'immeuble objet du contrat**", janvier / février, R.D.I, éditions Dalloz , Paris, 2003.

**3/** Cabrillac , **Répertoire de droit civil** ,2° édition , Dalloz ,1995.

**4/** FRISON-ROCHE, Marie-Anne, « **Concurrence et contrat », Revue trimestrielle de droit civil**, n° 03, juillet septembre 2004.

**5/** Elmokhtar Bey , Christian Gavalda, **Le crédit bail mobilier, Que sais-je? PUF** éditions Dalloz Paris, 1981.

**6/** Gérard Légier ,**droit civil ,les obligations**,16ed, éditions Dalloz,1998.

**7**/HANSE Oliver and SUSAN Dionne, The New Virtual Money-Law and Practice Kluwer Law International Press, New York, 1999.

**8/** Pascal Ancel, Christophe Jamin, Denis Mazeaud ,**La nouvelle crise du contrat** éditions Dalloz,2003.

**9/** Philippe Malaurie- Lourent aynés - et Philippe Stoffel-Munck., **Droit des obligations**, édition LGDJ7° paris ,2015

**10/** René Rodiere –Jean- louis , rivers- lange, **droit bancaire** , éditions Dalloz, Paris 1975.

**11/** WALTER Roland, **Qu'est-ce que le leasing-entreprise**, éd Dumod, Paris, 1973.

## THESES ET MEMOIRES :

**1/** Merrye Hervieu , Les Autorités Administratives indépendantes et le renouvellement du Droit commun des contrats, **thèse de doctorat**, université panthéon ASSAS(PARIS II), dalloz, 2012.

**2/** Larroumet , Christian, **les opérations juridiques à trois personnes en droit privé**, **thèse de doctorat** ,université de Bordeaux , faculté de droit et des séance économiques 1976.

**3/** Jean. Pasceal. Chazal,De la puissance économique en droit des obligations, **thèse, Grenoble,** 1996.

# فهرس المحتويات

## الفهرس :

**مقدمـــــــة** أ

**الباب الأول**

**تراجع مبدأ *حرية* التعاقد في إبرام عقود الأعمال**

**الفصل الأول**

**تحديد صفة المتعاقد في عقود الأعمال *:* استثناء عن مبدأ حرية التعاقد** **3**

**المبحث الأول : تحديد صفة المتعاقد في عقود الأعمال : وسيلة لتحديد المتعاقد المناسب** .....5

المطلب الأول: شروط تحديد صفة المتعاقد في عقود الأعمال .....6

الفرع الأول: شرط الشكل القانوني في صفة المتعاقد .....6

أولا : صفة المؤجر في عقد الاعتماد الايجاري.....7

ثانيا : صفة الوسيط في عقد تحويل الفاتورة .....12

الفرع الثاني: شرط الاعتبار الشخصي في صفة المتعاقد.....17

أولا : مظاهر الاعتبار الشخصي في صفة المؤجر في عقد الاعتماد الايجاري.....18

ثانيا : مظاهر الاعتبار الشخصي في صفة الوسيط في عقد تحويل الفاتورة.....25

المطلب الثاني: فرض الإجراءات الإدارية لتقرير صفة المتعاقد.....26

الفرع الأول: الإجراءات الإدارية .....27

أولا : الترخيص .....27

ثانيا : الاعتماد الإداري.....36

الفرع الثاني: أهمية الإجراءات الإدارية المتعلقة بتقرير صفة المتعاقد و جزاء مخالفتها .....46

أولا : أهمية الإجراءات الإدارية في تقرير صفة المتعاقد في عقود الأعمال .....46

ثانيا : جزاء مخالفة الإجراءات الإدارية .....49

**المبحث الثاني: تحديد صفة المتعاقد في عقود الأعمال:وسيلة لتحقيق المصلحة الاقتصادية العامة 52**

المطلب الأول: تحديد صفة المتعاقد وسيلة لتوجيه عقود الأعمال..... 52

الفرع الأول: تطور دور الدولة و ظهور فكرة الضبط الاقتصادي..... 53

أولا : مفهوم الضبط الاقتصادي..... 53

ثانيا : سلطات الضبط الاقتصادي و المالي..... 57

الفرع الثاني: تأثير تطور دور الدولة على عقود الأعمال ..... 64

أولا : العقد في خدمة المصلحة العامة ..... 64

ثانيا : تطور فكرة المصلحة عامل لتطور أحكام العقود ..... 66

المطلب الثاني: مساهمة تحديد صفة المتعاقد في عقود الأعمال في تحقيق الفعالية الاقتصادية ..... 69

