

جامعة الجبالي اليبس سيدي بلعباس
كلية الحقوق و العلوم السياسية 19مارس 1962

مطبوعة جامعية
خاصة بمقياس العقود التجارية
موجهة لطلبة السنة الأولى ماستر
تخصص قانون الأعمال

من إعداد: الأستاذة صابونجي نادية

أستاذة محاضرة أ

السنة الجامعية: 2020-2021

مقدمة:

أولاً: تعريف العقود التجارية

العقود التجارية هي الأدوات القانونية لتبادل الثروات والخدمات في ميدان النشاط التجاري، وبواسطتها يتم التعامل التجاري سواء في نطاق التجارة الدولية أو التجارة الداخلية¹. والعقود التجارية هي أساس النشاط التجاري لما يستلزمه من سرعة في التعامل والائتمان التجاري.

غير أن مصطلح العقود التجارية يفتقر إلى الدقة بحيث أنه لا وجود لعقد تجاري متميز عن باقي العقود بل إنّ العقود تنقسم إلى عقود مسماة وأخرى غير مسماة، بل إنّ العقد في حدّ ذاته يمكن أن يكون مدنياً كما يمكن أن يكون تجارياً² سواء:

- بالرجوع لطبيعته ومثال ذلك عقد البيع يمكن أن يكون مدنياً إذا كانت أطرافه مدنية في حين أن الشراء من أجل إعادة البيع بغرض تحقيق الربح يعد عملاً تجارياً بحسب الموضوع³. كما أن الرهن يكون مدنياً إلا إذا كان الدين المضمون تجارياً ففي هذه الحالة يصبح الرهن تجارياً⁴.

- أو بالرجوع لصفة القائم به كالأعمال التجارية بالتبعية⁵ فهي أعمال مدنية بحسب الأصل إلا أن صفة القائم بها تؤثر في طبيعة العقد وهي من أهم تطبيقات النظرية الشخصية لتحديد نطاق تطبيق القانون التجاري⁶ بالإضافة لشرط الإرتباط فكلما كان أحد أطراف العقد تاجراً والغرض من إبرام العقد هو تحقيق مصلحة لتجارته أو متجره كان العقد تجارياً بالتبعية.

¹ - انظر عزيز العكبي، شرح القانون التجاري، دار الثقافة للنشر والتوزيع، 2006 ص 257.
² - انظر مصطفى كمال طه، العقود التجارية وعمليات البنوك، دار المطبوعات الجامعية 2002 ص 9 - 10.
³ - انظر المادة 02 من القانون التجاري
⁴ - المادة 31 من القانون التجاري
⁵ - المادة م.04 من القانون التجاري
⁶ - أنظر فرحة زراوي صالح، الكامل في القانون التجاري، الأعمال التجارية، التاجر، الحرفي، السجل التجاري، ابن خلدون، 2002، ص.20.

- أو الأعمال التجارية بحسب الشكل¹ وعلى سبيل المثال الشركة يمكن أن تكون مدنية أو تجارية غير انه وفي حال إتخذت الشركة شكل تجاري كشركة التضامن و المساهمة والشركة ذات المسؤولية المحدودة و شركات التوصية فإن الشركة تعد تجارية بحسب شكلها دون الحاجة لإثبات أن موضوعها تجاري².

وقد يكون العمل مختلطاً أي تجارياً بالنسبة لأحد أطرافه ومدنياً بالنسبة للطرف الآخر ويتم تحديد النظام القانوني الواجب التطبيق عليه بالرجوع لصفة كل من المدعي والمدعى عليه تطبيقاً لنظرية الأعمال المختلطة³.

ثانياً: خصائص العقود التجارية.

تخضع العقود التجارية في الأصل للقواعد العامة المنصوص عليها في القانون المدني فيما يتعلق بالعقد كمصدر من مصادر الإلتزام⁴، بالإضافة إلى قواعد خاصة متعلقة بالعقود التجارية، وهذا دعماً للسرعة والإئتمان مناطا القانون التجاري.

وتتميز العقود التجارية بمجموعة من الخصائص تميزها عن غيرها من العقود، يمكن إجمالها فيما يلي:

1- الخصائص المحققة للسرعة والإئتمان في المعاملات التجارية:

إنّ السرعة والإئتمان هما ضابطا الحياة التجارية وعلى هذا الأساس يتم خلق بنية تجارية تتلاءم وهذا المفهوم، تطبيقاً لذلك نجد أن العقود التجارية كأصل عام هي عقود رضائية سواء مسمأة أو غير مسمأة بمعنى أنها تتعقد بمجرد تبادل الطرفين التعبير عن الإرادة فلا يشترط لإنعقادها شكلاً معيناً⁵، بخلاف العقود المدنية التي تعدّ أسيرة الشكلية سواء تعلق الأمر بالشكلية للإنعقاد أو الشكلية للإثبات أو حتى الشكلية لتنفيذ التصرف في علاقة المتعاقدين مع الغير.

¹ - أنظر: المادة 03 من القانون التجاري

² - أنظر: المادة 544 من القانون التجاري

³ - أنظر: هاني دويدار القانون التجاري، منشورات الحلبي الحقوقية، ص95

⁴ - أنظر المادة 54 وما يليها من القانون المدني.

⁵ - أنظر مصطفى كمال طه، العقود التجارية وعمليات البنوك، دار المطبوعات الجامعية 2002، ص.10.

ومع ذلك نجد أن المشرع قد أورد على هذا المبدأ مجموعة من الإستثناءات خاصة ما تعلق منها بعقد الشركة وكذا العمليات المتعلقة بالمحلات التجارية¹.

أ- ففيمما يخص الشككية للانعقاد:

وباعتبار أن العقود التجارية رضائية بحسب الأصل فإنه يكفي لانعقادها توفر الأركان العامة للعقود من رضا ومحل وسبب وفقا للأحكام العامة².

غير أن لهذه القاعدة استثناءات كثيرة غير أنها تبقى مجرد استثناءات، فقد يستلزم المشرع إفراغ رض الأطراف في قالب معين في العقود الشككية التي تستلزم أربعة أركان وهي الرضا و المحل والسبب و الشكل الذي إستلزمه المشرع. ومثال ذلك عقد الشركة م. 545 من ق.ت.: " تثبت الشركة بعقد رسمي وإلا كانت باطلة، لا يقبل أي دليل إثبات بين الشركاء فيما يتجاوز أو يخالف مضمون عقد الشركة.

يجوز أن يقبل من الغير إثبات وجود الشركة بجميع الوسائل عند الاقتضاء".

وعليه وبالرغم من كون الشركات التجارية عصب القانون التجاري إلا أن المشرع أخضعها للشككية لما لهذا العقد من أهمية سواء بالنسبة للشركاء أو الغير المتعامل معها والإقتصاد الوطني ككل.

وأيضاً ما نصت عليه المادة 79 من القانون التجاري فيما يخص بيع المحل التجاري: «كل بيع اختياري أو وعد بالبيع وبصفة أعمّ كل تنازل عن محل تجاري ولو كان معلقاً على شرط أو صادراً بموجب عقد من نوع آخر أو كان يقضي بانتقال المحل التجاري بالقسمة أو المزايدة أو بطريق المساهمة به في رأسمال شركة يجب إثباته بعقد رسمي وإلا كان باطلاً».

غير أن استلزام المشرع لهذه الشككية في بعض العقود التجارية لا يتعارض و مفهوم السرعة التي يمتاز بها القانون التجاري وإنما الغرض من ذلك هو تفادي كل نزاع لاحق، أي

¹ - انظر المادة 79 من القانون التجاري.
² - انظر المواد 59 وما يليها من القانون المدني.

أن من شأن الشكلية تيسير الأمور على المتعاقدين سواء حول طبيعة العقد و مضمونه وشروطه¹.

ب- أما فيما يخص الشكلية للإثبات:

فإن القاعدة العامة جاءت بها 333 من القانون المدني بنصها صراحة لأنه: "في غير المواد التجارية إذا كان التصرف القانوني تزيد قيمته عن 100 ألف دينار أو كان غير محدد القيمة فلا يجوز الإثبات بالشهود في وجوده أو انقضائه ما لم يوجد نص يقضي بغير ذلك".

من خلال إستقراء هذا النص نجد أن المشرع قد تبنى معيارا عدديا مفاده أن كل تصرف قانوني قيمته تفوق 100 ألف دينار فلا يجوز إثباته إلا بالكتابة.

أما بالنسبة للعقود التجارية فإن القاعدة العامة جاءت بها المادة 30 من القانون التجاري بنصها: "يثبت كل عقد تجاري:

- 1- بسندات رسمية.
- 2- بسندات عرفية.
- 3- بفاتورة مقبولة.
- 4- بالرسائل.
- 5- بدفاتر الطرفين
- 6- بالإثبات بالبينة أو بأية وسيلة أخرى رأت المحكمة وجوب قبوله".

من خلال إستقراء هذه المادة نجد أن المشرع قد تبنى صراحة مبدأ حرية الإثبات في العقود التجارية وهذا نظرا لأهميتها في المجال التجاري الذي يقوم أساسا على السرعة، وعليه يجوز إثبات العقود التجارية أيا كانت قيمتها بأي وسيلة حتى بالقرائن وشهادة الشهود، بإعتبار أن المشرع لم يربط طريقة الإثبات بقيمة الإلتزام. بل أكثر من ذلك وبالرجوع للفقرة الخامسة من المادة 30 من القانون التجاري وبالرغم أن المبدأ العام هو أنه لا يجوز للشخص أن ينشئ دليلا لنفسه ولا يجوز إجبار الشخص على تقديم دليل ضد نفسه في حين أنّ هذه

¹ - أنظر: مصطفى كمال طه، المرجع السابق ص. 10.

القواعد كلها يرد عليها استثناء في باب الدفاتر التجارية¹ والتي من خلالها أجاز القانون للتاجر أن ينشئ دليلاً لنفسه و الإثبات بالدفاتر المنتظمة بين التجار بالنسبة للأعمال التجارية². بل أكثر من ذلك ويجوز للتاجر التمسك بالقوة التبتوية للدفاتر التجارية ضد خصمه غير التاجر³ بتوافر مجموعة من الشروط:

- أن يكون الإثبات متعلق بعقد توريد - أن تكون قيمة الإلتزام لا تفوق 100 ألف دينار - وأن تكون الدفاتر التجارية منتظمة - وان يتم تكملة الدليل باليمين المتممة.

ج- أما فيما يخص الشكلية لنفاذ التصرف في علاقة المتعاقدين بالغير

قد يستلزم المشرع نوع خاصاً من الشكلية غير مقررة لحماية المتعاقدين وإنما لحماية الغير ولنفاذ التصرف في علاقة المتعاقدين بالغير، فمثلاً نصت المادة 120 من القانون التجاري: " يثبت الرهن الحيازي بعقد رسمي، ويتقرر وجود الإمتياز المترتب عن الرهن بمجرد قيده بالسجل العمومي الذي يمسك بالمركز الوطني للسجل التجاري... "

من خلال إستقراء هذه المادة نجد أنه حتى وإن تم إفراغ الرهن في قالب رسمي فلا يجوز التمسك به في مواجهة الغير تطبيقاً لمبدأ نسبية اثر العقد ، ويبقى إمتياز الرهن مرتبطاً بإجراء ثاني وهو القيد في السجل التجاري وهذا حماية للدائن المرتهن في علاقته مع الغير .

كما تجدر الإشارة إلى أن العقود التجارية من خصائصها أنها عقود معاوضة، أي عقود يتلقى فيها كل من المتعاقدين مقابل لإلتزامه، فلا تدخل عقود التبرع في نطاق القانون التجاري، لان مفهوم التبرع يتنافى ومفهوم التجارة هذا من جهة، ومن جهة أخرى نجد أن العقود التجارية لا ترد إلا عل المنقولات سواء المادية منها أو المعنوية⁴.

2- الخصائص المشددة في تنفيذ العقود التجارية:

¹ - أنظر: فرحة زراوي صالح، المرجع السابق، ص.484.

² - أنظر: المادة 09 وما يليها من القانون التجاري

³ - أنظر: المادة 330 من القانون المدني

⁴ - أنظر: مصطفى كمال طه، المرجع السابق، ص.11.

لقد تدخل المشرع التجاري بقسوة حماية للمتعاملين مع التاجر وهذا لضمان تنفيذ العقود التجارية في آجالها ووفقاً لشروطها ومن أهم مظاهر هذه القسوة:

أ- نظام شهر الإفلاس:

هو نظام مقابل للإعسار المدني نظمه المشرع بموجب المادة 215 وما يليها من القانون التجاري، والتي اعتبرت أنّ نظام الإفلاس يخصّ كل تاجر شخص طبيعي أو شخص معنوي خاص متوقف عن دفع ديونه. ويترتب عن الحكم بشهر الإفلاس آثار سواء بالنسبة للتاجر المفلس أو دائنيه. وقد جاء هذا النظام لخلق توازن بين المصالح المتعارضة المتعلقة بالتفلسة¹. و يتميز نظام الإفلاس بصرامة أحكامه وبمجرد صدور الحكم بشهر الإفلاس وبقوة القانون تغل يدي المدين المفلس عن إدارة أمواله و ينوب عنه الوكيل المتصرف القضائي ، وهذا حماية للدائنين من تصرفات المدين الضارة بمصالحهم².

غير أنّ الإفلاس كنظام للتصفية الجماعية لأموال التاجر المتوقف عن الدفع ليس بجريمة باعتبار أنّ التاجر لا يكون دائماً السبب في التوقف عن الدفع، بل هو تاجر حسن النية سيء الحظ. غير أنه وإستثناءا يجوز متابعة التاجر المفلس بجريمة التفليس بالتقصير أو بالتدليس وهي دعوى عمومية الغرض منها هو المطالبة بتوقيع الجزاء على التاجر المرتكب لهذه الجريمة³.

ب- المهلة القضائية:

يمكن للقاضي المدني أن يمنح للمدين أجل للوفاء بديونه إذا ثبت أنه حسن النية سيء الحظ إذا لم يترتب عن ذلك ضرر للدائن دون أن تتجاوز مدة سنة⁴، تطبيقاً لنظرية الميسرة. هذه الأحكام غير موجودة في العقود التجارية ولا يجوز للقاضي أن يمنح أجلاً للوفاء باعتبار أنّ المقابل للائتمان هو القسوة في التنفيذ.

¹ - أنظر: فاروق أحمد زاهر، نظام الإفلاس في القانون المصري ، دار النهضة العربية ، 2003، ص 11 وما يليها.

² - أنظر: مصطفى كمال طه، المرجع السابق، ص.17.

³ - أنظر المواد 369 و ما يليها من القانون التجاري و المادة 383 من قانون العقوبات.

⁴ - أنظر: المادة 281 من القانون المدني.

ج- الإعذار:

الإعذار هو تسجيل تأخر المدين عن الوفاء بالتزامه عند حلول أجل إستحقاقها، فلا يستطيع الدائن في العقود الملزمة للجانبين أن يطالب بالفسخ أو التعويض عما لحقه من ضرر إلا بعد قيامه بالإعذار¹. والأصل أن إعذار المدين في المواد المدنية يكون بورقة رسمية بمعينة ضابط عمومي و هو المحضر القضائي. أما في المواد التجارية و قياسا على مبدأ حرية الإثبات في المواد التجارية فانه يجوز إثباته بكافة طرق الإثبات².

ح- التقادم:

إن الأصل أن تتقادم الديون المدنية بمرور 15 سنة وهذا ما نصت عليه صراحة المادة 308 من القانون المدني بينما تتقادم الديون التجارية في مهلة قصيرة يكون أقصاها خمس سنوات، ومثال ذلك تتقادم بسنة واحدة حقوق التجار والصناع عن أشياء وردوها لأشخاص لا يتجرون فيها³، غير أن المشرع الزم من يتمسك بالتقادم بسنة أن يؤدي اليمين ويوجهها القاضي تلقائيا.

وتتقادم بسنة واحدة الدعاوى المترتبة عن تنفيذ عقد نقل الأشياء⁴، وعن عقد نقل الأشخاص بثلاث سنوات⁵. كما تتقادم دعوى المسؤولية المدنية على عقد الشركة لاحقة لتأسيسها ب3 سنوات إعتبارا من تاريخ إكتساب حكم البطلان قوة الشيء المقضي به⁶.

خ- النفاذ المعجل:

إن الأصل العام أن الأحكام القضائية غير قابلة للتنفيذ إلا بعد مهرها بالصيغة التنفيذية، غير أن الأحكام المشمولة بالنفاذ المعجل قابلة للتنفيذ. المقصود بالنفاذ المعجل هو قابلية الحكم للتنفيذ بالرغم من قابليته لطعن بطرق الطعن العادية (المعارضة- الإستئناف) أو حصول

¹ - أنظر: المادة 119 من القانون المدني

² - أنظر: مصطفى كمال طه، المرجع السابق، ص16

³ - أنظر: المادة 312 من القانون المدني

⁴ - أنظر: المادة 61 من القانون التجاري

⁵ - أنظر: المادة 74 من القانون التجاري.

⁶ - أنظر: المادة 743 من القانون التجاري.

الطعن فيه. وينقسم النفاذ المعجل إلى نفاذ معجل قضائي والذي ينقسم بدوره إلى نفاذ معجل وجوبي ذكرت حالاته على سبيل الحص¹، ونفاذ معجل جوازي خاضع للسلطة التقديرية للقاضي، فيجوز للقاضي أن يصدر حكماً مشمولاً بالنفاذ المعجل بطلب من الخصوم سواء بكفالة أو بدون كفالة². وعليه يجوز للقاضي في المسائل التجارية أن يصدر حكماً مشمولاً بالنفاذ المعجل تحقيقاً للسرعة في المعاملات التجارية. وقد يكون النفاذ المعجل قانوني ومثال ذلك ما نصت عليه المادة 227 من القانون التجاري والتي اعتبرت أن جميع الأحكام الصادرة في باب الإفلاس والتسوية القضائية تعد مشمولة بالنفاذ المعجل بقوة القانون بإستثناء الحكم الذي يقضي بالمصادقة على الصلح.

وبعد التطرق لهذه المقدمة البسيطة نخص بالدراسة العقود التجارية التالية:

- أولاً: البيع التجاري.
- ثانياً: الرهن التجاري.
- ثالثاً: عقود الوساطة التجارية.
- رابعاً: العقود الواردة على المحل التجاري.

وهذا تفصيلاً كما يلي:

المحور الأول: البيع التجاري:

1 - أنظر: المادة 323 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية.

2 - أنظر: عمر زودة، الإجراءات المدنية والإدارية، encyclopedia، ص. 206.

لقد أغفل المشرع التجاري تنظيم البيع التجاري بالرغم من أهميته ومكانته باعتبار أن عقد البيع يمكن أن يكون مدنياً أو تجارياً بالرجوع لطبيعة العمل أو أطرافه وهذا استناداً إلى نص المادة 02 و03 و04 من القانون التجاري. وعليه وبالرجوع إلى نص المادة 01 مكرر من القانون التجاري فإن القواعد المطبقة على البيع التجاري هي أحكام القانون المدني إلا في حال ما إذا وجد نص خاص مخالف سواء في القانون المنظم للممارسات التجارية 02/04 المعدل والمتمم¹ أو القانون 08-04 والمتعلق بشروط ممارسة الأنشطة التجارية² قانون حماية المستهلك وقمع الغش 03/09³.