الفرع الأول: عقد الاعتماد الايجاري آلية فعالة لتمويل المؤسسات الاقتصادية ..... 70

أولا : حاجة المؤسسات الاقتصادية الصغيرة والمتوسطة للتمويل عن طريق الاعتماد الايجاري ..... 70

ثانيا: إشكالية تطبيق الاعتماد الايجاري في الجزائر..... 74

الفرع الثاني: عقد تحويل الفاتورة آلية فعالة للحفاظ على بقاء المؤسسات الاقتصادية ..... 79

أولا : أهمية عقد تحويل الفاتورة ..... 80

ثانيا : إشكالية تطبيق عقد تحويل الفاتورة في الجزائر..... 84

**الفصل الثاني**

**تراجع مبدأ الرضائية في عقود الأعمال : تقييد لحرية التعاقد في بعدها الشكلي 86**

**المبحث الأول: شروط إبرام عقود الأعمال بين مبدأ الرضائية و الشكلية 88**

المطلب الأول: أحكام إبرام عقود الأعمال و تأكيد مبدأ الرضائية ..... 89

الفرع الأول: التفاوض في عقود الأعمال..... 89

أولا : مفهوم المفاوضات ..... 90

ثانيا : الطبيعة القانونية للتفاوض في عقود الأعمال ..... 93

الفرع الثاني: مرحلة الإبرام النهائظية ..... 97

أولا : خصوصية عقد الإعتماد الايجاري في مرحلة انعقاده ..... 98

ثانيا : خصوصية عقد الفرانشيز في مرحلة انعقاده :..... 101

المطلب الثاني: تراجع مبدأ الرضائية و النزوع نحو الشكلية في عقود الأعمال ..... 104

الفرع الأول: الشروط الشكلية السابقة على إبرام عقود الأعمال ..... 105

أولا : الشكلية الإعلامية..... 105

ثانيا : الرخصة و الاعتماد الإداري : مظهر جديد للشكلية..... 113

الفرع الثاني: الشروط الشكلية عند إبرام عقود الأعمال ..... 117

أولا : شكلية الكتابة لإثبات عقود الأعمال..... 117

ثانيا : شكلية الشهر ..... 123

**المبحث الثاني: آثار تراجع مبدأ الرضائية في عقود الأعمال** **130**

المطلب الأول: أثر شكلية الكتابة في عقود الأعمال على مبدأ حرية الإثبات في المواد التجارية ... 130

الفرع الأول: استثناء عقود الأعمال من مبدأ حرية الإثبات في المواد التجارية ..... 131

أولا : نطاق تطبيق مبدأ حرية الإثبات..... 131

ثانيا : نتائج مبدأ حرية الإثبات ..... 135

الفرع الثاني: تبرير استثناء عقود الأعمال من مبدأ حرية الإثبات في المواد التجارية..... 136

أولا : أهمية الكتابة كدليل إثبات ..... 137

ثانيا : طبيعة عقود الأعمال تفرض إثباتها بالكتابة ..... 149

المطلب الثاني : آثار تخلف الشكلية في عقود الأعمال..... 151

الفرع الأول: عدم النفاذ كجزاء على تخلف الشكلية غير المباشرة في عقود الأعمال ..... 152

أولا: المقصود بعدم النفاذ ..... 152

ثانيا : الآثار المترتبة على عدم النفاذ و مدى تطيقها على عقود الأعمال ..... 155

الفرع الثاني: البطلان المطلق كجزاء لتخلف شكلية الكتابة في عقد الاعتماد الايجاري العقاري ... 159