إن البيع عقد ملزم للجانبين إذ هو يلزم البائع بأن ينقل للمشتري ملكية شيء أو حقا ماليا آخر ويلتزم المشتري بأن يدفع للبائع مقابلاً لذلك ثمناً نقدياً. وهو أيضاً عقد معاوضة ومن تم يأخذ كل طرف مقابلاً لما قدمه، والأصل أن البيع عقد رضائي بحسب الأصل إذا لم يشترط القانون لإ انعقاده شكلاً خاصاً⁴. كما عرف المشرع البيع بأنه عقد يلتزم بمقتضاه البائع بنقل ملكية شيء أو حق مالي آخر للمشتري مقابل ثمن نقدي هذا ما نصت عليه صراحة المادة 351 ق.م.

غير أن البيوع التجارية متنوعة سواء من حيث طبيعتها أو تكوينها أو آثارها وهذا تفصيلاً كما يلي:

أولاً: أنواع البيوع التجارية.

إن البيوع التجارية كثيرة ومتنوعة وتختلف باختلاف طبيعتها أو أطرافها، ويمكن تصنيفها كما يلي:

1- البيوع التجارية حسب وسيلة نقل البضائع:

¹ -أنظر القانون 02-04 المؤرخ في 23 يونيو 2004 و الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، الجريدة الرسمية عدد 41 لسنة 2004

² -أنظر القانون 08-04 المؤرخ في 14 غشت 2004 و المتعلق بشروط ممارسة الأنشطة التجارية

³ -انظر القانون 03-09 المؤرخ في 8 مارس 2009 و المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش. الجريدة الرسمية العدد 15 لسنة 2009 .

⁴ - أنظر عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، العقود التي تقع على الملكية، منشورات الحلبي، 1998، ص 21.

يمكن تصنيف البيوع التجارية حسب طبيعة الوسيلة المستعملة لنقل البضاعة المتعامل فيها والمخاطر التي تحيط بها، فهناك البيوع البرية والبيوع بواسطة السكك الحديدية والبيوع البحرية والجوية.

فمثلاً فيما يخص البيوع البحرية: وهي البيوع التي تتم بواسطة سفن معدة خصيصاً لنقل البضائع، وهذه البيوع نظمتها المنظمات الدولية ووضحت شروط عامة دولية لتفادي أي نزاع مستقبلي سواء في إبرام العقود أو تفسيرها وهذه الشروط الدولية تم تضمينها في عقود نموذجية يختار المتعاملون منها ما يخدم مصالحهم ويتمشى وطبيعة نشاطهم وهذا ما يصطلح عليه (International Commercial Terms (Incoterms)¹ وهذه البيوع تدرس في إطار القانون البحري.

2- البيوع الوطنية والبيوع الدولية:

يقصد بالبيوع الدولية البيوع التي يكون فيها عنصراً أجنبياً في علاقة بين بائع ومشتري من جنسيتين مختلفين وما يترتب عن ذلك من تحويل لمبالغ مالية بالعملة الصعبة ودفع نفقات جمركية بالإضافة إلى المخاطر الغير العادية عند نقل هذه البضائع. وحرصاً على مجموع المصالح فإن هذه البيوع تنظمها مجموعة من الاتفاقيات الدولية².

وستقتصر الدراسة على البيوع البرية للبضائع.

ثانياً: تكوين البيع التجاري.

يعد عقد البيع التجاري من العقود الرضائية كأصل عام ومن ثم لا بدّ من توافر مجموع أركانه من رضا ومحل وسبب، ويعد مبدأ سلطان الإرادة هو الأساس في تكوين العقد وآثاره وهذا في ظل احكام القانون المدني³.

¹ -أنظر: منير قزمان، البيوع التجارية دار الفكر الجامعي، 2006، ص11 و165.

² -أنظر منير قزمان، المرجع السابق، ص 166.

³ - أنظر المادة 351 ما يليها من القانون المدني.

وستقتصر الدراسة على أهم جوانب الإختلاف بين البيع المدني و البيع التجاري باعتبار أنه وفي كثير من الأحيان قد يتدخل المشرع بقواعد أمره لإعادة التوازن العقدي في البيع التجاري بين طرفين غير متكافئين وهما المحترف والمستهلك أو العون الاقتصادي والمستهلك.

1- حماية التراضي:

ينعقد البيع التجاري بتطابق الإرادتين أي الإيجاب والقبول ومضمون الاتفاق يكون على المسائل الجوهرية وهي في عقد البيع المبيع والثمن.

غير أن الإيجاب في البيع التجاري قد يكون خاصا ومثاله ما نصت عليه المادة 15 من القانون المحدد للقواعد المطبقة على الممارسة التجارية والتي اعتبرت أن مجرد عرض السلعة للجمهور بمثابة إيجاب صحيح وملزم من البائع. ويمنع أي رفض بيع سلعة أو تأدية خدمة بدون مبرر شرعي إذا كانت هذه السلعة معروضة للبيع أو كانت الخدمة متوفرة، أي أن المشتري لا يحتاج إلى صدور إيجاب من البائع بل يكفي أن تكون السلعة معروضة على نظر الجمهور ليكيف انه إيجاب صريح وملزم. واستثنت هذه المادة الأدوات الموضوعة لتزيين المحلات فالمعدات و الآلات هي جزء من المحل التجاري لكنها غير معروضة للبيع بخلاف البضائع. وكذا المنتوجات المعروضة بمناسبة المعارض والتظاهرات.

كما يمنع كل بيع أو عرض بيع لسلع أو عرضها عاجلا أو آجلا مشروطا بمكافأة مجانية من سلع أو خدمات إلا إذا كانت من نفس السلع أو موضوع وكانت قيمتها لا تتجاوز 10% من المبلغ الإجمالي للسلع المعنية. غير أن هذا الحكم لا ينطبق على الأشياء الزهيدة أو الخدمات الضئيلة وكذلك العينات¹.

كما يمنع البيع باشتراك كمية مفروضة أو اشتراط البيع بشراء سلعة أخرى، وكذلك اشتراط تأدية خدمة بخدمة أخرى أو بشراء سلعة أخرى، وعلى هذا الأساس فإن البيع المشروط سواء تعلق الأمر بكمية المبيع أو حتى ربط شراء سلعة بسلعة أخرى غير جائز

¹-أنظر: المادة 16 من القانون 02-04 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية.

قانونا ولا مجال للحديث عن سلطان الإرادة بإعتبار أن التوازن العقدي بين أطرافه غير قائم. ولا يشمل هذا الحظر السلع من نفس النوع المبيعة على شكل حصة بشرط أن تكون هذه السلع معروضة بصفة منفصلة¹.

وهذا كله من أجل حماية قبول المستهلك والذي اعتبره المشرع الطرف الضعيف في علاقته بالمحترف في البيع التجاري.

ولم تقتصر الحماية في التعاقد على علاقة المستهلك بالمحترف بل امتدت حتى في علاقة المحترف بالمحترف، فنجد أن المشرع قد نص صراحة في المادة 19 من نفس القانون على منع أي عون اقتصادي أن يمارس نفوذ على أيّ عون اقتصادي آخر أو يحصل منه على أسعار أو آجال دفع أو شروط بيع أو كفاءات بيع أو على شراء تميزي ولا يبرره مقابل حقيقي يتلاءم مع ما تقتضيه المعاملات التجارية النزيهة والشريفة.

ولقد اعتبر المشرع كل هذه الشروط تعسفية وممارسة تجارية غير شرعية ورتب عليها جزاءات مدنية تتمثل في بطلان هذه الشروط التعسفية بالإضافة لعقوبات جزائية . ومن ثم كل ممارسة تجارية غير شرعية يعاقب عليها بغرامة من 100 ألف دينار إلى 3 ملايين دينار².

2- حماية التراضي في بعض البيوع التجارية الخاصة:

نظمها المشرع في القانون المدني غير أنها تعدّ من البيوع التجارية كأصل عام وهي:

أ- البيع تحت شرط المذاق:

في هذا النوع من البيوع لا ينعقد البيع إلا في حال قام المشتري بتذوق المبيع وهذا ما نجده في بيوع مشهورة كبيع الزيتون وزيت الزيتون والعسل وغيرها من المواد الاستهلاكية. ولا يتم الاتفاق إلا بعد إجراء هذا الشرط³، غير أنه يتعين على المشتري أن يقبل المبيع كما

¹ - أنظر المادة 17 من القانون 04-02 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية.

² - أنظر: المادة 35 قانون 02/04 السابق الذكر.

³ - أنظر: 354 من القانون المدني.

شاء أو يرفضه غير أنه يجب عليه أن يعلن بقبوله في الأجل المتفق عليه أو المقرر عرفاً ولا ينعقد العقد إلا من تاريخ هذا الإعلان. والبيع بشرط المداق ليس بيع معلقاً على شرط بل إن البيع لا ينعقد إطلاقاً قبل تدوق المشتري للمبيع

ويصدق نفس الحكم أيضاً إذا تم البيع بالعينة وكان المشتري قد تذوق العينة وقبل البيع على أساسها، فإن البيع ينعقد في هذه الحالة باتاً و يلتزم البائع بتسليم شيء مطابق للعينة¹.

ب- البيع مع شرط التجربة:

نصت المادة 355 من القانون المدني على أنه في البيع على شرط التجربة يجوز للمشتري أن يقبل المبيع وعلى البائع أن يمكنه من التجربة، فإذا رفض المشتري المبيع يجب عليه أن يعلن الرفض في المدة المتفق عليها فإن لم يكن هناك اتفاق على المدة ففي مدة معقولة يعينها البائع فإذا انقضت هذه المدة وسكت المشتري مع تمكنه من تجربة المبيع اعتبر سكوته قبولاً. ويعتبر كأصل عام البيع مع شرط التجربة بيع معلق على شرط واقف.

وعليه فالبيع بشرط التجربة يكون بيعاً معيناً تعييناً كافياً، ومع ذلك فإن البيع يكون معلقاً على شرط متصل بتجربة المبيع لمعرفة مدى ملاءمته لحاجة المشتري، و التجربة قد يقصد بها إما التأكد من ملاءمة المبيع للغرض منه أو ملاءمته لحاجة المشتري الشخصية، والمرجع في ذلك هو ما اتجهت إليه إرادة المتعاقدين².

والمفروض أن تتم التجربة في الوقت المتفق عليه بين المتعاقدين فإن لم يوجد اتفاق فإن التجربة تكون في الوقت الكافي للقيام بها. فإذا تمت التجربة وقبل المشتري المبيع فإن البيع يعتبر باتاً من هذا الوقت أما إذا رفضه المشتري عد البيع كأن لم يكن، وإذا مر الوقت الكافي للقيام بالتجربة وسكت المشتري عن إبداء رأيه بالقبول أو الرفض كيف السكوت قبولاً³.

¹ أنظر: سمير عبد السيد تناغو، عقد البيع، منشأة المعارف، 2005 ص89.

² أنظر: سمير عبد السيد تناغو، المرجع السابق ص82-84.

³ أنظر: سمير عبد السيد تناغو المرجع السابق ص85.

ولقد أكدت المادة 15 من قانون حماية المستهلك وقمع الغش على إلزامية التجربة بالنسبة للبائع حتى وإن لم يتم الاتفاق بنصها: " يستفيد كل مقتن لأي منتج سواء كان جهازا أو أداة أو آلة أو عتادا أو مركبة أو أي مادة تجهيزية من حق تجربة المنتج المقتني" .

كما رتبت المادة 76 من نفس القانون الجزاء المترتب عن مخالفة هذه المادة بنصها يعاقب بغرامة من 50 ألف دج إلى 100 ألف دج كل من يخالف إلزامية تجربة المنتج المنصوص عليه في المادة 15 من هذا القانون.

ج- البيع بالعينة:

في هذا النوع من البيوع لا يعاين المشتري المبيع كله وإنما عينة منه وهذه البيوع هي الأكثر شيوعا في الجانب العملي ويتم البيع في أسواق خاصة تسمى بورصة البضائع¹.

وفي هذه الحالة تكون البضائع مخزنة في مخازن عمومية ويتعامل المحترفون على أساس العينة الموجودة بحوزتهم ويجب فقط أن يكون المبيع مطابقا للعينة، ولا يتحقق ذلك إلا في الأشياء المثلية².

ويجب أن يكون المبيع مطابقا للعينة، فإذا سلم البائع بضاعة من نفس العينة التي حازت رضا المشتري إنعقد البيع، ويعتبر تعيين العينة تعيينا للمبيع³.

ويكيف هذا العقد بأنه بيع معلق على شرط فاسخ وهو عدم مطابقة المبيع للعينة، وهذا حتى ولو كانت جودته أحسن من العينة، لأن العبرة في هذه الحالة يكون بالمطابقة⁴.

ويثير البيع بالعينة أحيانا مسألة إثبات العينة ويمكن تمييز فرضيين:

الفرض الأول: تكون فيه العينة موجودة لدى أحد المتعاقدين سواء كان البائع أو المشتري، والمتعاقد الآخر يجادل في أن العينة المدعى بها غير مطابقة للعينة المتفق عليها،

¹ أنظر بموسات عبد الوهاب، محاضرات في العقود التجارية، غير منشور ص 21

² أنظر: المادة 353 ق.م.

³ أنظر: محمد حسنين، عقد البيع في القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، بدون سنة نشر، ص41.

⁴ أنظر محمد حسنين المرجع السابق 42.

ففي هذه الحالة نطبق مبدأ البينة على من ادعى ويجوز إثبات ذلك بكل الوسائل بما فيها البينة و القرائن¹. وأما في الفرض الثاني فإذا هلكت العينة في يد أحد المتعاقدين ولو بدون خطأ أن يثبت أن الشيء مطابق أو غير مطابق للعينة².

وهنا لا بد من تمييز البيع بالعينة عن البيع بالنموذج، ففي البيع بالعينة لا بد أن يكون المبيع مطابقاً للعينة في حين أنه في البيع على أساس النموذج فيلتزم البائع بأن يقدم آلة مشتملة على كل العناصر الأساسية التي يقوم عليها النموذج وإن لم تكن مطابقة له تماماً³.

د- البيع بالعربون:

إنّ البيع بالعربون أو البيع مع الاحتفاظ بشرط العدول هو من قبيل البيوع الشائعة في المجال التجاري، ولقد نظمته المشرع بموجب المادة 72 مكرر من القانون المدني: يمنح دفع العربون وقت إبرام العقد لكل من المتعاقدين الحق في العدول عنه خلال المدة المتفق عليها إلا إذا قضى الاتفاق بخلاف ذلك.

وفي هذه الحالة لا بدّ من تمييز الفروض الآتية:

- إذا تم البيع فإن العربون يعد جزءاً من الثمن.
- إذا عدل المشتري عن العقد فقد عربونه.
- إذا عدل البائع رد ضعف العربون ولو لم يترتب عن العدول أيّ ضرر.

وفي هذا الإطار لا بدّ من تمييز البيع بالعربون كشكل من أشكال البيوع التجارية عن التسبيق الذي يعد جزءاً من الثمن وهو عقد بات لا يجوز الرجوع فيه ويترتب عن عدم تنفيذ العقد إرجاع التسبيق مع الحق في المطالبة بالتعويض إذا توفر شرط الضرر⁴.

¹ أنظر: سمير عبد السيد تناغو، المرجع السابق، ص77

² أنظر: عادل علي المقدادي، العقود التجارية، دار الثقافة للنشر و التوزيع، 2014، ص.27

³ أنظر: محمد حسنين المرجع السابق، ص43

⁴ أنظر بموسات عبد الوهاب المرجع السابق، ص25، ومحمد حسنين، المرجع السابق ص 38.

٥- **البيع بالتقسيط:** نضمه المشرع بموجب المادة 363 من القانون المدني . ويمكن تعريف البيع بالتقسيط بأنه عقد ينصب على بيع أموال منقولة، يجري فيها الإتفاق على دفع ثمنها بأقساط دورية، فالبائع بموجب هذا البيع يتعهد بتسليم المبيع في مقابل تعهد المشتري بدفع الثمن بأقساط يتم الإتفاق على تحديد موعدها في العقد¹.

ويوفر هذا العقد حماية خاصة لطرفيه، فبالنسبة للبائع وبالرغم من تسليم الشيء المبيع للمشتري إلا أنه لا يجوز لهذا الأخير أن يتصرف في الشيء المبيع قبل دفع كل الأقساط، إذا إشتراط البائع أن نقل الملكية يكون موقوفا على دفع كل الأقساط² وبعد تسديد آخر قسط تنتقل إليه الملكية بأثر رجعي من يوم البيع. وكل تصرف يجريه المشتري لا يعد نافذا في مواجهة البائع قبل سداد كل الأقساط.

كما يجوز للمتعاقدين أن يتفقا على أنه وفي حال تم فسخ البيع لإخلال المشتري بالتزامه بدفع الأقساط أن يستبقي جزءا من الأقساط بإعتباره تعويضا، ويجوز للقاضي تبعا للظروف أن يخفض التعويض المتفق عليه إلى الحد المعقول³.

والبيع بالتقسيط قد يكون في صورتين إما أن يحتفظ البائع بملكية المبيع إلى حين تسديد الثمن أو الإتفاق على اعتبار البيع إجارا إلى غاية تسديد الثمن .

ولقد أولت القوانين المقارنة⁴ حماية قانونية للمشتري في البيع بالتقسيط ولم نجد لها مقابلا في القانون الجزائري وبمك إجمالها في ما يلي:

- إذا لم يقم المشتري بدفع قسط واحد من الثمن فلا يجوز للبائع طلب فسخ البيع إذا تبث أنه دفع ثلاثة أرباع الثمن⁵.

¹ أنظر: عادل علي المقدادي، القانون التجاري، العقود التجارية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، 2014، ص.44.

² أنظر: الفقرة الأولى من المادة 363 من القانون المدني.

³ أنظر: المادة 363 الفقرة الثانية و المادة 184 من القانون المدني.

⁴ أنظر على سبيل المثال القانون المصري خاصة المادة 105 من القانون المدني.

⁵ أنظر مصطفى كمال طه المرجع السابق، ص 32

- لا يجوز الإتفاق على حلول الثمن بأكمله إذا تخلف المشتري عن دفع قسط واحد، بل يكون في حال تخلف المشتري عن دفع قسطين متتاليين على الأقل¹.

ثالثاً: تنفيذ البيع التجاري.

والأصل أن يخضع البيع التجاري للقواعد العامة للبيع تطبيقاً لنص المادة الأولى مكرر من القانون التجاري على أن هناك قواعد خاصة بالبيع التجاري تتعلق بالتزامات كل من البائع والمشتري، سيتم تفصيلها كما يلي:

أولاً: التزامات البائع:

يلتزم البائع في البيع التجاري بالتزامات عديدة منها الإلتزام بنقل الملكية، والالتزام بتسليم المبيع والإلتزام بالضمان وهذا ما سوف يفصل تباعاً

أ- الإلتزام بنقل الملكية:

ينتج عن عقد البيع انتقال ملكية المبيع من البائع إلى المشتري بحكم القانون دون حاجة للنص عليه في العقد². غير أنه لا بدّ من تمييز فرضين³:

(1) إذا كان المنقول معيناً بالذات فإن الملكية تنتقل بمجرد تطابق الإيجاب والقبول وبقوة القانون، غير أنه وبالرغم من أن المشرع قد نص صراحة على أن كل شراء للعقارات من أجل إعادة بيعها يعد عملاً تجارياً بحسب الموضوع إلا أن نقل الملكية مرتبط بالشكلية أي الرسمية لأنه عقد شكلي والشهر لدى المحافظة العقارية والملكية لا تنتقل إلا بالشهر، وتنتقل الملكية في البيع الجراف (ثمار حقل أو بضاعة في مخزن) بنفس طريقة نقل ملكية الشيء المعين بالذات⁴، ولا اعتبار البيع جرافاً

¹ أنظر: مصطفى كمال طه، المرجع السابق، ص. 33.

² أنظر: سمير جميل حسن الفتلاوي، العقود التجارية الجزائرية، ص 25 وما يليها.

³ أنظر: المادة 165 من القانون المدني

⁴ أنظر المادة 362 من القانون المدني

فذلك يتوقف على طريقة تحديد المبيع وليس على طريقة تحديد الثمن، كما أن الملكية تنتقل بمجرد العقد شأنه في ذلك شأن المبيع المعين بالذات¹.

(2) إذا كان المنقول معين بنوعه: فإن الملكية لا تنتقل إلا بالفرز والتعيين وهذا ما نصت عليه صراحة المادة 166 من القانون المدني- والمثلثات لا تهلك غير أن الملكية لا تنتقل إلا بعد القيام بعملية الفرز أو التعيين.

والمشروع لم يربط تبعة الهلاك بانتقال الملكية بل ربطها بالتسليم أي أنه إذا هلك المبيع قبل تسليمه بسبب لا يد للبائع فيه سقط البيع واسترد المشتري الثمن إلا إذا وقع الهلاك بعد إعدار المشتري بتسليم المبيع².

ب- الالتزام بالتسليم:

يلتزم البائع بتسليم الشيء المبيع للمشتري بالحالة التي كان عليها وقت البيع ويكون التسليم بوضع المبيع تحت تصرف المشتري بحيث يتمكن من حيازته والانتفاع به دون عائق³، وهذا ما يصطلح عليه بالتسليم الفعلي،

غير أنه يمكن أن يكون التسليم فعلياً في حالتين إما بإعدار المشتري بضرورة تسلمه للشيء المبيع في هذه الحالة حتى وإذا لم تنقل الحيازة عدّ هذا تسليماً وانتقلت بذلك تبعة الهلاك للمشتري. أو ما يقوم مقام التسليم كتسليم سند الشحن باعتباره سندا ممثلاً للبضاعة، أو سند الخزن الذي يمثل بضاعة مودعة لدى المخازن العمومية⁴.

غير أنه يجوز التسليم بمجرد التراضي في حال كان المبيع في حيازة المشتري لسبب غير الملكية ويصطلح عليه التسليم الحكمي، ويكون ذلك بتغيير صفة الحيازة⁵.

¹ أنظر: سمير عبد السيد تناغو، المرجع السابق، ص.81.

² أنظر: المادة 369 من القانون المدني.

³ أنظر: مصطفى كمال طه، العقود التجارية وعمليات البنوك، دار المطبوعات الجامعية، 2002، ص 23.

⁴ أنظر: محمد حسنين، المرجع السابق، ص.110.

⁵ أنظر: المادة 367 من القانون المدني وسمير عبد السيد تناغو، المرجع السابق، ص.218.

و إذا نقصت قيمة المبيع قبل التسليم لتلف أصابه جاز للمشتري إما أن يطلب فسخ البيع إذا كان النقص جسماً بحيث لو طرأ قبل العقد لما أتم البيع وإما أن يبقى البيع مع إنقاص الثمن¹.

غير أنه واستثناء وفي حال ما إذا اقترن البيع بشرط التسليم كاشتراط التسليم في محطة أو ميناء الإرسال فإنه في هذه الحالة لا يتحلل البائع من التزامه بالتسليم إلا بوصول البضاعة إلى الميناء، ومن ثم لا يتحلل البائع من تحمل تبعه الهلاك إلا بالتسليم الفعلي للشيء المبيع باعتبار أن البيع قد اقترن بشرط التسليم².

حالة خاصة: إفلاس البائع أو المشتري وممارسة الحق في الاسترداد:

إن للتسليم أهمية خاصة في حال شهر الإفلاس، فإذا تمّ شهر إفلاس المشتري قبل تسليم المبيع ففي هذه الحالة يجوز للبائع أن يمارس حقه في الحبس إذا لم يستوفي الثمن، ويطالبه بالفسخ باعتبار أنّ البضاعة لم تسلم بعد للمشتري وهذا ما نصت عليه صراحة المادة 310 من القانون التجاري: «يمكن للبائع أن يحبس البضائع التي باعها والتي لم تكن سلّمت للمدين أو لم ترسل إليه ولا إلى شخص من الغير يعمل لحسابه». هذا فيما يخص ممارسة البائع الحق في حبس الشيء المبيع وقد استلزم المشرع الشروط التالية:

- أنه لم يتم دفع الثمن.
- أن لا تكون البضاعة قد سلّمت للمشتري أو إلى أحد الأشخاص العاملين لحسابه.

أمّا المادة 309 من القانون التجاري فقد حددت شروط ممارسة البائع للحق في الاسترداد في حال لم يقبض الثمن بنصها: «يجوز استرداد البضائع المرسلّة إلى المدين ما دام التسليم لم يتحقق في مخازنه» أي أنه وحتى وإن تم إرسالها إذا لم تدخل البضائع إلى المخازن جاز للبائع أن يتمسك بالحق في الاسترداد ضد جماعة الدائنين، غير أنه أورد على

¹ أنظر: المادة 370 من القانون المدني.

² أنظر: بموسات عبد الوهاب، المرجع السابق، ص.55.

هذه القاعدة استثناء أي أنه لا يقبل الاسترداد إذا كانت البضاعة قد تم بيعها قبل وصولها دون غش وبمقتضى فواتير أو سندات صحيحة.

ووفقاً لنص المادة 308 من ق.ت. فإنه يجوز استرداد البضائع التي فسخ بيعها قبل صدور الحكم بالإفلاس أو التسوية القضائية سواء كان الفسخ قضائياً أو بموجب شرط فسخ اتفاقي، ما دامت البضائع قائمة عينا.

ويقبل الاسترداد حتى وإذا كان الفسخ تالياً للحكم بالإفلاس أو التسوية القضائية متى كانت دعوى الاسترداد أو الفسخ قد رفعها البائع الذي لم يستوفي الثمن قبل الحكم بشهر الإفلاس أو التسوية القضائية.

أما في باقي الأحوال فلا يجوز للبائع استرداد البضاعة من التفلسة ويصبح البائع بذلك دائناً عادياً يخضع لقسمة الغرماء شأنه في ذلك شأن باقي الدائنين.

غير أنه وفي حال ما إذا تم شهر إفلاس البائع وكان المشتري قد دفع الثمن فإنه في هذه الحالة يجوز له أن يسترد البضاعة من التفلسة باعتباره مالكاً لها.

ج- الالتزام بالإعلام:

لقد ألزم المشرع البائع باعتباره عون اقتصادي أو محترف بمجموعة من الالتزامات لا تكون إلا في عقود البيع التجاري، ونذكر منها ما يلي:

1) الالتزام بإعلام الأسعار والتعريفات:

وفقاً لقانون المنافسة¹ والمادة 04 منه نجد أنّ المشرع قد نصّ على أن تحدد أسعار السلع والخدمات بصفة حرة وفقاً لقواعد المنافسة الحرة والنزاهة. ونصت المادة 04 وما يليها من القانون 02/04 والمحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية² على إلزامية الإعلام بالأسعار سواء في علاقة البائع بالمستهلك أو حتى علاقة البائع بالعميل الاقتصادي.

¹ أنظر الأمر 03-03 المؤرخ في 15 جوليا 2003 المعدل والمتمم والمتعلق بالمنافسة

² أنظر: القانون 02-04 الصادر في 23 جوان 2004 والمتعلق بالقواعد المطبقة على الممارسات التجارية المعدل والمتمم.

ويتم إعلام المستهلك بالأسعار عن طريق وضع علامات أو وسم أو معلقات أو بأية وسيلة أخرى مناسبة، ويجب أن تبيّن الأسعار والتعريفات بصفة مرئية ومقروءة.

كما يجب أن تعدّ أو توزن أو تكال السلع المعروضة للبيع سواء كانت بالوحدة أو بالوزن أو بالكيل أمام المشتري وفي حال ما إذا كانت هذه السلع مغلقة ومعدودة أو موزونة أو مكيّلة يجب وضع علامات على الغلاف تسمح بمعرفة الوزن أو الكمية أو عدد الأشياء المقابلة للسعر المعلن. يجب أن توافّق الأسعار المعلنة المبلغ الإجمالي الذي يدفعه الزبون مقابل اقتناء السلعة أو الحصول على خدمة.

وفقاً لنص المادة 31 من نفس القانون يعتبر عدم الإعلام بالأسعار والتعريفات مخالفة ويعاقب عليه بغرامة من 05 آلاف دينار إلى 100 ألف دينار.

(2) الالتزام بإعلام شروط البيع:

يلتزم البائع قبل اختتام عملية البيع بإخبار المستهلك بأية طريقة كانت وحسب طبيعة المنتج وبالمعلومات النزيهة والصادقة المتعلقة بمميزات هذا المنتج وشروط البيع الممارس وكذا الحدود المتوقعة للمسؤولية التعاقدية لعملية البيع أو الخدمة¹.

ويعتبر عدم الإعلام بشروط البيع مخالفة يعاقب عليها بغرامة من 10 آلاف دينار إلى 100 ألف دينار.

(3) الالتزام بإعلام المستهلك بكل المعلومات المتعلقة بالمنتج:

يجب على كل متدخل أن يعلم المشتري بكل المعلومات المتعلقة بالمنتج الذي يضعه للاستهلاك بواسطة الوسم أو وضع العلامات أو أية وسيلة أخرى مناسبة.

ويجب أن تحرر بيانات الوسم وطريقة الاستخدام وشروط ضمان المنتج باللغة العربية، وبطريقة مرئية ومقروءة ويتعذر محوها، ويجب أن يتضمن الوسم البيانات التالية:

¹ أنظر: المادة 08 من القانون 04-02

- قائمة المكونات والتوابل عند الاقتضاء.
- الكمية الصافية أو الوزن الحقيقي للسلع.
- تاريخ الصنع والتاريخ الأقصى لصلاحية الاستهلاك والشروط الخاصة بالحفظ كضرورة حفظها في مكان بارد وجاف.
- طريقة الاستعمال.
- تحديد مصدر السلعة بذكر اسم الشركة أو العلامة المحلية، وعنوان الشخص المسؤول عن صناعة المنتج أو توزيعها أو استيرادها.

وكل متدخل يعرض منتجات مخالفة لإلزامية وسم المنتج يعاقب بغرامة من 50 ألف دينار إلى مليون دينار وهذا بالإضافة إلى التدابير الأخرى والمتعلقة بتدخل أعوان قمع الغش لسحب المنتج أو إتلافه في حال عدم المطابقة.

د- الالتزام بالسلامة:

يجب على كل متدخل في وضع المواد الغذائية للاستهلاك احترام إلزامية سلامة هذه المواد والسهر على أن لا تضر بصحة المشتري.

كما يمنع وضع مواد غذائية للاستهلاك تحتوي على ملوث بكمية كبيرة وغير مقبولة بالنظر للصحة البشرية وخاصة فيما يتعلق بالجانب السام له.

ولقد أولى المشرع أهمية بالغة للالتزام بالسلامة باعتباره قد ألزم صراحة كل متدخل في عملية وضع المواد الغذائية للاستهلاك أن يسهر على احترام شروط النظافة والنظافة الصحية للمستخدمين ولأماكن ومحلات التصنيع أو المعالجة أو التحويل أو التخزين، وكذلك وسائل نقل هذه المواد وضمان عدم تعرضها للتلف بواسطة عوامل بيولوجية أو كيميائية أو فيزيائية.

ولقد وسع المشرع من نطاق المسؤولية في علاقة المحترف بالمستهلك واعتبر أن كل منتج يعدّ مسؤولاً قانوناً أن الضرر الناتج عن عيب في منتوجه حتى ولو لم تربطه بالمتضرر علاقة تعاقدية.

ويعدّ منتوجا في مفهوم المادة 140 مكرر كل مال منقول ولو كان متصلا بعقار لا سيما المنتوج الزراعي والمنتوج الصناعي وتربية الحيوانات والصناعة الغذائية والصيد البري والبحري والطاقة الكهربائية.

كما يندرج في إطار الالتزام بالسلامة إلزامية أمن المنتوجات، بحيث ألزم المشرع صراحة أن تكون المنتوجات الموضوعة للاستهلاك مضمونة ولا تلحق ضرراً بصحة المستهلك ومصالحه وأمنه بالاستعمال المشروع المنتظر منها¹.

ويتعين على كل متدخل في إطار تداول المواد من المنتج إلى المستهلك أن يراعي إلزامية أمن المنتج الذي يضعه للاستهلاك فيما يخص:

- مميزاته وتركيبته وتغليفه وشروط تجميعه وصيانتته.
- تأثير المنتج على المنتوجات الأخرى عند توقع استعماله مع هذه المنتوجات.
- عرض المنتج ووسمه والتعليقات المحتملة الخاصة باستعماله أو إتلافه وكذلك الإرشادات أو المعلومات الصادرة عن المنتج.
- فئات المستهلكين المعرضين لخطر جسيم نتيجة استعمال المنتج خاصة الأطفال.

كما تجدر الإشارة في الأخير على أن من مقومات الالتزام بالسلامة إلزامية مطابقة المنتج للطلبات المشروعة للمستهلك سواء من حيث مصدره والنتائج المرجوة منه والمميزات التنظيمية من ناحية تغليفه وتاريخ صنعه والتاريخ الأقصى لاستهلاكه وكيفية استعماله وشروط حفظه والاحتياطات المتعلقة بذلك والرقابة التي أجريت عليه².

هـ- الالتزام بالضمان:

¹ أنظر: المادة 09 من قانون حماية المستهلك وقمع الغش 03-09 المؤرخ في 25 فبراير 2009

² أنظر: المادة 11 من قانون حماية المستهلك وقمع الغش.

بالإضافة للأحكام العامة للبيع والمتعلق بالتزام البائع بضمان التعرض والاستحقاق وضمان العيوب الخفية¹، فإن المحترف ملزم بالإضافة إلى ذلك بالضمان القانوني وخدمة ما بعد البيع.

وعليه يستفيد كل مقتن لأي منتج سواء كان جهازاً أو أداة أو آلة أو عتاد أو مركبة أو أي مادة تجهيزية من الضمان بقوة القانون، ويجب على كل متدخل خلال فترة الضمان المحددة في حالة ظهور عيب في المنتج استبداله أو إرجاع ثمنه أو تصليح المنتج على نفقته، ويعد الالتزام بالضمان التزاماً مجانياً وقانونياً، ويقع باطلاً كلّ شرط في العقد يقضي بتقليص الضمان أو إعدامه².

غير أنه يجوز الاتفاق على الزيادة في الضمان سواء بمقابل أو بدون مقابل ولا يؤثر ذلك على الضمان القانوني.

وفي جميع الأحوال يثبت الضمان وشروطه وبنوده في وثيقة مرفقة بالمنتج.

وفي الأخير تجدر الإشارة إلى أنه يتعين على كل متدخل معني بالضمان وحتى بعد انقضاء فترة الضمان أن يضمن للمستهلك صيانة وتصليح المنتج المعروض في السوق في إطار خدمة ما بعد البيع.

و- الالتزام بالنزاهة:

لقد حددت المادة 29 من القانون المتعلق بالممارسات التجارية الممارسات التعاقدية التعسفية في علاقة البائع بالمشتري في البيع التجاري وعددها على سبيل المثال لا الحصر وهي:

- 1) أخذ حقوق وامتيازات لا تقابلها حقوق وامتيازات معترف بها للمشتري.
- 2) فرض التزامات فورية ونهائية على المشتري في العقود في حين أنه يتعاقد هو بشروط يحققها متى أراد.

¹ أنظر: عادل علي المقدادي، المرجع السابق، ص.36. سمير عبد السيد تناغو، المرجع السابق، ص.235.
² أنظر: المادة 13 من قانون حماية المستهلك وقمع الغش

- (3) امتلاك حق تعديل عناصر العقد الأساسية أو مميزات المنتج المسلم دون موافقة المشتري.
- (4) التفرد بحق تغيير شرط أو عدة شروط من العقد أو التفرد في اتخاذ قرار البت في مطابقة العملية التجارية للشروط التعاقدية.
- (5) إلزام المشتري بتنفيذ التزاماته دون أن يلزم نفسه بها.
- (6) رفض حق المشتري في فسخ العقد إذا أخل هو بالالتزام في ذمته.
- (7) التفرد بتغيير آجال تسليم منتج أو آجال تنفيذ خدمة.
- (8) التهديد بقطع العلاقة التعاقدية لمجرد رفض المشتري الخضوع لشروط تجارية جديدة غير متكافئة.

ويعاقب كل مخالف لها بغرامة من 50 ألف دينار إلى خمس ملايين دينار.

ثانياً: التزامات المشتري.

إن من أهم التزامات المشتري هو دفع الثمن وهو العنصر الإلزامي الثاني لعقد البيع وهذا ما أكدته صراحة المادة 351 من القانون المدني.

ويترتب عن تطبيق المادتين 356 و357 من القانون المدني أن الثمن يجب أن يكون محددًا يوم إبرام البيع أو أن يكون قابلاً للتحديد وذلك إما بالاتفاق على المبلغ الإجمالي الواجب دفعه من طرف المشتري أو على الأقل على العناصر المختلفة الضرورية لتحديده.

وبالرجوع لنص المادة الرابعة من قانون المنافسة، فإن أسعار السلع والخدمات تحدد بصفة حرة بالاعتماد على قواعد المنافسة وهذا تفصيلاً كما يلي:

أ- القاعدة في تحديد مضمون الثمن:

الثمن هو المبلغ النقدي المطابق لقيمة المبيع، غير أنه وفي كثير من الأحوال قد يضطر المشتري إلى دفع مبالغ إضافية متعلقة بالضريبة على القيمة المضافة TVA ودمغة الطابع، ومن ثم فإذا كان الثمن (HT) فهذا يعني أن الثمن المعروف هو المبلغ النقدي

المطابق لقيمة السلعة بدون احتساب الضريبة أو إذا كان الثمن (TTC) فهذا يعني المبلغ الإجمالي الذي على المشتري دفعه، يتم تقديره بثمن السلع والضريبة المضافة¹.

وتعد ممارسة تجارية غير مشروعة كل إعادة بيع سلع بسعر أدنى من سعر تكلفتها الحقيقي²، أي يمنع على أي عون اقتصادي من بيع سلعة بسعر أدنى من سعر التكلفة ويقصد بسعر التكلفة الحقيقي سعر الشراء بالوحدة المكتوب على الفاتورة يضاف إليه الحقوق والرسوم وعند الاقتضاء أعباء النقل.

الاستثناءات الواردة على هذا المبدأ:

غير أنّ هذا الحظر لا ينطبق في الاستثناءات التالية:

- السلع سهلة التلف والمهددة بالفساد السريع .
- السلع التي بيعت بصفة إرادية أو حتمية بسبب تغير النشاط أو إنهائه أو إثر تنفيذ حكم قضائي (شهر الإفلاس).
- السلع الموسمية وكذلك السلع المتقدمة أو البالية تقنياً.
- السلع التي تم التمويين منها أو يمكن التمويين منها من جديد بسعر أقل وفي هذه الحالة يكون السعر الحقيقي لإعادة البيع يساوي سعر إعادة التمويين الجديد.
- المنتجات التي يكون فيها سعر إعادة البيع يساوي السعر المطبق من طرف الأعران الاقتصاديين الآخرين بشرط ألا يقل سعر البيع من طرف المتنافسين حد البيع بالخسارة.

ب- بعض البيوع التجارية الخاضعة لشروط الترخيص

نظمها المشرع بموجب المرسوم التنفيذي رقم 215-2006³ ويمكن إجمالها فيما يلي:

1- البيع بالتخفيض Solde :

¹ أنظر بموسات عبد الوهاب، المرجع السابق، ص61.