أولا : مفهوم البطلان المطلق ..... 160

ثانيا : آثار البطلان المطلق ..... 163

**خلاصة الباب الأول** **168**

**الباب الثاني**

**تراجع مبدأ حرية التعاقد في تحديد آثار عقود الأعمال**

**الفصل الأول**

**تدخل قانون المنافسة للحد من الحرية التعاقدية في عقود الأعمال تحقيقا للتوازن العقدي** **160**

**المبحث الأول: مظاهر اختلال توازن الالتزامات في عقود الأعمال من منظور قانون المنافسة** **163**

المطلب الأول: عقود الأعمال و الممارسات المقيدة للمنافسة ..... 164

الفرع الأول: مدى اعتبار عقود التوزيع اتفاقات محظورة ..... 165

أولا : الشروط القانونية المتطلبة لحظر الاتفاقات غير المشروعة ..... 165

ثانيا : إعفاء الاتفاقات غير المشروعة من الحظر ..... 172

الفرع الثاني: مدى اعتبار عقود التوزيع آلية للهيمنة على السوق ..... 177

أولا : التعسف في وضعية هيمنة على السوق أو احتكار لها ..... 178

ثانيا : التعسف في استغلال وضعية التبعية الاقتصادية ..... 184

المطلب الثاني: عقود الأعمال و مراقبة التجميعات الاقتصادية..... 188

الفرع الأول: مفهوم التجميعات الاقتصادية ..... 189

أولا : تعريف التجميعات الاقتصادية و أنواعها ..... 189

ثانيا : أشكال التجميعات الاقتصادية ..... 191

الفرع الثاني: إخضاع التجميعات الاقتصادية للرقابة ..... 197

أولا: شروط مراقبة التجميعات ..... 197

ثانيا : إجراءات مراقبة التجميعات الاقتصادية وآثارها ..... 200

**المبحث الثاني: آليات قانون المنافسة لمعالجة اختلال توازن الالتزامات في عقود الأعمال 206**

المطلب الأول: دور مجلس المنافسة في معالجة اختلال التوازن في عقود الأعمال ..... 206

الفرع الأول: مجلس المنافسة كسلطة ضبط مستقلة ..... 207

أولا : مجلس المنافسة سلطة إدارية ..... 208

ثانيا : مجلس المنافسة سلطة مستقلة ..... 208

ثالثا : مجلس المنافسة جهاز استشاري ..... 212

الفرع الثاني: آليات تدخل مجلس المنافسة للرقابة على البنود التعسفية ..... 213

أولا : المتابعة الإدارية ..... 214

ثانيا : الآليات القمعية ..... 216

المطلب الثاني: خصوصية البطلان في قانون المنافسة و دوره في معالجة اختلال توازن الالتزامات في عقود الأعمال ..... 218