² أنظر: المادة 19 من القانون 02-04 المنظم للممارسات التجارية

³ أنظر: مرسوم تنفيذي رقم 215-2006 المؤرخ في 18 يونيو 2006 يحدد شروط وكيفيات ممارسة البيع بالتخفيض والبيع الترويجي والبيع في حالة تصفية المخزون والبيع عند مخازن المعاملو البيع خارج المحلات التجارية بواسطة فتح الطرود.

يقصد بالبيع بالتخفيض كل بيع بالتجزئة للسلع و المرفوق أو المسبوق بالإشهار والذي يهدف إلى بيع السلع المودعة في المخزن بصفة سريعة، ولا يجوز أن يشمل البيع بالتخفيض إلا السلع التي يشتريها العون الاقتصادي منذ ثلاثة أشهر على الأقل ابتداء من تاريخ بداية فترة البيع بالتخفيض.

ويتم الترخيص بالتخفيض مرتين في السنة وتكون مدتها 06 أسابيع متواصلة خلال الفصلين الشتوي والصيفي، ويحدد البيع بالتخفيض خلال الفترة الممتدة بين شهري يناير وفبراير من الفترة الشتوية وشهري جويلية وأوت من الفترة الصيفية¹.

ولقد استلزم المشرع شروطا للبيع بالتخفيض:

- أن يتم البيع بالتخفيض في نفس المحل التجاري الذي يمارسون فيه نشاطهم.
- تعرض السلع موضوع التخفيض بصفة منفصلة عن باقي السلع.
- يجب أن يعلن البائع عن التخفيضات بالإشهار والتعليق على واجهة المحل وبكل الوسائل المتاحة.
- وقد استلزم المشرع أن يضع البائع الثمن قبل التخفيض وأثناءه ليتسنى للمشتري معرفة مدى صحة العرض.
- إعلام المشتري بتاريخ بداية التخفيضات ونهايتها وكذا نسبة التخفيضات سواء كانت ثابتة أو تدريجية².
- إيداع تصريح لدى المدير الولائي للتجارة المختص إقليميا وأن يرفق بالتصريح الوثائق التالية (م. 6 من المرسوم التنفيذي):
 - ✓ نسخة من مستخرج السجل التجاري أو مستخرج سجل الصناعة التقليدية والحرف.
 - ✓ قائمة السلع موضوع البيع بالتخفيض وكمياته.
 - ✓ قائمة عن الأسعار الممارسة سابقا والأسعار بعد التخفيض.

¹ أنظر المادة 03 من المرسوم التنفيذي 2006-215 السابق الذكر.

² أنظر: المادة 05 من المرسوم التنفيذي 215/06 السابق الذكر

وبمجرد إيداع التصريح يحصل العون الاقتصادي فوراً على الرخصة بالتخفيض.

2- البيع الترويجي Promotion:

ويقصد بالبيع الترويجي¹ كل تقنية بيع سلع مهما يكن شكلها والتي يرمي العون الاقتصادي عن طريقها إلى جلب الزبائن وكسب وفائهم. ويمارس البيع الترويجي في المحال الذي يمارسون فيه نشاطهم.

ويتعين على البائع إعلام الزبائن عن طريق الإشهار على واجهة المحل ومدة الترويج والمزايا المقدمة. كما يلتزم بالتصريح لدى المدير الولائي للتجارة المختص إقليمياً والذي يتضمن ما يلي:

- بداية ونهاية البيع الترويجي.
- التقنيات والأسعار الترويجية المطبقة.
- هوية المحضر القضائي في حال تنظيم عمليات سحب بالقرعة.

ويجب أن يرفق بالتصريح الوثائق التالية:

- نسخة من مستخرج السجل التجاري أو سجل الصناعة التقليدية والحرف.
- قائمة السلع موضوع عملية الترويج.

وفي جميع الأحوال يجب أن لا ترتبط عمليات البيع الترويجي المتمثلة في منح الزبائن جوائز عن طريق سحب بالقرعة بشراء سلعة أو بمقابل مالي، أي أن الجوائز تكون بالمجان وغير مرتبطة بسلعة معينة.

3- البيع في حالة تصفية المخزونات (Liquidation) .

يقصد بالبيع في حالة تصفية المخزونات² كل بيع مسبق بإشهار والذي يهدف عن طريق تخفيض في السعر إلى بيع وبصفة سريعة لكل أو جزء من السلع الموجودة. ولا يكون

¹ أنظر: المادة 7 من المرسوم التنفيذي 215-06 السابق الذكر.

² أنظر المادة 10 من المرسوم التنفيذي 215-2006 السابق الذكر

البيع بتصفية المخزون إلا في حال ما إذا تم التوقف النهائي أو المؤقت للنشاط أو تغيير أو تعديل جوهري في شروط استغلاله.

ويتم البيع في حالة تصفية المخزون في نفس المحل التجاري ويتم الإعلان عن هذا البيع بالإصاق على واجهة المحل معلنا بدايته ونهايته والسلع المعنية وكذا قيمة التخفيضات.

ويخضع هذا النوع من البيوع إلى التصريح المسبق لدى المدير الولائي للتجارة المختص إقليمياً ويكون مرفقا بالوثائق التالية:

- في حالة التوقف عن النشاط نسخة من مستخرج الشطب من السجل التجاري أما إذا كان التوقف مؤقتاً فتصريح شرفي من العون الاقتصادي يحدد فيه مدة التوقف.
- في حالة تغيير النشاط نسخة من مستخرج السجل التجاري يثبت تغيير النشاط.
- جرد للسلع التي ستكون قبل التصفية وأسعار بيعها.

4- البيع عند مخازن المعامل:

يقصد بالبيع عند مخازن المعامل¹ البيع الذي يقوم به المنتج مباشرة للمستهلكين ويخص جانباً من السلع التي لم تبع أو التي تم إعادتها بعد البيع. والمقصود بمخازن المعامل منشآت يهيئها المنتجون خصيصاً على مستوى مقر الإنتاج لممارسة البيع للجمهور، على أن تكون منفصلة عن وحدات الإنتاج.

ويتم الإعلان وبكل الوسائل عن بداية ونهاية البيع عند المخازن وكذا التخفيضات المقررة للسلع.

ويتم الترخيص للمنتجين بالبيع بأسعار منخفضة عند المخازن بعد إيداع تصريح بالبيع عند مخازن المعامل لدى المدير الولائي للتجارة مرفقا بالوثائق التالية²:

- نسخة من مستخرج السجل التجاري.

¹ أنظر المادة 13 من المرسوم التنفيذي 2006-215 السابق الذكر.

² أنظر المادة 16 من المرسوم التنفيذي 2006-215 السابق الذكر

- قائمة وكميات السلع موضوع البيع عند المخازن.
- جدول يبين فيه الأسعار التي ستطبق.

5- البيع خارج المحلات التجارية بواسطة فتح الطرود:

أهم ما يميز البيع خارج المحلات التجارية بواسطة فتح الطرود¹ أنه يتم خارج المحال التجارية، ويتم في الساحات أو مواقف السيارات والأماكن المعدة لذلك، أو حتى بواسطة سيارات معدة خصيصاً لذلك.

ولا يمكن أن تتعدى مدة البيع خارج المحلات التجارية بواسطة فتح الطرود شهرين قابلة للتجديد مرة واحدة في السنة المدنية الواحدة.

وتحدد في بداية كل سنة الأماكن والمساحات المخصصة لهذا النوع من البيوع وكذا فترات البيع، بقرار صادر عن الوالي المختص إقليمياً بناءً على اقتراح من المدير الولائي للتجارة واستشارة الجمعيات المهنية وجمعيات حماية المستهلك.

ويخضع البيع خارج المحلات التجارية بواسطة فتح الطرود إلى الترخيص من الوالي المختص إقليمياً، ويجب أن يتضمن الطلب الوثائق التالية:

- طلب الرخصة.
- نسخة من مستخرج السجل التجاري.
- نسخة من البطاقة الرمادية للسيارة المعدة للبيع.

ويتم إيداع الطلب قبل شهرين من بداية فترة البيع ويلتزم الوالي بالرد على الطلب خلال 30 يوماً، ويعد السكوت في هذه الحالة قبولاً ضمناً، أما الرفض فيبلغ للعون الاقتصادي كتابياً ويجوز له الطعن فيه وفقاً للتشريع المعمول به².

¹ أنظر المادة 17 من المرسوم التنفيذي 2006-215 السابق الذكر.

² أنظر المادة 19 من نفس المرسوم التنفيذي السابق الذكر.

المحور الثاني: الرهن التجاري.

يعد القانون التجاري قانون السرعة و الإلتئمان، ولا تعارض بين الإلتئمان والرهن كما كان ينظر إليه سابق، ويختلف الرهن التجاري عن الرهن المدني سواء من حيث الشكلية المطلوبة أو كيفية التنفيذ على المال المرهون¹.

أولاً: ماهية الرهن التجاري.

للقوف على ماهية الرهن التجاري لابد من تعريفه وتحديد طبيعته القانونية

1- تعريف الرهن التجاري:

المقصود بالضمان العام أن جميع أموال المدين ضامنة للوفاء بديونه عند حلول أجل استحقاقها، غير أن جميع الدائنين متساوون ويقتسمون أموال المدين قسمة غرماء²، بل أنه في كثير من الأحيان لا تكفي أموال المدين لتغطية ديونه ولا يرضى الدائن بالضمان العام، وعلى هذا الأساس ولضمان عدم مزاحمة الدائنين العاديين وعدم التأثر بأفعال المدين يسعى الدائن للحصول من مدينه على ضمان خاص قد يكون شخصياً كالكفالة أو عينياً كالرهن³.

إن الرهن حق عيني تبعي فهو حق عيني لأنه يمنح للدائن سلطة مباشرة على المال محل الرهن وله الحق في التتبع وبالأولوية على باقي الدائنين والحق في التنفيذ عليه إذا لم يحم المدين بالوفاء بالدين عند حلول أجل الاستحقاق، غير أنه تبعي أي تابع للحق الشخصي المتمثل في حق المديونية فلا يقوم الرهن مستقلاً وينقضي بانقضاء الحق الشخصي⁴.

وعليه يمكن تعريف الرهن بأنه عقد يلتزم بمقتضاه شخص ضماناً لدين عليه أو على غيره أن يسلم مالا إلى الدائن، أو إلى شخص آخر يعينه المتعاقدان ويحول له حق حبس المال المرهون إلى أن يستوفي حقه أو ينفذ عليه.

¹ أنظر: علي البارودي، العقود و عمليات البنوك، منشأة المعارف، بدون سنة النشر، ص.97.

² أنظر: المدة 188 من القانون المدني

³ أنظر: عزيز العكيلي، شرح القانون التجاري، ص 262 – 263.

⁴ نفس المرجع، نفس الصفحة.

وقد يلجأ التجار وفي كثير من الأحوال ولدعم انتمائهم إلى رهن أموالهم خاصة المنقولة منها سواء المادية أو حتى المعنوية، كالسندات التجارية والقيم المنقولة والمحلات التجارية وبراءة الاختراع والعلامة التجارية.. ويخرج من نطاق هذا المفهوم رهن العقار باعتباره لا يتمشى والسرعة والائتمان التجاري مناطا كل عمل تجاري، لكون الرهن العقاري مقيد بالرسمية كشرط انعقاد والقيود في السجل العقاري لنفاذ الرهن في مواجهة الغير¹.

ويمكن تقسيم الرهن التجاري إلى نوعين أساسيين أولهما رهن المنقول بنقل الحيابة من المدين الراهن إلى الدائن المرتهن ورهن المنقول دون نقل الحيابة وقبل ذلك سنتطرق إلى الطبيعة القانونية للرهن.

2- الطبيعة القانونية للرهن:

نصت المادة 31 من ق ت: "ينسب الرهن المتمم من تاجر أو غير تاجر لأجل عمل من الأعمال التجارية تجاه الغير وبالنسبة للمتعاقدین طبقاً لأحكام المادة 30 أعلاه".

يتضح من هذا النص أن الرهن يعد تجارياً إذا تقرر لضمان الوفاء بدين تجاري بالنسبة للمدين وهذا يعد استثناء لنظرية الأعمال التجارية بالتبعية والتي تستند أساساً على صفة القائم بالتصرف سواء أكان تاجر أو غير تاجر، أما الرهن ولكونه حق عيني تبعي فإنه لا يتبع صفة القائم به بل لطبيعة الدين الذي أنشأ الرهن لضمان الوفاء به، فإذا كان تجارياً عد الرهن تجارياً بعض النظر عن صفة القائم به²، ولا تسري على الرهن التجاري نظرية الأعمال المختلطة التي تأخذ بعين الاعتبار صفة المدعي لتحديد النظام القانوني الواجب التطبيق فالرهن تحدد طبيعته بالرجوع لطبيعة الدين بالنسبة للمدين فقط³.

فمثلاً إذا تم الرهن بمناسبة قرض من البنك فإن هذا الرهن لا يكون تجارياً إلا في حال ما إذا كان الغرض من القرض عمل تجاري وسواء كان المقترض تاجر أو غير تاجر

¹ انظر المادة 456 ق م.

² انظر: مصطفى كمال طه، العقود التجارية وعمليات البنوك، ص 49.

³ انظر: عمر فؤاد عمر، الوسيط في القانون التجاري، دار النهضة العربية، 2008، ص 146.

فإن اقترض فلاح مبلغا من المال من البنك بضمان رهن عتاده غير أن مبلغ القرض وجه للمضاربة والشراء من أجل إعادة البيع وتحقيق الربح، فإن الرهن هنا يعد تجاريا وليس مدنيا.

وعليه فإن الرهن التجاري يعد نظام قانوني مستقل بشكليته و آثاره مما يقتضي ضرورة تطبيق قواعد واحدة على الرهن ، فالعبرة دائما بالدين المضمون فقط، بحيث يكون الرهن تجاريا إذا كان الدين المضمون تجاريا، وهذا حتى ولو كان الدائن المرتهن غير تاجر¹.

وفي الأخير تجدر الإشارة إلى أنه في حال ما إذا كان المال المرهون مقدم من قبل الغير فإنه في هذه الحالة يعد الرهن مدنيا (كفالة عينية) باعتبار أن مقدم الضمان يعد متبرعا².

ثانيا: أقسام الرهن التجاري.

يمكن تقسيم الرهن التجاري إلى نوعين أساسيان بالرجوع إلى نقل الحيازة من عدمه وهذا تفصيلا كما يلي:

المطلب الأول: رهن المنقول مع الالتزام بالتسليم.

نصت المادة 32 من القانون التجاري على : "لا يستمر الامتياز في جميع الأحوال على الرهون إلا إذا وضع هذا الأخير في حيازة الدائن وبقي لديه أو لدى الغير المتفق عليه من الطرفين.

ويعتبر الدائن حائز للبضائع متى كانت تحت تصرفه في مخازنه أو سفنه أو في الجمرک أو في مستودع عمومي أو كان بيد الدائن قبل وصولها وثيقة الشحن أو أي سند نقل آخر معادر لها".

¹ أنظر: على البارودي، المرجع السابق، ص.104.

² أنظر: عزيز العكيلي، المرجع السابق، ص 268.

من خلال استقراء هذه المادة نجد أن المشرع قد ربط امتياز الدائن المرتهن بانتقال حيازة أو تسليم الشيء المرهون إلى الدائن المرتهن أو إلى شخص من الغير يتم الاتفاق عليه، ولا ينفذ الرهن في حق الغير، ولا يكون للدائن المرتهن أن يتقدم على غيره من الدائنين إلا بالتسليم وانتقال حيازة الشيء المرهون من الراهن إلى الدائن المرتهن¹..

غير أن السؤال الذي يطرح في هذا الإطار هل يعد الرهن من قبيل العقود الرضائية أم من قبيل العقود العينية؟

ذهب جانب من الفقه إلى اعتبار أن الرهن التجاري من قبيل العقود العينية التي لا يكفي لانعقاده الاتفاق بين الطرفين وإنما يشترط لانعقاده تسليم المال المرهون، فالتسليم حسب رأيهم شرط لانعقاد الرهن وليس التزاما يقع على عائق المدين، وأن إبرام العقد بدون تسليم ما هو إلا وعد بالرهن، وهذا الأخير لا قيمة له من الناحية القانونية².

غير أن الراجح أن هناك نوعا من الخلط بين انعقاد العقد والالتزامات المترتبة عن هذا العقد، فالرهن يتولد عنه امتياز يتمثل في حق الدائن المرتهن من حبس المال المرهون إلى غاية تسديد الدين أو الحق في التنفيذ على المال المرهون في حال عدم الوفاء³.

وعلى هذا الأساس فإن امتياز الدائن المرتهن لا ينشأ إلا بانتقال الحيازة أو تسليم الشيء المرهون سواء للدائن أو لشخص من الغير يتم الاتفاق عليه:

وكخلاصة لما سبق فإن الرهن عقد رضائي، يكفي لانعقاده تبادل التعبير عن إرادتين متطابقتين، وليس عقدا عينيا، قابلا للإثبات بكل طرق الإثبات، غير أن آثاره ونفاذه بالنسبة للغير مرتبط بالتسليم⁴.

وتتجلى أهمية التسليم في رهن المنقولات المادية، فيما يلي:

¹ أنظر مصطفى كمال طه، المرجع السابق، ص. 51.

² انظر: عزيز العكيلي، المرجع السابق، ص 229.

³ انظر: بموسات عبد الوهاب، محاضرات في العقود التجارية، مطبوعة غير منشورة، ص 74..

⁴ أنظر: علي البارودي، المرجع السابق، ص. 104.

1- متى انتقلت الحيازة المادية للشيء المرهون تمكن الدائن المرتهن أو الغير المتفق عليه من حبس العين المرهونة إلى حين استيفاء حقه وتمكنه من مباشرة امتيازته عليه وبالأولية على الدائنين الآخرين¹.

2- بانتقال الحيازة لا يمكن للغير حسن النية أن يتمسك في مواجهة الدائن المرتهن غير الحائز بقاعدة الحيازة في المنقول سند للملكية.

فأثبت الرهن التجاري حر وفقاً لمبدأ حرية الإثبات في المواد التجارية، ويكفي لكي يسري على الغير أن تنتقل حيازة المال المرهون من المدين الراهن إلى الدائن المرتهن².

الفرع الأول: التنفيذ عن المال المرهون.

يترتب عن رهن المنقول المادي الحق في التنفيذ على المال المرهون في حال عجز المدين عن الوفاء بالدين عند حلول أجل الاستحقاق.

وبالرجوع سند المادة 33 من القانون التجاري، نجد أن إجراءات التنفيذ تعد بسيطة لتلاءم و السرعة والائتمان مناطا القانون التجاري.

وبمجرد حلول أجل الاستحقاق يلزم الدائن المرتهن بإعذار مدينه أو الكفيل العيني بحلول أجل الاستحقاق وإمهاله أجل 15 يوماً للوفاء بالدين أو التنفيذ على المال المرهون بطريق المزاد العلني، وتدخّل السلطة القضائية والممثلة في رئيس المحكمة يقتصر على تعيين محافظ للبيع في المزاد العلني.

غير أن جانب من الفقه انتقد أجل 15 يوماً والتمس من المشرع تقليص هذا الأجل إلى 08 أيام ليتماشي وبعض القوانين المقارنة³.

غير أنه وفي المقابل قرر المشرع تقرير حماية للمدين الراهن ضد تعسف الدائن عند إقراره للرهن ومن بين الشروط التعسف ذكر المشرع:

1- شرط التملك عند عدم الوفاء:

¹ أنظر: عادل علي المقدادي، المرجع السابق، ص 140.

² أنظر: علي البارودي، المرجع السابق، ص 106.

³ أنظر: بموسات عبد الوهاب، المرجع السابق، وسمير جميل حسين الفتلاوي، المرجع السابق، ص 506.

قررت المادة 3/33 من القانون التجاري على أنه: "ويعتبر لاغيا كل شرط يرخص فيه للدائن بأن يملك المرهون ...".