الفرع الأول: طبيعة البطلان في قانون المنافسة ..... 218

أولا: خصوصية البطلان كجزاء لمخالفة قواعد النظام العام التنافسي ..... 219

ثانيا : البطلان الجزئي خاصية هامة يتميز بها البطلان في قانون المنافسة ..... 221

الفرع الثاني: نطاق تطبيق البطلان ..... 224

أولا : سريان البطلان على كافة الممارسات المقيدة للمنافسة ..... 224

ثانيا : عدم سريان البطلان على الممارسات المرخصة ..... 225

ثالثا : أصحاب الحق في التمسك بالبطلان ..... 226

**الفصل الثاني:**

**تدخل القاضي للحد من الحرية التعاقدية في عقود الأعمال تحقيقا للتوازن العقدي 229**

**المبحث الأول : مظاهر اختلال توازن الالتزامات في عقود الأعمال 231**

المطلب الأول : مظاهر اختلال توازن الالتزامات في عقد الاعتماد الايجاري..... 232

الفرع الأول: مظاهر إعفاء المؤجر التمويلي من التزاماته العقدية..... 232

أولا : إعفاء المؤجر التمويلي من الالتزام بتسليم الأصول المؤجرة..... 233

ثانيا : إعفاء المؤجر التمويلي من الالتزام بالضمان ..... 238

ثالثا : إعفاء المؤجر التمويلي من المسؤولية اتجاه الغير ..... 242

الفرع الثاني: مظاهر اتساع نطاق التزامات المستأجر التمويلي العقدية ..... 244

أولا : اتساع نطاق التزام المستأجر بدفع مقابل الإيجار..... 244

ثانيا : اتساع التزام المستأجر بالمحافظة على الأصل المؤجر ..... 248

ثالثا : تضييق حق المستأجر في فسخ عقد الاعتماد الايجاري :..... 250

المطلب الثاني: مظاهر اختلال توازن الالتزامات في عقد الفرانشيز..... 252

الفرع الأول: شروط تقييد الاستغلال الاقتصادي و التكنولوجي لمشروع المتلقي..... 252

أولا : الشروط المقيدة للاستغلال الاقتصادي لمشروع المتلقي : ..... 253

ثانيا : الشروط المقيدة للاستغلال التكنولوجي لمشروع المتلقي :..... 256

الفرع الثاني: الشروط المشددة للالتزامات الملقاة على عاتق المتلقي ..... 261

أولا : التشديد في التزام المتلقي بدفع الأقساط الدورية للمانح : ..... 261

ثانيا : خضوع المتلقي لأوامر صارمة تتعلق باحترام السياسة التجارية للمانح..... 262

ثالثا : اشتراط المانح مدة قصيرة للعقد : ..... 264

**المبحث الثاني: سلطة القاضي في معالجة اختلال توازن الالتزامات في عقود الأعمال 266**

المطلب الأول: أساس تطبيق نظرية الإذعان على عقود الأعمال ..... 267

الفرع الأول:انعدام التكافؤ الاقتصادي بين أطراف عقود الأعمال ..... 268

أولا : المانح هو الطرف الأقوى في عقد الفرانشيز ..... 269

ثانيا : الشركة الوسيط هي الطرف الأقوى في عقد تحويل الفاتورة ..... 271

ثالثا : المؤجر التمويلي هو الطرف الأقوى في عقد الاعتماد الايجاري ..... 272

الفرع الثاني: ضعف الموقف التفاوضي للطرف الضعيف في عقود الأعمال ..... 274

أولا : العقود النموذجية ..... 275

ثانيا : غياب التنظيم القانوني لبعض عقود الأعمال ..... 278

المطلب الثاني: نطاق سلطة القاضي في معالجة اختلال توازن الالتزامات في عقود الأعمال..... 283

الفرع الأول: سلطة القاضي في تعديل أو إعفاء الطرف الضعيف من الشروط التعسفية..... 283

أولا : سلطة القاضي في تعديل الشرط التعسفي ..... 283

ثانيا : سلطة القاضي في إلغاء الشرط التعسفي ..... 285

ثالثا: معيار استبعاد الشرط التعسفي ..... 286

الفرع الثاني: سلطة القاضي في تفسير العبارات الغامضة في عقود الإذعان ..... 287

أولا : تفسير عبارات العقد الغامضة ..... 288

ثانيا : حالة قيام الشك في تفسير عبارات العقد ..... 290

**خلاصة الباب الثاني 293**

**الخاتمـــــة 158**

**قائمة المصادر المراجع 303**

**الفهرس 324**

**الملخص باللغة العربية :**

إن مسألة تحديد نطاق حرية التعاقد في عقود الأعمال ترتبط بضرورة التمييز بين عقود الأعمال المسماة و عقود الأعمال غير المسماة ، حيث يتسع نطاق حرية التعاقد في ظل غياب التنظيم القانوني لبعض عقود الأعمال ، ويضيق نطاقها كلما تدخل المشرع لتوجيه هذه العقود نحو تحقيق المصلحة الاقتصادية العامة ، فالعقود اليوم أصبحت وسيلة في يد الدولة لتنفيذ برامجها الاقتصادية والاجتماعية ، مما جعل النظرية العامة للعقد في خدمة المصلحة العامة التي تسعى الدولة للوصول إليها ، هذا الأمر ظهر جليا في عقود الأعمال بداية من تدخل المشرع لتحديد صفة المتعاقد من أجل تحقيق الفعالية الاقتصادية إلى الحد من حرية المتعاقدين في تحديد آثار العقد تحقيقا للعدالة العقدية .

**Summery :**

the issue of determining the scope of freedom of contract in business contracts is related to the need to distinguish between named business contracts and unnamed business contracts, Where the scope of freedom of contract expands in the absence of legal regulation of some business contracts, And their scope narrows whenever the legislator intervenes to direct these contracts towards achieving the public economic interest, Contracts today have become a means in the hands of the state to implement its economic and social programs, Which made the general theory of the contract in the service of the public interest that the state seeks to reach, This matter was evident in business contracts, starting with the intervention of the legislator to determine the character of the contractor in order to achieve economic efficiency, to limiting the freedom of the contractors to determine the effects of the contract in order to achieve contractual justice.