كأن يتفق المدين الراهن أن يتنازل عن ملكية المال المرهون وفاء لقيمة الدين إذ عجز المدين عن الوفاء بقيمة الدين عند حلول أجل الاستحقاق، فهذه الشروط تعد باطلة حماية للمدين الراهن غير أن البطلان تقتصر على الشرط ولا يمتد أثره للرهن¹.

لكن في المقابل هل يجوز الانفاق بعد حلول أجل الاستحقاق وعجز المدين الراهن عن الوفاء بدينه على أن يملك الدائن العين المرهونة وفاء لحقه باعتباره وفاء بمقابل؟

أن هذا الاتفاق لا يعد شرطا للتملك باعتباره لاحقا لأجل الاستحقاق ومن تم إنتفاء شبهة استغلال الدائن المرتهن لحاجة الراهن، إلا أن في ذلك تحايل على شرط البيع بالمزاد العلني، ومن ثم فإن الدائن تملك الشيء المبيع ما عليه إلا أن يزايد في عملية البيع ضمانا لحق المدين الراهن وكذا باقي الدائنين في حال ما إذا كانت قيمة المال المرهون تزيد عن مبلغ الدين.

2- شرط بيع المال المرهون بدون شرط:

وهذا الشرط قد نص عليه المشرع طرحه نص المادة 33 الفقرة الأخيرة بنصها على أن الاتفاق على التعرف في المال المرهون بخلاف الأحكام المقررة سابقا يعد باطلا لأن في ذلك استغلال للوضع الحالي للمدين الراهن ومن ثم فإن الإجراءات التي لا بد من احترامها هي:

أ- إعدار المدين بورقة غير قضائية (بدون حاجة إلى محضر).

ب- إمهاله 15 يوما قبل البدء بالتنفيذ على المال المرهون.

¹ أنظر: مصطفى كمال طه، المرجع السابق، ص75.

ج- بيع المال المرهون بالمزاد العلني بمعية محافظ البيع بالمزاد العلني المعين من قبل رئيس المحكمة بموجب أمر على عريضة وفقا لأحكام قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

الفرع الثاني: رهن المنقولات المعنوية.

يختلف الرهن التجاري بين المنقولات المادية والمنقولات المعنوية وفي هذا الإطار يمكن تمييز الفروض التالية:

أولاً: رهن السندات التجارية.

نظم المشرع السندات التجارية بموجب المواد 389 وما يليها من القانون التجاري والسندات التجارية التي يمكن رهنها هي السفتجة والسند لأمر أما الشيك فلا يعد وسيلة للائتمان وإنما أداة وفاء، وبالتالي لا يجوز رهنه أو تقديمه كضمان¹.

ولقد بين القانون التجاري كيفية رهن السندات التجارية عن طريق التظهير، والتظهير ثلاث أنواع فقد يكون تظهراً تاماً أي ناقل للملكية أو تظهيراً توكيلياً أي حامل السند مجرد وكيل، أو رهنها أي تقديمها للمظهر إليه ضماناً للوفاء بدين له في ذمة المظهر وهذا ما يصطلح عليه بالتظهير التأميني².

والشروط الموضوعية لصحة التظهير التأميني هي نفسها شروط التظهير الناقل للملكية باعتباره من أعمال التصرف، أما الشروط الشكلية فقد نصت عليها المادة 401 وما يليها من القانون التجاري والمتمثلة في ضرورة إدراج عبارة دالة على أن التظهير عبارة عن رهن حيازي كعبارة القيمة موضوعة ضماناً أو القيمة موضوعة رهناً، ويترتب عن رهن السندات التجارية ضرورة نقل حيازة السند المرهون من المدين الراهن إلى الدائن

¹ أنظر: سمير جميل حسن الفتلاوي، المرجع السابق، ص. 483.

² أنظر: علي فتاك، الأوراق التجارية ص 75.

المرتهن. ويكون التنفيذ في هذه الحالة بقطاع الدين من قيمة السند التجاري بعد استيفاء قيمتها وليس وفقا للقواعد العامة للرهن والتي تقتضي بيع الشيء المرهون بالمزاد العلني¹.

ويمكن تلخيص شروط التظهير التأميني² فيما يلي:

- أن يكون المظهر أهلا للتوقيع على السند.
 - يجب أن يكون المظهر مالكا لمقابل الوفاء
 - يجب أن يرد التظهير على نفس السند
 - نقل حيازة السند إلى المظهر له
 - وأن تدرج عبارة تدل على أن التظهير تأميني
- وفي هذا النوع من التظهير لا بد من تمييز الفروض التالية:

أ- أثر التظهير التأميني في علاقة المظهر بالمظهر له:

وهو عبارة عن رهن حيازي أي تنتقل حيازة السند إلى الدائن المرتهن، ويجوز لهذا الأخير أن يمارس جميع الحقوق المترتبة على السند، لكن لا يجوز لهذا الأخير أن يظهرها إلا توكيلا تطبيقا لمبدأ الكفاية الذاتية للسند التجاري³.

ويلتزم المظهر له بالمحافظة على الشيء المرهون واتخاذ جميع الإجراءات الكفيلة باستيفاء السند التجاري عند حلول أجل الاستحقاق كالتقديم وتحرير الاحتجاج والرجوع بالضمان وإلا كان مسؤولا عما لحق المظهر من ضرر في حال سقوط الالتزام الصرفي⁴.

والمظهر له ليس مالكا للسند التجاري وإنما مجرد دائن مرتهن بضمان رهن حيازي على السند، غير أن له الحق في التنفيذ على المال المرهون في حال حل أجل إستحقاق الدين ولم يقم المدين بالوفاء. وتحصيل السندات التجارية المسلمة كرهن يكون من طرف الدائن المرتهن⁵ ولكن لا بد من تمييز فرضين:

¹ أنظر: بلعيساوي محمد الطاهر، الوجيز في شرح الأوراق التجارية، دار هومة، 2016، ص.68.

² أنظر بلعيساوي محمد طاهر، المرجع السابق ص.69

³ أنظر: سمير جميل حسن الفتلاوي، المرجع السابق، ص.484.

⁴ أنظر سميحة القليوبي، الأوراق التجارية، دار النهضة العربية، 2016، ص.161.

⁵ أنظر: المادة 31 الفقرة 6 من القانون التجاري.

- **الفرض الأول:** هو تطابق الأجلين فهذا الفرض لا يطرح أي إشكال بحيث أن بمجرد الوفاء بقيمة السند يستوفي الدائن حقه وإذا كانت قيمة السند أعلى من قيمة الدين فإنه يلتزم بإرجاع ما تبقى للمظهر.

- **الفرض الثاني:** في حال عدم تطابق الأجلين.

ففي حال ما إذا كان تاريخ استحقاق السند سابقاً لتاريخ استحقاق الدين فيقوم المظهر له باستيفاء قيمة السند ويحبس المبلغ عنده إلى غاية حلول أجل استحقاق الدين ويرد للمظهر ما تبقى إذا وجد، أما إذا كان أجل الدين سابقاً لتاريخ استحقاق السند فإنه يجوز للمظهر الوفاء بقيمة الدين وبالتالي ينقضي الرهن لكونه التزام تبعية ويسترجع السند ويجوز أن يظهرها من جديد¹.

أما إذا لم يتم المظهر بالوفاء فيجوز للدائن التنفيذ على المال المرهون بالخصم، كما يجوز له انتظار أجل استحقاق السند.

ب- أثر التظهير التأميني في علاقة المظهر له بالغير:

هذا الأثر نظمه المشرع بموجب نص المادة 401 الفقرة الأخيرة من القانون التجاري: "ولا يمكن للملزمين أن يتمسكوا ضد الحامل بالدفوع المبنية على علاقتهم الشخصية بالمظهر.." أي أن هذا التظهير يأخذ حكم قاعدة تطهير الدفوع.

بالإضافة إلى رهن السندات التجارية والتي موضوعها مبلغ من النقود يجوز أيضاً رهن السندات التجارية والتي موضوعها بضاعة كما هو الشأن في سند النقل وسند الخزن.

فأما سند النقل فقد عرفته المادة 543 مكرر 8 وهو عبارة عن ورقة تجارية تمثل ملكية البضائع وهي سندات تجارية، ويجب أن يحتوي على اسم الشخص الطبيعي أو المعنوي الشاحن أو اسمه التجاري ومهنته، وطبيعة البضاعة والبيانات التي تسمح بالتعرف عنها وعن قيمتها.

¹ أنظر: سميحة القليوبي، المرجع السابق، ص.162.

و وفقا لنص المادة 543 مكرر 13 فإن جميع الأحكام المطبقة على سند الأمر تطبيق على سند النقل وعليه فيجوز تظهير هذا السند تأمينيا كما سبق الشرح.

و أما سند الخزن فهو استمارة ضمان ملحقة بوصل البضاعة المودعة بالمخازن العامة (م 543 مكرر وسند الخزن هو سند يسمح للمودع بالاقتراض على قيمة البضائع المودعة بالمخزن العمومي).

ويمكن لحائز السند وفي أي وقت أن يفصل سند الخزن ويحوله لإذن حامل وتشكل البضاعة حينئذ ضمانا لتسديد المبلغ المفترض عند الاستحقاق، وباعتبار أن سند الخزن هو من قبيل السندات التجارية فهذا يعني أنه قابل للتظهير سواء كان تظهيراً ناقلاً للملكية أو تظهيراً تأمينياً.

كما سبق الشرح، إلا أن خصوصية سند الخزن يكمن في خصوصية الجهة التي تصدره وهي مقابلة المخازن العمومية لا غير¹.

ويكون وسيلة الإيداع من وصل الإيداع الذي يبين اسم المودع ومهنته وموطنه والمركز الرئيسي للشركة وطبيعة البضاعة موضوع الإيداع وكافة البيانات الخاصة التي تسمح بالتحقق من قيمة ونوعه، كما تتكون سند لأمر يمثل البضاعة وهو سند الخزن².

فإذا أراد التاجر بيع البضاعة المودعة فيجب عليه تظهير وثيقة الإيداع والمتكونة من وصل الإيداع وسند الخزن وهذا التظهير يعد ناقلاً للملكية وبمجرد تظهير تنتقل ملكية البضاعة موضوع السند من المظهر إلى المظهر له.

أما إذا أراد التاجر رهن البضاعة فقط للحصول على قرض ففي هذه الحالة يقوم بفصل السند ويظهره تأمينياً للدائن المرتهن، وتبقى البضاعة في المخزن العمومي أي أن حيازتها تبقى لدى مقابلة المخازن العمومية.

¹ انظر: فرحة زراوي صالح، الكامل في القانون التجاري الجزائري، ص 125 .

² انظر: فرحة زراوي صالح، الكامل في القانون التجاري الجزائري، ص. 126.

وبحلول أجل استحقاق الدين في حال عدم قيام المدين بالوفاء يجوز لحامل سند الحزن التنفيذ على البضائع المودعة وهذا خلال أجل ثمانية أيام من تاريخ الاحتجاج ويتم البيع بالمزاد العلني من قبل المخازن العمومية، ويبقى لحامل سند الحزن الامتياز على ثمن البيع وإذا كان سعر البضائع غير كافي لتسديد قيمة الدين فيجوز له الرجوع على المودع والمظهرين المتتالين باعتباره جائزا لسند تجاري¹.

ثانيا: رهن القيم المنقولة:

عرف المشرع القيم المنقولة بأنها سندات قابلة للتداول تصدرها شركات المساهمة وتكون مسعره في البورصة أو يمكن أن تسعر وتمنح حقوقا مماثلة حسب الصنف وتسمح بالدخول بصفة مباشرة أو غير مباشرة في حصة معينة من رأسمال الشركة المصدرة أو حق مديونية عام².

فهناك مجموعة من القيم المنقولة التي تصدرها شركة المساهمة، فمنها الأسهم: التي تعد سند قابل للتداول كتمثيل لجزء رأسمال الشركة³، بحيث ينقسم هذا الأخير إلى أسهم سواء النقدية أو العينية، ويجب أن تكون الأسهم متساوية في قيمتها الإسمية التي تصدر بها، ويتم الإكتتاب بكل الأسهم غير أن الوفاء بالاسهم يختلف حسب طبيعة السهم سواء أسهم نقدية أو أسهم عينية⁴، ويكون للمساهم الحق في قبض الأرباح الناتجة نهاية كل سنة مالية⁵. أما السندات فهي عبارة عن صكوك تصدرها شركة المساهمة وهي متساوية القيمة، ومتعلقة بقرض طويل الأجل، وتعطي الحق في الحصول على فوائد سنوية مع الحق في استرداد قيمة القرض عند حلول أجل الإستحقاق⁶.

وعلى هذا الأساس نجد أن هناك مجموعة من القيم المنقولة التي تصدرها الشركة سواء أسهم أو سندات المساهمة والاستحقاق، ومن ثم يمكن تمييز الحالات التالية:

¹ أنظر: المادة 543 مكرر 4 من القانون التجاري.

² أنظر: 715 مكرر 30 من القانون التجاري.

³ أنظر: المادة 715 مكرر 40 من القانون التجاري.

⁴ أنظر: المادة 595 من القانون التجاري

⁵ أنظر: أحمد محمد محرز، الوسيط في الشركات التجارية، منشأة المعارف، 2004، ص.463.

⁶ أنظر: أحمد محمد محرز، المرجع السابق، ص.508.

1- القيم المنقولة الصادرة في سندات اسمية:

القيم المنقولة الإسمية هي السندات التي يسجل فيها اسم صاحبها، وقرر المشرع بأن القيم المنقولة الصادرة في سندات إسمية لا يمكن تحويلها ولا يكون لها أثر لا على الشركة المصدرة ولا إزاء الغير إلا إذا تم قيد العملية في سجلات التحويل الممسوكة من طرف الشركة لهذا الغرض¹.

وعليه فإن رهن القيم المنقولة الإسمية لا يحدث أثرا لا على الشركة ولا على الغير إلا إذا تم قيده في هذا السجل، ويتم إدراج عبارة العملية على سبيل الضمان، وبموجب هذا القيد تكون حقوق الدائن المرتهن محفوظة. و تتحدد مرتبة امتياز الدائن المرتهن من هذا الإجراء وليس من تاريخ الرهن².

غير أن الفقه³ قد استلزم لتقوية الضمان نقل حيازة السندات من المدين الراهن إلى الدائن المرتهن حتى لا ينخدع الغير بمركزه المالي.

و بالرجوع لنص المادة 31 من القانون التجاري نجد أن المشرع قد استلزم صراحة أن بتعيين إفراغ الرهن في عقد رسمي بالإضافة إلى شرط القيد، وهذا ما يتعارض مع النصوص المنظمة للقيم المنقولة، ومن ثم لا بد من مراجعة نص هذه المادة لتتلاءم وطبيعة القيم المنقولة.

كما أن رهن الأسهم يثير مشكلة وقت التنفيذ على الشيء المرهون عند عدم تسديد الدين عند حلول أجل الاستحقاق، فقد تفرض الشركة على انتقال هذه السندات في حال وجود شرط الموافقة في العقد التأسيسي للشركة، وهذا الشرط يخص فقط الأسهم دون السندات سواء المساهمة أو الاستحقاق.

وعلى هذا الأساس وفي حال وجود شرط الموافقة على تداول الأسهم الإسمية فلا ينتج الرهن أثره إلا إذا اخضع لشرط الموافقة المسبق وهذا من أجل التنفيذ.

¹ أنظر: المادة 715 مكرر 38 من القانون التجاري

² أنظر: سمير جميل حسن الفتلاوي: المرجع السابق، ص. 487.

³ أنظر: بموسات عبد الوهاب، المرجع السابق ق ص76.

وعليه إذا وقع اشتراط الموافقة في القانون الأساسي للشركة فيتعين إبلاغ الشركة بطلب الموافقة على الرهن عن طريق رسالة موصى عليها مع وصل الإستلام، ويتم تحديد اسم ولقب وعنوان الدائن المرتهن وعدد الأسهم المرهونة¹.

وتجدر الإشارة إلى أنه إذا أعطت الشركة موافقتها على مشروع الرهن الموضح أعلاه فإنه يترتب عن ذلك قبول الإحالة في حال البيع الجبري للأسهم المرهونة.

أما أسهم الضمان والمقدر قيمتها 20% من رأسمال الشركة، فهي اسهم غير قابلة للتداول².

2- القيم المنقولة لحاملها:

أجاز المشرع أن تكون القيم المنقولة الصادرة من شركة المساهمة سندات لحاملها وعلى هذا الأساس فإن السند وملكيته تتحدد بالحيازة المادية للسند، باعتبار أن اسم مالك السند غير مدرجة على مثن السند، وعليه فإن رهن هذه السندات مرتبط بضرورة نقل حيازتها من المدين الراهن للدائن المرتهن أو لشخص من الغير يتم الاتفاق عليه شأنه في ذلك شأن المنقولات المادية³.

وعند حلول أجل الاستحقاق وعدم قيام المدين بالوفاء جاز للدائن التنفيذ على هذه السندات بالبيع في بورصة القيم المنقولة.

3- رهن القيم المنقولة الغير مجسدة في سندات مادية:

أجاز القانون التجاري إنشاء قيم منقولة تقتصر عملية الإصدار قيما على مجرد قيد هذه القيم التي هي عبارة عن أرقام في حساب جاري أي تجريد القيم المنقولة من حيزها المادي.

¹ أنظر: قياسا على التنازل والمادة 715 مكرر 56.

² أنظر المادة 619 من القانون التجاري

³ أنظر: سمير جميل حسن الفتلاوي، المرجع السابق ص.488.

ومهما كان شكل القيمة المنقولة سواء اسمية أو لحاملها فالرهن لا يسري في مواجهة الغير إلا من يوم قيد العملية في حساب المدين الراهن من طرف وسيط البورصة، غير أن هذا القيد يعتبر بمثابة نقل حيازة السند¹.

ثالثاً: رهن الحصص في الشركات التجارية.

إن الحصة هي الحق الشخصي الذي يربط الشركاء بالشركة وهذا الحق يخول لهم مجموعة من الحقوق سواء المادية كالحق في المطالبة بالأرباح وحقوق غير مالية كالحق في الرقابة والحق في تعيين وعزل أجهزة الإدارة.

ومفهوم الحصة لا نجده إلا في الشركات التي تقوم على الاعتبار الشخصي، كشركات الأشخاص والتي لها نظام مختلط كالشركة ذات المسؤولية المحدودة.

ولقد وضع الشرع قاعدة آمرة بخصوص الحصص إذ أنه قرر عدم قابليتها للتمثيل في سندات قابلة للتداول².

ففي شركة التضامن الحصص هي غير قابلة للتنازل أو الإحالة إلا إذا وافق كل الشركاء على ذلك³، أما في الشركة ذات المسؤولية المحدودة فيشترط موافقة الشركاء الذين يمتلكون 3/4 رأسمال الشركة⁴ و بما أن رهن الحصص قد يترتب عنه التنفيذ عليها عن طريق التصرف فيها فيشترط لفاعلية الرهن ما يلي:

- 1- بالنسبة لشركة التضامن: يجب موافقة جميع الشركاء مع إفراغ عقد الرهن في قالب رسمي تحت طائلة البطلان، والقيد في السجل التجاري لنفاذ العملية في حق الغير⁵.
- 2- وفي الشركة ذات المسؤولية المحدودة: يجب إثبات رهن الحصص بموجب عقد رسمي ويكون الإحتجاج بها على الشركة إلا بعد تبليغها أو قبولها للرهن، مع موافقة الشركاء الذين يمتلكون 3/4 رأسمال الشركة، وبدون قيد في السجل التجاري¹.

¹ انظر: بموسات عبد الوهاب، المرجع السابق.

² أنظر: المواد 560 – 569 من القانون التجاري.

³ أنظر: المادة 560 من القانون التجاري.

⁴ أنظر: المادة 571 من القانون التجاري

⁵ أنظر المادة 561 من القانون التجاري

ثالثاً: رهن الحقوق الشخصية (رهن الديون).

وفقاً لنص المادة 31 الفقرة الرابعة من القانون التجاري فإن المشرع قد أجاز صراحة إمكانية رهن الديون حتى وإن كانت غير مجسدة في سندات باعتبار أن الدين يمكن إحالته ومن ثم جاز توقيع رهن عليه كضمان للوفاء بدين.

ووفقاً لنص المادة 975 من ق م ق فإنه لا يكون رهن الدين نافذاً في حق المدين إلا بإعلام الرهن إليه أو بقبوله.

فبموجب إجراء التبليغ يتحقق شرط التسليم للدين المرهون وتكون حقوق الدائن المرتهن محفوظة بموجب العلم، وعلى هذا إذا حل أجل استحقاق الدين ولم يقم المدين بالوفاء نشأ للدائن المرتهن الحق في التنفيذ على المال المرهون (الدين) ويطالب مباشرة مدين مدينه بالوفاء بالدين²، وبالرجوع لنص المادة 5/31 من القانون التجاري، فإن حوالة الدين لا تثبت إلا بعقد رسمي.

المطلب الثاني: الرهن الحيازي دون الإلتزام بالتسليم

إن الطبيعة القانونية للمنقول هي التي فرضت إلزامية نقل الحيازة من المدين الراهن إلى الدائن المرتهن، حتى يبقى محتفظاً بإمتهانه على المال المرهون، مع إمكانية التنفيذ عليه في حال لم يقم المدين بالوفاء بالدين عند حلول أجل الإستهقاق، كما أن قاعدة الحيازة في المنقول سند الملكية تحول دون إمكانية التمسك بالرهن في مواجهة الغير حسن النية، لهذا استلزم المشرع صراحة نقل حيازة المنقول في الرهن كشرط للإمتياز، غير أن هذا لا يعني أن الرهن من العقود العينية .

ولقد أورد المشرع على هذا استثنائين هما:

- الرهن الحيازي للمحل التجاري
- الرهن الحيازي للأدوات والمعدات الخاصة بالتجهيز

¹ أنظر: 572 من القانون التجاري.

² أنظر سمير حسن جميل الفتلاوي ، المرجع السابق، ص.489.

وهذا تفصيلا كما يلي:

الفرع الأول: الرهن الحيازي للمحل التجاري

يجوز للتاجر أن يقترض من البنوك أو الغير بضمان رهن على محل تجاري، وباعتبار أن المحل التجاري عبارة عن منقول معنوي فهل يجب نقل الحيازة؟

إن القاعدة العامة في الرهن المدني تستلزم نقل حيازة المال المرهون من المدين الراهن إلى الدائن المرتهن حتى يحتج بالرهن في مواجهة الغير. غير أن التاجر الذي يرهن محله التجاري لا يريد نقل حيازة المحل الذي اقترض الأموال أصلا لصالحه، فمن المنطقي أن إنتقال حيازة المحل يؤدي إلى حرمان التاجر من استثمار متجره¹، وعلى هذا الأساس أجاز المشرع إمكانية رهن المحل التجاري دون نقل حيازة أو ما يعرف بالرهن الإتفاقي وهذا مايستنتج من نص المادة 118 من القانون التجاري بنصها: "يجوز الرهن التجاري للمحلات التجارية دون حاجة لغير الشروط والإجراءات المقررة بموجب الأحكام التالية".

وعليه وبالرغم من أن المشرع قد إعتبر أن المحل التجاري رهنا حيازيا يكون دون نقل للحيازة، إلا أنه ربط إمتياز الدائن على المال المرهون بضرورة إتباع الإجراءات المقررة قانونا وهي أحكام المواد 118 إلى 122 والأحكام المشتركة من 123 إلى 146 من القانون التجري.

أما عن الطبيعة القانونية لعملية رهن المحل التجاري فهي بقوة القانون عملا تجاريا بحسب الشكل، أي بغض النظر عن طبيعة الشخص المتعامل معه سواء كان تاجرا أو غير تاجر².

أولا: شروط إنشاء الرهن التجاري

باعتبار أن الرهن الحيازي للمحل التجاري هو رهن إتفاقي وفقا لإجراءات مقررة قانونا فإنه يمكن إجمالها كما يلي:

¹ أنظر: فرحة زراوي صالح، المحل التجاري، المرجع السابق، ص.249.
² أنظر/ المادة 03 من القانون التجاري

1- الشروط الموضوعية

إن الرهن الحيازي للمحل التجاري عقد لابد أن يستوفي جميع أركان العقود من رضا ومحل وسبب. وفقا للأحكام العامة، فأما الرضا فلا بد أن يكون خاليا من عيوب الإدارة كالغلط والتدليس والإكراه والإستغلال¹ كما يجب أن يكون سبب الإلتزام مشروعاً أي غير مخالف للنظام العام والآداب العامة. أما فيما يخص المحل أي موضوع الإلتزام لابد أن يكون موضوع الرهن محلاً تجارياً أي يتوافر عناصره خاصة الإلزامية منها². أما قبل الشروع في النشاط فالرهن يكون رهن للأدوات والمعدات الخاصة بالتجهيز بإعتبار أن عنصر العملاء يشقيه سواء العملاء أو الشهرة التجارية بإعتبارهم عنصران إلزاميان في تكوين المحل التجاري لا يكونا إلا بعد بداية النشاط، وعليه لا يمكن الحديث عن رهن حيازي للمحل التجاري إلا بعد نشوء هذا الأخير، لأن المحل التجاري يتكون من عناصر مادية ومعنوية، ولا ينشأ المحل إلا بتوفر حد أدنى من العناصر تختلف أهميتها حسب طبيعة النشاط³.

ويجب أن يكون الرهن صادراً من شخص ذي أهلية سواء ببلوغه سن 19 سنة كاملة أو كان قاصراً مرشداً بالإتجار⁴.

ومن الشروط الموضوعية لصحة الرهن الحيازي للمحل التجاري أن يكون المدين الراهن مالكا للمحل التجاري بغض النظر عن ملكية العقار الذي يمارس فيه النشاط⁵.

وفي الأخير وحرصاً من المشرع لتوفير أكثر ضمانات للرهن الحيازي للمحل التجاري، فقد منع التدخل بطريقة مباشرة أو غير مباشرة ولو بالتبعية أو وسطاء أو مهنيون في رهون المتعلقة بالمحل التجاري للأشخاص المحكوم عليهم بجريمة التفليس أو السرقة أو خيانة الأمانة أو الإحتيال أو المفلسون الذين لم يرد لهم الإعتبار⁶.

2- الشروط الشكلية:

¹ أنظر: المادة 59 وما يليها من القانون المدني.

² أنظر: فرحة زراوي صالح، المحل التجاري، المرجع السابق ص.251، عمر فؤاد عمر، المرجع السابق، ص.458.

³ أنظر: نادية فضيل، المحل التجاري، المرجع السابق، ص.112.

⁴ أنظر: المادة 40 من القانون المدني والمادة 5 من القانون التجاري

⁵ أنظر: نادية فضيل، المحل التجاري، المرجع السابق، ص.110

⁶ أنظر: المادتين 149 و150 من القانون التجاري

هي الشروط التي تغني عن إنتقال الحيازة وتضمن حماية للدائن المرتهن وإمتيازها على ثمن بيع المحل التجاري، وكذا الغير الذي يطمئن للوضعية المالية الظاهرة للمدين ويمكن إيجاز الشروط الشكلية في:

أ- يجب إثبات الرهن بعقد رسمي

وفقا لنص المادة 120 من القانون التجاري فإن الراهن الحيازي للمحل التجاري يثبت بموجب عقد رسمي أي لا بد من إفراغ إرادة الأطراف في قالب رسمي وبمعية ضابط عمومي هو الموثق في هذه الحالة.

غير أن مصطلح يثبت الرهن يطرح إشكال هل الرسمية هي ركن إنعقاد أو مجرد شرط للإثبات، وهل في حال إنتفاء الركن هل يعد الرهن باطلا؟

إن موقف المشرع الجزائري غير واضح من موضوع الرسمية في الرهن الحيازي للمحل التجاري خاصة وأنه لم يرتب عن إنتفائه البطلان، فالراجح حسب ظاهر النص أن المشرع قد استلزم الكتابة الرسمية للإثبات فقط وليس للإنعقاد¹، وهو أمر منتقد نظرا لأهمية هذا العقد والآثار المترتبة عنه².

و لا يخول في رهن الحيازي للمحل التجاري للدائن المرتهن الحق في التنازل له عنه مقابل ماله من ديون وتسديدا لها، أي أن شرط التملك في رهن المحل التجاري يعد شرطا باطلا، غير أن أثره يقتصر على الشرط ولا يمتد إلى الرهن³. تطبيقا لنظرية إنتقاص العقد.

ب- شهر الرهن

لم يكتف المشرع بإستلزام الرسمية في عقد رهن المحل التجاري بل إستلزم صراحة ضرورة قيد العقد الرسمي في السجل التجاري. وهذا حتى يضمن أولا حق الدائن المرتهن في مواجهة الغير وضمانا لمصلحة الغير بإعتبار أن القيد هو إجراء لإعلامه، وعليه فإذا أراد التاجر توقيع رهن ثاني على المحل التجاري سيعلم بأن هذا المحل هو موضوع رهن سابقا.

¹ أنظر: عي البارودي المرجع السابق، ص413.

² أنظر: نادية فضيل، المرجع السابق، ص113.

³ أنظر: المادة 118 من القانون التجاري

وقد إستلزم المشرع صراحة أن يبادر الدائن بقيد الرهن في سجل خاص بالمركز الوطني للسجل التجاري وهذا حتى يتقرر له الإمتياز على المحل، أي أن الإمتياز لا يقع عند إبرام العقد الرسمي وإنما بعد قيده في السجل التجاري صاحب الإختصاص الإقليمي أي الذي يقع في دائرة إختصاصه المحل التجاري وإذا كان للمحل فروع في مناطق مختلفة فإن القيد يكون في كل مراكز السجل التجاري التابعة لتلك الفروع، ويجب أن يبادر لقيد الرهن الحيازي خلال 30 يوما من تاريخ إبرام العقد الرسمي وإلا وقع تحت طائلة البطلان ويجوز لكل ذي مصلحة أن يتمسك بهذا البطلان وإذا كان هذا المدين نفسه¹.

غير أن الإشكال الذي يطرح في هذا الإطار خاص بغموض النص فهل المشرع قصد بطلان القيد أو بطلان الرهن خاصة وأنه مفرغ في قالب رسمي؟

الراجح أن المشرع قد إعتبر أن الرهن الحيازي للمحل التجاري مرتبط بمجموعة من الإجراءات الشكلية تتمثل في الرسمية والقيد في السجل التجاري خلال أجل 30 يوما من تاريخ إبرام العقد التأسيسي للرهن وأي إخلال بهذه الإجراءات يترتب عليه البطلان أي عدم إمكانية الإحتجاج بالرهن في مواجهة الغير أي أن البطلان المقرر في المادة 121 غير متعلق بالقيد فقط بل يمتد أثره للرهن².

وكان من الأجدر أن يتبنى المشرع مبدأ عدم نفاذ التصرف في مواجهة الغير بإعتبار أن العلاقة التعاقدية بين المدين والدائن ثابتة في ورقة رسمية أو يقصر البطلان على القيد ولا يمتد أثره للرهن .

وفي حال صدر حكم بشهر إفلاس المدين تطبق على الرهن الحيازي للمحلات التجارية أحكام المواد 224- 225 و 226 من القانون التجاري. وعليه وبإعتبار أن الدائن المرتهن في الرهن الحيازي للمحل التجاري ليس دائنا عاديا فهم لا يتأثرون بإفلاس مدينهم

¹ أنظر: المادة 121 من القانون التجاري.

² أنظر: نادية فضيل، المرجع السابق، ص114.

لأن أموالهم مضمونة بتأمين عيني ، فهم لا يدخلون في تكوين جماعة الدائنين ولا يسري عليهم حضر الإجراءات الفردية، غير أنهم ملزمون بتقديم ديونهم لإجراء تحقيق الديون¹ .

وبالرجوع لنص المادة 247 فقرة 05 من القانون التجاري فإنه لا يجوز التمسك قبل جماعة الدائنين بالرهن الحيازي لأموال المدين لديون سبق التعاقد عليها وهذا في مرحلة الريبة ، لكن في هذا الإطار هل العبرة بعقد الرهن أم القيد في السجل التجاري؟

الراجح أن العبرة بالعقد الرسمي فمتى كان الراهن سابقا لفترة الريبة كان نافذا في حق جماعة الدائنين إلا إذا كان الدائن يعلم وقت إنشاء الرهن أنه متوقف عن الدفع. أما إذا كان الرهن لاحقا فلا يجوز التمسك به في مواجهة جماعة الدائنين إذا كان ضمانا لدين سابق² .

ويلتزم الدائن بإجراء الإشهار القانوني الإجمالي حتى يتحقق شرط الشهر، والذي يتم بموجب النشرة الرسمية للإعلانات القانونية والجرائد اليومية المؤهلة لذلك.

وفي الأخير تجدر الإشارة إلى نص المادة 122 من القانون التجاري والتي إعتبرت أن ترتيب الدائنين المرتهنين فيما بينهم يكون حسب تاريخ قيودهم ، ويكون الدائنون المرتهنون في يوم واحد رتبة واحدة متساوية.

3- مضمون عقد الرهن

يتميز المحل التجاري عن باقي المنقولات في كونه وحدة تضم عناصر مختلفة هدفها الإستغلال التجاري ويختلف تكوين المحل التجاري من نشاط إلى آخر ، وبالرجوع لنص المادة 78 من القانون التجاري والتي ميزت العناصر المادية عن العناصر المعنوية، وفي العناصر المعنوية لابد من تمييز الإلزامية منها من الإختيارية، ويعد عنصر الزبائن والشهرة التجارية من العناصر المعنوية الإلزامية.

والعناصر التي يقع عليها الرهن الحيازي للمحل التجاري³ تختلف حسب فرضين:

الفرض الأول: في حال وجود إتفاق

¹ أنظر: فاروق أحمد زاهر نظام الإفلاس في القانون المصري دار النهضة العربية ص 140. والمادة 280 من القانون التجاري.

² أنظر: مصطفى كمال طه، المرجع السابق، ص. 64.

³ أنظر المادة 119 من القانون التجاري.

أجاز المشرع صراحة للمدين والدائن في عقد الرهن الحيازي من تحديد العناصر التي يقع عليها الرهن غير أنه وضع حدوداً لمبدأ سلطان الإرادة وقام بتعداد العناصر التي يمكن أن يشملها الإتفاق بنصه: لا يجوز أن يشمل الرهن الحيازي للمحل التجاري من الأجزاء التابعة له إلا عنوان المحل، الإسم التجاري، الحق في الإجارة، الزبائن والشهرة التجارية والأثاث التجاري والمعدات والآلات التي تستعمل في إستغلال المحل وبراءات الإختراع والرخص وعلامات الصنع أو التجارة والرسوم والنماذج الصناعية وعلى وجه العموم حقوق الملكية الصناعية والأدبية والتقنية المرتبطة بها.

وبالرجوع لنص المادة 36 من الأمر 03-07 والمتعلق ببراءة الإختراع¹ فإن البراءة لا يتم رهنها إلا بموجب عقد ولا تكون العقود نافذة في مواجهة الغير إلا بعد تسجيلها لدى المعهد الوطني الجزائري للملكية الصناعية. أما إذا تضمن المحل التجاري علامة تجارية فلا بد أن يخضع رهنها لنص المادة 15 من الأمر 03-06 والمتعلق بالعلامة التجارية² والتي استلزمت تحت طائلة البطلان الكتابة وإمضاء الأطراف في عقود رهن العلامة التجارية.

وفي جميع الأحوال لا يجوز أن يقع الرهن على البضائع بإعتبارها عنصر متغير في المحل ومن شأنه رهنها تجميد النشاط التجاري للتاجر المدين. كما لا يجوز للدائن المرتهن تتبع البضائع لدى الغير تطبيقاً لمبدأ الحيازة في المنقول سند ملكية

الفرض الثاني في حال عدم وجود إتفاق:

إذا لم يعين صراحة وعلى وجه الدقة في العقد التأسيسي للرهن مايشمله هذا الأخير فإنه لا يكون إلا في حدود العناصر التالية: العنوان والإسم التجاري والحق في الإجارة والزبائن والشهرة التجارية.

ثانياً: آثار الرهن الحيازي للمحل التجاري.

تختلف آثار الرهن الحيازي للمحل التجاري باختلاف تأثير هذا الرهن سواء على الدائنين أو على الدائن المرتهن أو حتى المدين الراهن وهذا كما يلي:

¹ أنظر: الأمر 03-07 المؤرخ في 19 يونيو 2003 والمتعلق ببراءات الإختراع.
² أنظر: الأمر 03-06 المؤرخ في 19 يونيو 2003 و المتعلق بالعلامات.

1- أثر الرهن الحيازي للمحل التجاري على الغير وهنا أيضا يجب تميز الدائنين العاديين عن الدائنين الممتازين.

أ- الدائنين الممتازين:

إن ترتيب الدائنين المرتهنين فيما بينهم إذا كانت رهونهم متعلقة بنفس المحل التجاري، فإن ترتيبهم يكون حسب ترتيب قيودهم وتكون للدائنين المرتهنين المقيدون في يوم واحد رتبة واحدة متساوية¹.

أي أن المشرع قد اعتبر أن العبرة في ترتيب الإمتياز يكون بتاريخ القيد في السجل التجاري ولا أثر لا تاريخ إبرام عقد الرهن في ترتيب الدائنين المرتهنين.

ب- الدائنين العاديين:

في البداية لا بد من التأكيد أن هذا الحكم يشمل فقط الديون السابقة عن الرهن، فإذا تقرر رهن المحل التجاري فمن شأن ذلك تقرير امتياز على المحل، فإذا كانت قيمة الدين تستغرق قيمة المحل التجاري فسيتضرر الدائنين العاديين²، غير أن إمكانية سقوط الأجل مرتبط بالضرر الذي لحق الدائنين العاديين³.

وفقا لنص المادة 123 من القانون التجاري فإن من آثار قيد الرهن الحيازي للمحل التجاري إمكانية المطالبة بإسقاط أجل الديون والتي كان موضوعها استغلال المحل التجاري، لأن من شأن رهن المحل التجاري إنقاص الضمان العام للدائنين العاديين، غير أن سقوط الأجل ليس بقوة القانون بل يخضع للسلطة التقديرية لقاضي الموضوع، ويجب أن تبت المحكمة في الدعوى خلال شهرين من أول جلسة بموجب حكم غير قابل للمعارضة ومشمول بالنفوذ العجل⁴.

¹ أنظر: المادة 122 من القانون التجاري

² أنظر: سمير جميل حسين الفتلاوي، المرجع السابق ص.533.

³ أنظر: نادية فضيل، النظام القانوني للمحل التجاري، دار هومة، 2018، ص.115.

⁴ أنظر: المادة 8/125 من القانون التجاري.

وعلى هذا الأساس إذا تم قيد رهن المحل التجاري وكانت قيمة الدين المرهون تستعرض قيمة المحل، أو في حال لم يكن المدين يملك أموال أخرى غير محله التجاري، فإن في هذه الحالة تقضي المحكمة بسقوط الأجل وتحصل من الديون المؤجلة حالة الوفاء، وهذا الحكم يشمل الدائنين العاديين دون الدائنين الممتازين¹.

ويمكن تلخيص شروط سقوط الأجل فيما يلي:

- أن يكون الدين عاديا وسابق عن الرهن الحيازي للمحل التجاري
- أن يكون الدين متعلقا باستغلال المحل التجاري
- أن يتضرر الدائن العادي من رهن المحل التجاري .
- أن تصدر المحكمة حكما بسقوط الأجل

2- أثر الرهن التجاري على المتعاقدين:

ويقصد بالمتعاقدين في هذا الإطار كل من الدائن المرتهن والمدين الراهن.

أ- أثر الرهن على المدين الراهن:

يترتب عن الرهن الحيازي للمحل التجاري، استمرار حيازة المدين الراهن للمحل وعدم انتقالها إلى الدائن المرتهن، وللمدين أن يباشر استغلاله للمحل من دون تدخل من الدائن المرتهن²، غير أن المشرع قد كفل حماية الدائن المرتهن من خلال إجراء شهر الرهن وقيدته في السجل التجاري³.

وفقا للأحكام العامة للرهن⁴ فإن من التزامات المدين الحفاظ على المال المرهون وهذا التزام بديهي باعتبار أن مصلحة التاجر الحفاظ على محله التجاري وخاصة عنصر العملاء، ليتمكن من الوفاء بالديون عند حلول أجل استحقاقها وإلا تم التنفيذ على المال المرهون.

¹ أنظر: مصطفى كمال طه، المرجع السابق، ص.78.

² أنظر: عمر فؤاد عمر، الوسيط في القانون التجاري، دار النهضة العربية، 2008، ص.475.

³ أنظر: نادية فضيل، المرجع السابق، ص.117.

⁴ أنظر: عزيز العكيلي، شرح القانون التجاري، الدار العلمية الدولية و مكتبة دار الثقافة، 2001، ص.680.

قد يحدث أن يقوم صاحب المحل التجاري بنقله إلى مكان آخر، وهذا أمر غير محظور، كما قد يحقق منفعة اقتصادية من نقل المحل سواء كان النقل إختياريا أو جبريا في حال رفض تجديد الإيجار¹، وفي جميع الأحوال إذا نقل التاجر المدين المحل التجاري تصبح الديون المقيدة مستحقة الأداء بحكم القانون إذا لم يقم مالك المحل التجاري بإبلاغ الدائنين المقيدون في المحل المختار خلال 15 يوما من قبل وعن طريق غير قضائي برغبته في نقل المحل التجاري.

ويجب على الدائن المرتهن في خلال 30 يوما التالية لعلمه بالنقل أن يعمل على التنصيص بهامش القيد في المركز الجديد للمحل وهذا تحت طائلة سقوط الحق في امتياز الدائن إذا لم يراعي هذه الإجراءات إذا ثبت أنه تسبب بتقصيره في إلحاق الضرر بغير المتعاقدين إذا تعاملوا بحسن نية².

وعليه يمكن تلخيص الإجراءات كما يلي:

1- على التاجر المدين إبلاغ الدائنين المرتهنين خلال أجل 15 يوما تحت طائلة سقوط أجل الديون، وهذا السقوط بقوة القانون .

2- إذا لم يوافق الدائن المرتهن بعد إخطاره يمكن أن يترتب عليه استحقاق ديونهم إذا نتج عن النقل انخفاض في قيمة المحل التجاري موضوع الرهن وهذا بموجب مطالبة قضائية³.

3- يجب على الدائن المرتهن قيد الرهن في حال نقل المحل والتنصيص في الهامش من جديد على الرهن خلال 30 يوما تحت طائلة سقوط الامتياز إذا ترتب عن ذلك ضرر للغير حسن النية.

ب- أثر رهن المحل التجاري على الدائن المرتهن.

¹ أنظر : نادية فضيل، المرجع السابق، ص.118.

² أنظر المادة 123 من القانون التجاري

³ أنظر : مادة 8/125 من القانون التجاري

إن الرهن الحيازي للمحل التجاري هو حق عيني تبقي لا يقوم مستقلا وإنما يتقرر لضمان الوفاء بحق شخصي الذي يتبعه الرهن وجودا وانقضاء، فالرهن ضمان لوفاء المدين التاجر بدينه عند حلول أجل الاستحقاق، فإذا تم الوفاء ترتب عن ذلك انقضاء الالتزام الأصلي بالوفاء وانقضاء الرهن باعتباره التزام تبقي¹.

غير أنه وفي حال لم يقم المدين التاجر بالوفاء بقيمة الدين عند حلول أجل الاستحقاق فإنه يترتب عن ذلك حق للدائن المرتهن في التنفيذ على المال المرهون، وله الحق في الأولوية والحق في التتبع.

أ- الحق في الأولوية:

إذا حل أجل الدين ولم يتم الوفاء نشأ للدائن المرتهن الحق في التنفيذ على المال المرهون²، باعتبار أن الدائن المرتهن دائن ممتاز فإن له الحق في استيفاء حقه من ثمن بيع المحل التجاري عن باقي الدائنين أصحاب الحقوق الممتازة التاليين له في القيد وكذا الدائنين العاديين³.

ووفقا لنص المادة 126 من القانون التجاري، فإنه يجوز للدائن المرتهن المقيد دينه على المحل التجاري أن يحصل على أمر بيع المحل التجاري الذي يضمه الرهن وذلك بعد 30 يوما من الإنذار بالدفع المبلغ للمدين أو الحائز من الغير.

وعلى الدائن أن يخطر مالك المحل التجاري والدائنين في محلهم المختار وذلك قبل 15 يوما من البيع ليطلعوا على دفتر الشروط الخاص ببيع المحل التجاري موضوع الرهن وتقديم اعتراضاتهم خاصة ما تعلق منها بالسعر المرجعي لبداية المزايدة.

ويتم البيع بعد 10 أيام على الأقل من لصق الإعلانات المتضمنة اسم الدائن المرتهن ومالك المحل والحكم الصادر بالبيع بالمزاد العلني وموقع المحل التجاري والسعر الافتتاحي والمكان واليوم والساعة التي تحصل فيها المزايدة ومحافظ البيع المعين وكذا دفتر الشروط.

¹ أنظر: عزيز العكيلي، المرجع السابق، ص. 690.

² أنظر: نادية فضيل، المرجع السابق، ص. 115.

³ أنظر مقدم مبروك المحل التجاري، دار هومة، ص 78.

وتلصق هذه الإعلانات وجوبا ويسعى من محافظ البيع بالمزاد العلني على باب المحل التجاري المراد بيعه بالمزاد العلني ومقر المجلس الشعبي البلدي والمحكمة التي يوجب بدائرة اختصاصها المحل التجاري، بالإضافة إلى نشر الإعلان في النشرة الرسمية للإعلانات القانونية وفي جريدة مختصة في الدائرة التي يوجد بها المحل التجاري.

وغير أنه وإستنادا على نص المادة 133 ق ت يجوز للدائن أن يطلب إعادة المزايدة على المحل التجاري بزيادة 1/10 ماعدا المعدات والبضائع، ويجب تحت طائلة سقوط الحق إبلاغه للمشتري وللمدين المالك السابق في ظرف 15 يوما من التبليغات وثم تكليفهم بالحضور أمام المحكمة التي يوجد بدائرة اختصاصها المحل التجاري، وهذا للبحث في المزايدة بالزيادة.

ب- الحق في التتبع:

إن الرهن المستوفي للإجراءات المقررة قانونا من رسمية وقيد في السجل التجاري خلال 30 يوما من تاريخ العقد التأسيسي للرهن له الحق في تتبع المال المرهون والتنفيذ عليه حتى وإن خرج من يد المدين التاجر.

وبالتالي إذا تم بيع المحل التجاري للغير فإنه يجوز لهذا الآخر تطهير المحل التجاري¹ لتفادي أي متابعة للتنفيذ على المال المرهون، وهذا ما أكدته صراحة المادة 132 من القانون التجاري والتي أكدت على أن امتياز الدائن المرتهن للمحل التجاري يتبع المحل التجاري أينما وجد.

ويجب على المشتري الجديد للمحل التجاري المتصل بالرهن والذي يريد تطهير المحل أن يبلغ جميع الدائنين المقيدون في محل إقامتهم برغبته في دفع مبلغ الدين وهذا خلال الثلاثين يوما من الإنذار وهذا تحت طائلة سقوط الحق في التطهير.

ملاحظة هامة:

¹ أنظر: نادية فضيل، المرجع السابق، ص.116.

بالرجوع إلى القانون 11/03¹ والمتعلق بالنقد والقرض وخاصة المادة 123 منه نجد أن المشرع أجاز واستثناء في حال ما إذا كان الرهن مقرر لصالح بنك وكان موضوعه محل تجاري فإنه يجوز في هذه الحالة أن يكون العقد عرفياً وليس رسمياً.

بنصها: يمكن أن يتم الرهن الحيازي للمحل التجاري لصالح البنوك والمؤسسات المالية بموجب عقد عرفي مسجل قانوناً.

ووفقاً لنص المادة 124 يمكن للبنوك والمؤسسات المالية إذا لم يتم تسديد المبلغ المستحق عند حلول الأجل وبغض النظر عن كل اعتراض وبعد مضي 15 يوماً بعد إنذار مبلغ إلى المدين بواسطة عقد غير قضائي، الحصول على طريق عريضة بسيطة موجهة إلى رئيس المحكمة على أمر بيع المال المرهون بالمزاد العلني، وهذا دون شكليات خاصة بهذا البيع.

ويطبق نفس الحكم على السندات والعتاد والتجهيزات، في حال ما إذا كانت مرهونة.

الفرع الثاني: الرهن الحيازي للألات والمعدات الخاصة بالتجهيز.

نظم المشرع رهناً ثانياً على منقول دون أن يستلزم نقل حيازة المال المرهون إلى الدائن المرتهن وهو الرهن الحيازي على الآلات والمعدات الخاصة بالتجهيز، وهذا بموجب نص المادة 151 الفقرة الأولى من القانون التجاري والتي تنص على أنه يجوز أن يكون دفع ثمن امتلاك الأدوات ومعدات التجهيز المهنية مضمونة سواء بالنسبة للبائع أو بالنسبة للمقترض الذي يقدم المال اللازم لتسديده للبائع بالرهن الحيازي المحدود للأدوات والمعدات.

وعليه فإن هذا الرهن يلجئ إليه التاجر عند تجهيز محله التجاري أو عند تجديد تجهيزات وآلات المحل دون أن يرهن كل المحل التجاري في الحالة الثانية، وفي الحالة الأولى لا يلجأ إلى رهن المحل لأنه لم ينشأ بعد أي هي المرحلة التي تسبق إنشاء المحل التجاري².

¹ أنظر: الأمر 11-03 المؤرخ في 26 غشت 2003 والمتعلق بالنقد والقرض
² أنظر: نادية فضيل، المرجع السابق، ص.123.

أولاً: نطاق تضيق الرهن الحيازي للألات والمعدات الخاصة بالتجهيز.

حدد المشرع نطاق تطبيق القواعد المنظمة لهذا الرهن في المادة 151 من القانون التجاري والتي قررت بأنه يجوز اللجوء إليه من قبل التجار وغير التجار، أي أن هذا النوع من التأمينات مسموح به لكل التجار والمهنيين والحرفيين الذين يلجؤون إلى القروض من أجل تجهيز مقاولاتهم ويستفيد من هذا الضمان كل من بائع التجهيزات في حال لم يتم تسديد الثمن كاملاً أو البنوك والمؤسسات المالية التي تختص في منح القروض الضرورية لتسديد ثمن شرائها ويجب أن يشار في العقد تحت طائلة البطلان أن الرهن لضمان تسديد قيمة لأموال المكتسبة، أما الأموال التي لا يجوز أن تكون موضوع لهذا الرهن فقد استثنتها صراحة المادة 168 ق ت بنصها: "لا تخضع لأحكام هذا الفصل السيارات والبواخر والمركبات الجوية"، وهو أمر منتقد باعتبارهم من أهم التجهيزات إذ تعلق الأمر بمقولة للنقل أو الانتقال هذا من جهة ومن جهة أخرى لم يخص المشرع رهن السيارات بنصوص خاصة، وكان من الأجدر إخضاع رهن السيارات لهذه الأحكام بخلاف السفن والطائرات والتي تم تنظيمها بنصوص خاصة.

غير أنه لا بد من التذكير أن المشرع وبموجب المادة 151 ق ميز فرضين:

1- إذا كان المشتري تاجراً فإن الرهن الحيازي للمعدات والألات يخضع في هذه الحالة لأحكام التالية وللقواعد المقررة المتعلقة برهن المحل التجاري ودون أن يشتمل وجوباً على العناصر الأساسية للمحل التجاري بل تقتصر على المعدات.

2- إذا لم يكن للمشتري صفة التاجر فإن الرهن الحيازي يخضع في هذه الحالة لأحكام المادة 166 من القانون التجاري.

غير أن الجدير بالذكر أن هذا النوع من الرهون تتعلق أساساً بالشيء المبيع أي أن المبيع هو المال المرهون ولا يمكن استبداله بمال آخر ولا يمكن أن يتم هذا الرهن إلا من مالك العتاد والألات ولا يجوز أن يكون مجرد كفيل عيني.

ثانياً: الإجراءات الخاصة بالكتابة والشهر.

اشترطت المادة 152 من القانون التجاري أن يكون عقد الرهن الحيازي للمعدات والآلات في سند مكتوب، ويستوي أن يكون الكتابة رسمية بمعينة ضابط عمومي أو حتى عرفية.

ويعتبر الرهن حاصلًا بموجب عقد البيع إذا تم لصالح البائع، بينما يعد حاصلًا بموجب عقد القرض إذا تم لصالح من قدم الأموال اللازمة لشراء التجهيزات.

ويجب أن يعين المحرر المثبت للرهن الحيازي الأموال المرهونة بدقة وهذا ما يسمح بتمييزها عن الأموال الأخرى من نفس النوع، كما يجب أن يذكر المكان الذي توجد به هذه الأموال وسواء كانت تانية أو يمكن نقلها.

كما يجب أن يتضمن عقد الرهن وجوبًا كل ما يتعلق بهوية المتعاقدان والدين المضمون. ويجب أن يقيد الرهن الحيازي في مهلة ثلاثين يوما من تاريخ العقد المنشئ للرهن وإلا عد باطلا، كما يجب أن يبرم عقد الرهن في مهلة أقصاها شهر من تاريخ تسليم المعدات والآلات الخاصة بالتجهيز¹.

أما فيما يخص الآجال القانونية لصحة هذا الرهن فيمكن إيجازها فيما يلي:

أ- لا بد من إبرام عقد الرهن في مهلة أقصاها شهر واحد ابتداء من تاريخ تسليم المعدات والآلات.

ب- يجب أن يقيد الرهن الحيازي طبقا للشروط الواردة في المادتين 120 و121 وفي مهلة ثلاثين يوما وهذا تحت طائلة البطلان، ويتم القيد لدى المركز الوطني للسجل التجاري الذي يوجد بدائرة اختصاصه مكان تواجد العتاد.

ويترتب على إتمام إجراءات القيد المقررة حفظ امتياز الدائن المرتهن لمدة خمس سنوات ابتداء من تاريخ ضبطه ويعتبر هذا القيد قابل للتجديد مرتين غير أنه وفي حال سقوط الأجل دون القيام بالتحديد سقط حق الدائن في الامتياز.

¹ أنظر: المادة 153 من القانون التجاري

ونظرا لطبيعة المال المنقول موضوع الرهن أي منقول مادي أجاز المشرع للمستفيد من الرهن أن يطالب المدين بوضع لوحة على قطعة أساسية من المال المرهون وبصفة بارزة تثبت وجود الرهن والتاريخ ورقم القيد والامتياز المثقل به، ولا يجوز للمدين الاعتراض على هذا الإجراء وإلا جاز متابعتة جزائيا بتهمة خيانة الأمانة¹.

ولا يجوز أن تكون العلامات الخاصة بالرهن الموضوعة معرضة للهلاك أو الانتزاع أو إخفاء المعالم قبل انقطاع الامتياز، وهذا ضمنا إضافيا لحق الدائن في تتبع المال المرهون إذا انتقلت ملكيته للغير.

ثالثا: آثار الرهن الحيازي للآلات والمعدات.

يرتب الرهن الحيازي للآلات والمعدات أثارا سواء بالنسبة للدائن أو المدين.

1- بالنسبة للمدين:

باعتبار أن المال المرهون عبارة عن منقول مادي وبالرغم من أن حيازته لا تنتقل إلى الدائن المرتهن إلا أنه يقع عن المدين ضرورة المحافظة على المال المرهون ويجوز له استعمالها واستغلالها، غير أنه وفي حال ما إذا قرر المدين التصرف في المال المرهون اختياريا أن يطلب الموافقة المسبقة من الدائن المرتهن أو قاضي الأمور المستعجلة إذا ما توفرت شروطه (الاستعجال وعدم المساس بأصل الحق)، وإلا نشأ للدائن الحق في المطالبة بإسقاط الأجل لانقاصه الضمان بالإضافة إلى المتابعة الجزائية على أساس خيانة الأمانة².

2- بالنسبة للدائن المرتهن:

يترتب عن الرهن الحيازي للآلات والمعدات للدائن المرتهن حقوق هي الحق في التنفيذ وبالأولوية وحق التتبع.

أ- الحق في التنفيذ على المال المرهون بالأولوية:

¹ أنظر: المادة 154 من القانون التجاري
² أنظر: المادة 157 من القانون التجاري

يتمتع الدائن المرتهن بحق أولوية إزاء الدائنين الآخرين المقيدین على المحل ويمارس بالتفضيل على امتیاز بائع المحل التجاري و ضد الدائن المرتهن للمحل التجاري، غير أن هذا الحق مرتبط بضرورة قيام الدائن بتبليغ باقي الدائنين بعقد غير قضائية نسخة من العقد المثبت للرهن الحيازي على الآلات والعتاد ويجب أن يتم هذا التبليغ وتحت طائلة البطلان خلال شهرين من إبرام عقد الرهن الحيازي.

غير أن الحق في الأولوية ليس مطلقا ويستثنى من ذلك:

- امتیاز الخزينة العامة.
- امتیاز المصاريف القضائية.
- امتیاز المصاريف التي تنفق للمحافظة على الشيء.
- امتیاز الممنوح لأصحاب الأجور بموجب النصوص الجاري بها العمل.

وللدائن المرتهن صاحب الامتياز على الآلات والمعدات إذا حل الأجل ولم يتم الوفاء بقيمة الدين والمتمثلة في ثمن البيع فإنه يجوز له التنفيذ على المال المرهون عن طريق المطالبة بالتنفيذ عن طريق القضاء لتعين محافظ للبيع بالمزاد العلني، ولا يجوز مباشرة البيع إلا بعد 20 يوما من تاريخ تبليغ الدائنين المقيدین نظاميا والذي سبق قيدهم أجل 15 يوما، كما سبق شرحه¹، كما يجوز للدائن المزايدة بمقدار 1/10 على ثمن بيع الآلات والمعدات والتي نتجت عن البيع بالمزاد العلني².

¹ أنظر: المادة 130 من القانون التجاري السابق شرحها.
² أنظر: المادة 164 من القانون التجاري.

المحور الثالث: عقود الوساطة التجارية.

يستعين التاجر عند مباشرته لنشاطه التجاري بمجموعة من الأشخاص باعتباره غير قادر لوحده على مباشرة نشاطه، خاصة إذا كانت تجارته متسعة النطاق، فهو بحاجة إلى من يبيع له بضاعته أو للتوسط بينه وبين العملاء، وغالبا ما يحترف هؤلاء الأشخاص القيام بهذه الأعمال لحساب الغير، وفي هذه الحالة يعتبرون تجارا يعملون على وجه الإستقلال وهذا ما يصطلح عليه بالعقود التجارية¹.

و بالرجوع لنص المادة 02 من القانون التجاري نجد أن المشرع قد نص على مجموعة من الأعمال اعتبرها تجارية بحسب الموضوع ومن ضمنها عملية سمسرة أو خاصة بالعمولة.

كما عرفت المادة 34 من القانون التجاري عقد الوكالة التجارية بأنها اتفاقية يلتزم بواسطتها الشخص عادة بإعداد البيوع أو الشراءات وبوجه عام جميع الأعمال التجارية باسم ولحساب التاجر.

من خلال استقراء هذه المواد نجد أن المشرع عقد ميز السمسرة عن الوكالة التجارية أو وكالة العقود وكذا الوكالة بالعمولة، ويتجلى ذلك في:

1- الفرق بين الوكالة التجارية والوكالة بالعمولة:

يتجلى الفرق بينهما في أن يتصرف الوكيل بالعمولة باسمه ولحساب الأصيل في حين أنه في الوكالة التجارية يتصرف الوكيل باسم ولحساب الأصيل.

2- الفرق بين الوكالة التجارية والسمسرة

السمسار يقوم فقط بالتفاوض أو التحضير لأجل التوصل إلى اتفاق يقضي إلى إبرام العقد بين طرفيه أي مجرد عمل مادي في حين أن الوكالة التجارية عمل قانوني يشرف فيه الوكيل باسم ولحساب الأصيل.

¹ أنظر: معمر طاهر حميد ردمان، عقود الوساطة التجارية، دار الجامعة الجديدة، 2014، ص.3 و4.

وبناء عليه فإن إذا استعان التاجر بشخص للقيام بإبرام العقود وتنفيذها فإذا قام الوسيط ببيع السلع لحساب التاجر ولا تنتقل ملكيتها له كيف العقد بأنه عقد وكالة تجارية إذا تصرف الوكيل بإسم ولحساب التاجر أو وكالة بالعمولة إذا تصرف بإسمه ولحساب التاجر، أما الوسطاء غير الوكلاء فهم الذين تنتقل إليهم ملكية السلع وهم الموزعون بحيث يتم بيع السلع باسم ولحساب الموزع بعد شرائه للسلع، أما السمسرة فهي تختلف كلياً عن الوكالة التجارية على أساس أن السمسار لا يعد وكيلاً لأحد الأطراف بل يقوم فقط بالتفاوض¹.

وهذا ما سيتم تفصيله كما يلي:

المطلب الأول: عقد السمسرة.

على خلاف بعض القوانين المقارنة لم يعرف المشرع عقد السمسرة بالرغم من كونه من أهم عقود الوساطة شيوعاً، وإذا كانت وكالات التوسط في البيع والإيجار خاصة في المجال العقاري وبالرغم من كونها تجارية إلا أنها تجارية بحسب الشكل لكونها تأخذ شكل وكالة تجارية² وليس بحسب الموضوع كما هو الشأن بالنسبة للسمسرة.

ويمكن تعريف السمسرة بأنه عقد يتعهد بموجبه السمسار لشخص آخر بالبحث عن طرف ثان لإبرام عقد معين والتوسط بينهما لإبرامه في مقابل عمولة³. أو هو العقد الذي يتعهد بمقتضاه السمسار بالبحث عن شخص يضعه في علاقة مع آخر بهدف إتمام عقد، ويكون له الحق في الحصول على عمولته إذا ما أبرم العقد الذي توسط بشأنه، سواء تم تنفيذ العقد أو لم ينفذ⁴.

وعلى هذا الأساس فإن عمل السمسار يتمثل في عمل مادي وليس قانوني و يقتصر على التوسط بين شخصين للتعاقد دون أن يكون نائباً عنهما بل مجرد وسيط يقتصر دوره على تقريب وجهات النظر والسمسار لا يعد طرفاً في العقد، وكل ذلك مقابل عمولة يتم الإتفاق عليها.

¹ أنظر: معمر طاهر حميد ردمان، المرجع السابق، ص. 28.

² أنظر المادة 3 من القانون التجاري.

³ أنظر عزيز العكيلي، المرجع السابق، ص 433.

⁴ أنظر: رائد أحمد خليل القره غولي، عقد الوساطة التجارية، المركز القومي للإصدارات القانونية، 2014، ص. 20.

والسمسار عمله يعد عملا تجاريا بحسب الموضوع وهذا ما نصت عليه صراحة المادة 2 من القانون التجاري، وإذا احترف هذا النشاط كان مكتسبا لصفة التاجر غير أنه في هذا الإطار لا بد من التنبه بأن عمل السمسار يكون في إطار استقلالية وإلا كيف العقد بأنه مجرد تمثيل تجاري.

ويتميز عقد السمسرة بالخصائص التالية:

1- عقد السمسرة عقد رضائي:

إن الأصل في العقود أن تكون رضائية وهي العقود التي تستلزم ثلاث أركان فقط وهي الرضا والمحل والسبب، ويكفي لإنعقاده توافق الإرادتين أي تطابق الإيجاب و القبول¹.

ومن ثم فإن عقد السمسرة عقد رضائي لا يحتاج إلى شكل معين لإثباته بل باعتباره عقدا تجاريا فإنه يخضع لمبدأ حرية الإثبات في العقود التجارية².

2- عقد السمسرة عقد ملزم للجانبين وعقد معاوضة:

يقصد بعقد الملزم للجانبين العقد الذي تكون فيه الإلتزامات متقابلة، في حين يقصد بعقود المعاوضة أن يأخذ كل متعاقد مقابلا لما إلتزم به، والأصل أن جميع العقود التجارية هي عقود معاوضة لكونها بقصد تحقيق الربح.

وتتجسد المعاوضة في عقد السمسرة في أن السمسار يلتزم بتنفيذ عقد السمسرة بمقابل مادي يصطاح عليه عمولة، كما أن إلتزاماتهم متقابلة فيلتزم السمسار بالبحث عن متعاقد للعميل وفقا للشروط التي يحددها، وفي المقابل يلتزم العميل بدفع عمولة مقابل هذا البحث والتفاوض، ومقدار العمولة يتم تحديده بنسبة مئوية من قيمة الصفقة .

3- السمسرة عمل مادي وليس تصرفا قانونيا:

عقد السمسرة من عقود الوساطة التي يكون موضوعها القيام بعمل مادي والسمسار يسعى لإيجاد شخص يتعاقد مع عميله وبالشروط التي استلزمها هذا الأخير، والسمسار لا يقوم بعمل

¹ أنظر: رائد أحمد خليل القرعة غولي، المرجع السابق، ص.24.

² أنظر: للمادة 30 من القانون التجاري

قانوني فهو ليس نائبا عن العميل أو المتعاقد معه، كما أنه غير مسؤول عن تنفيذ العقد، باعتبار أن حقه في العمولة يتبث بمجرد حمل المتعاقدين على إبرام الصفقة¹.

4- استقلالية السمسار

السمسرة من العقود التي يمارس فيها السمسار عمله مستقلا عن عميله ولا تربطه به عقد عمل، أي لا يوجد تبعية اقتصادية بين السمسار والعميل، والمقابل المالي الذي يحصل عليه السمسار لا يعد أجرا وإنما عمولة مقابل ما قدمه من جهد في التفاوض لإيجاد المتعاقد المناسب وفقا لشروط العميل.

ويترتب عن خاصية الاستقلالية في عقد السمسرة أن السمسار لا يلتزم بالتعليمات الصادرة عن عميله والمحدد لكيفية ممارسته لمهنته، ويتقيد فقط بالشروط التي استلزمها لإبرام العقد، كما يستطيع السمسار التوسط لصالح عدد من العملاء سواء أفراد أو شركات دون حاجة للحصول على إذن من عميله².

إن خاصية الاستقلالية بالنسبة للسمسار تنتج بطريقة حتمية عن إكتسابه صفة التاجر، لكونه يمارس عملا تجاريا بحسب الموضوع في إطار الإحتراف، وهذا بغض النظر عن طبيعة التصرفات التي يتوسط فيها سواء كانت مدنية أو تجارية، ويترتب عن ذلك أنه يلتزم بالالتزامات التاجر كالتزام بمسك دفاتر تجارية و القيد في السجل التجاري³. فالسمسار هو من يحترف السمسرة ومكتسب لصفة التاجر، في حين أن السمسرة اعتبرها المشرع عملا تجاريا بحسب الموضوع لكنه عمل منفرد أي يعد تجاريا ولو قام به الشخص مرة واحدة.

غير أن جانب من الفقه قد اعتبر أن السمسرة بعمل منفرد لا تكون تجارية إلا إذا كانت الصفقة المتوسط فيها تجارية بالنسبة لطرفيه أما إذا كانت مدنية كالتوسط في الزواج لمرة واحدة فلا تعد تجارية، أما إذا كانت الوساطة في شكل مقاوله فلا يهم نوع الصفقة سواء كانت مدنية أو تجارية⁴. غير أن هذا الطرح يتناقى ونصوص القانون التجاري والذي اعتبر

¹ أنظر: فرحة زراوي صالح، الكامل في القانون التجاري الجزائري، الأعمال التجارية التاجر، ص.110

² أنظر: سميحة القليوبي عقود الوكالة التجارية، دار النهضة العربية 1980، ص.495

³ أنظر: رائد أحمد خليل القره غولي، المرجع السابق، ص.29.

⁴ أنظر: رائد أحمد خليل القره غولي، المرجع السابق، ص.35

السمسرة عملا منفردا في حين أن الوكالة العقارية والتي تحترف أيضا السمسرة إلا أنها تجارية بحسب الشكل¹.

لا يلتزم السمسار بتنفيذ العقد لأنه ليس طرفا فيه وهو يستحق عمولته بمجرد توافق الإرادتين وإبرام العقد غير أنه وفي حال تم الفسخ أو الإبطال فإن السمسار لا يعد مسؤولا في هذه الحالة ولا يلزم برد العمولة.

ولقد عهد المشرع إلى حماية هذا النشاط وإن إرتبط بالمحل التجاري من خلال نص المادة 149 من القانون التجاري والتي نصت صراحة على: " لا يجوز أن يتدخل بطريقة مباشرة أو غير مباشرة ولو بالتبعية كسماسرة أو وسطاء أو مستشارين مهنيين في التنازلات و الرهون المتعلقة بالمحلات التجارية كما لا يجوز لهم أن يكونوا تحت أي اسم كان مودعين لإئتمان بيع المحلات التجارية...."

وفي الأخير تجدر الإشارة إلى أن المشرع لم ينظم نشاط السمسرة باعتباره عملا تجاريا بحسب الموضوع، واكتفى بالنص عليه وهذا بالرغم من أهميته ودوره في الحياة العملية.

ومن أشكال السمسرة المنتظمة قانونا:

- السمسار البحري:

نضم القانون البحري عمل السمسار البحري من المواد 631 إلى 638 كما تم النص عليه بموجب المرسوم 183/09 والمتعلق بممارسة نشاطات مساعدي النقل البحري²، ووفقا لنص المادة 02 من هذا المرسوم فإن المقصود بمساعدي النقل البحري هم: وكيل السفينة، وكيل الحمولة، و السمسار البحري.

فالسمسار البحري هو كل شخص طبيعي أو معنوي يلتزم وبمقابل أجر وبمقتضى وكالة العمل قصد التوفيق والتقريب بين الأطراف المتعاقدة لإبرام عقود شراء السفن وبيعها

¹ أنظر المادة 2 والمادة 3 من القانون التجاري.

² انظر: المرسوم التنفيذي 183-09 المؤرخ في 12 مايو 2009 يحدد شروط ممارسة نشاطات مساعدي النقل البحري، الجريدة الرسمية العدد 31 لسنة 2009

وعقود الاستئجار في النقل البحري التأمين البحري ومختلف العقود المتعلقة بالتجارة البحرية وتكون عقد السمسرة كتابيا ليبين حقوق و التزامات السمسار.

وتمارس مهنة السمسار البحري عن طريق اعتماد بمنح مسبقا من طرف الوزير المكلف بالتجارة البحرية وضرورة القيد في السجل التجاري¹.

ومن الشروط اللازمة للحصول على اعتماد سمسار بحري² ما يلي:

1- بالنسبة للشخص الطبيعي:

- بلوغ 25 سنة على الأقل

- التمتع بالأخلاق و المصادقية وأن لا يكون عاجزا أو ممنوعا من ممارسة النشاط

إثر إدانة

2- سمسار التأمين:

وهي من أعمال الوساطة في التأمين قد يكون شكلا طبيعيا أو معنوياً، ويعتبر تاجرا وملزم بالقيد في السجل التجاري، وقد تم تنظيمه بموجب 252 من قانون التأمينات وكذا المرسوم التنفيذي 340/95 رقم 192/17 والمحدد لشروط منح الاعتماد لوسيط التأمين وأهليته المهنية وسحبها ومكافأته ومراقبتهم.

وقد عرفت المادة 258 من قانون التأمين سمسار التأمين شخص طبيعى أو معنوي يمارس لحسابه الخاص مهنة التوسط بين طالبي التأمين وشركات التأمين بغرض اكتتاب عقد التأمين ويعد سمسار التأمين وكيل للمؤمن له ومسؤولا اتجاهه غير أن مهمته تقتصر على مجرد التوسط في إبرام عقد التأمين.

2- الوكالة التجارية:

¹ أنظر: المادة 8 من المرسوم التنفيذي 183-09 السابق الذكر.
² أنظر المادة 10 من المرسوم التنفيذي 183-09 السابق الذكر

أو ما يعرف بوكالة العقود وهي عقد يقيم الموكل بمقتضاه شخص آخر في تصرف جائر ومعلوم ويجب أن يكون موضوع الوكالة عملاً تجارياً يجب الموضوع ويقوم الوكيل التجاري بالتصرف باسم ولحساب الأصيل وهو يعد مكسباً لصحة التاجر.

ومن خصائص الوكالة التجارية:

1- هو من قبل العقود الرضائية إلا في حال ما إذا كان التصرف المول به يستلزم شكلية معينة كما هو الشأن في التظهير التوكيلي للمنفعة.

2- هي من قبل العقود الملزمة للجانبين

بحيث يلتزم الوكيل بنفسه عقد الوكالة أو القيام بالأعمال المنوطة في وهي تخضع أساساً لأحكام الوكالة في القانون المدني، غير أنه يتقاضى عمولة مقابل قيامه بالأعمال التجارية لصالح الأصيل (575 م ق م).

والتزام الوكيل في الوكالة التجارية هو التزام بوسيلة وليس بتحقيق نتيجة أو عناية الرجل العادي.

غير أنه في هذه الحالة لا بد من تمييز علاقتين:

أ- علاقة الوكيل بالأصيل: وينظم هذه العلاقة عقد الوكالة ويلتزم كل منهما بأداء الوكالة ولحسن نية فعلى الوكيل أن يقوم بكسب العملاء والتعامل معهم بأخلاق وعرض البضاعة بأفضل شكل كما يقوم بإبرام مختلف العقود التي تستلزمها أعماله التجارية.

وإذا أخل أحد الأطراف بالتزام تعاقدى نشأ للطرف الآخر الحق في الفسخ والمطالبة بالتعويض.

ب- العلاقة بين الوكيل والغير:

أن الوكيل يبرم التصرف باسم ولحساب الأصيل وأثار العقد لا تتصرف إليه وإنما تتصرف إلى الأصيل وتنتهي علاقته بالغير بمجرد إتمام العقد، وفي الأخير لا بد من الإشارة

إلى نص المادة 2/34: إذا كان عقد الوكالة غير محدد بمدة معينة فلا يجوز لكلا الطرفين فسخه دون إخطار مسبق ومطابق للأعراف إلا في حال صدور خطأ من أحد الطرفين.

الوكالة بالعمولة:

هي نوع خاص من الوكالة التجارية أوجدها العرف التجاري وانتشرت خاصة في نطاق التجارة الدولية، إذ تفضل المؤسسات التجارية والصناعية الاعتماد في تصريف منتوجاتها وبضائعها أو الحصول على المواد الأولية على وكيل لهم في السوق المحلية يكون على علم ودراية بحالة السوق وأعرافه وتقاليده¹.

ويمكن تعريف الوكالة بالعمولة أنها اتفاق يلتزم بموجبه الوكيل بالعمولة القيام بتصريف قانوني باسمه ولحساب موكله مقابل عمولة².

ومن خلال هذا التعريف يمكن أن تستخلص ما يلي:

1- الوكالة بالعمولة يعد طرفا في العقود التي يبرمها مع الغير ومن ثم يكون مسؤول اتجاه هذا الأخير بتنفيذ العقد، ولا يجوز للغير أن يطالب الأصيل مباشرة لأنه ليس طرفا في العقد (نسبة أثر العقد).

2- الوكيل بالعمولة يعد تاجرا باعتباره يحترف عملا تجاريا يجب الموضوع بمفهوم المادة 02 من الق ت ولا يعد تابعا أو أجيرا لدى الأصيل بل يتمتع بالاستقلالية عند ممارسته لمهامه.

3- يتعاقد الوكيل بالعمولة باسمه وإذن موكله ولحسابه³، ويلتزم في المقابل الأصيل بأن يدفع للوكيل عمولة، بالإضافة إلى المصاريف والمدفوعات عند الاقتضاء.

ومن التطبيقات التشريعية للوكالة بالعمولة:

¹ انظر: عزيز العكيلي، ص 395.

² حسن الفتلاوي، ص 395 – 397.

³ حسن الفتلاوي، ص 395 – 397.

أ- الوكالة بالعمولة للنقل: عرفها القانون التجاري بموجب المادة 37: بأنها اتفاق يلتزم بمقتضاه تاجر بأن يباشر باسمه الخاص أو باسم موكله أو شخص من الغير نقل أشخاص (م 69) أو أشياء (م 56)، وأن يقوم عند الاقتضاء بالأعمال الفرعية المرتبطة بذلك.

غير أنه لا يجوز ممارسة هذا النشاط إلا بعد الحصول على الاعتماد السابق من قبل الوزير المكلف بالنقل، كما يلتزم المعني بالأمر نظر لتجارية عمله بالقيد في السجل التجاري إجراء القيد في السجل التجاري:

ووفقا لنص المادة 58 ق ت يكون الوكيل بالعمولة لنقل الأشياء ومن وقت تسلمه الأشياء المطلوب نقلها مسؤولا عن ضياعها كليا أو جزئيا أو عند تلفها أو التأخر في تسليمها وفي المقابل فإن له الحق في الامتياز على قيمة البضائع المرسلة له جميع المصاريف والصكوك سواء كان ذلك قبل استلام البضاعة أو عند حيازتها (م 56 ق ت) أما الوكيل بالعمولة لنقل الأشخاص فإنه يعد مسؤولا عن الأضرار البدنية ابتداء من تكلفة بالمسافر.

لقد نظم المشرع الجزائري مهنة الوكيل المعتمد لدى الجمارك بموجب المرسوم التنفيذي رقم 288/10 المؤرخ في 14 نوفمبر 2010.

والوكيل لدى الجمارك هو وكيل بالعمولة والذي يتصرف باسمه بالرغم من كونه وكيلاً عن غيره، ووفقا لنص المادة 11 من المرسوم فإن الوكيل لدى الجمارك يحزر التصريحات بأنفسهم ويوقعونها بصفتهم مصرحون ويقدمون بأنفسهم البضائع للفحص ويعد الوكيل مسؤولا أمام الإدارة، الجمارك عن صحة المعلومات الواردة في التصريح ولا يمكن مزاوله هذه المهنة إلا بعد الحصول على الاعتماد يسلمه المدير العام للجمارك إذا توفرت في المعنى كل الشروط المقررة قانونا.

المحور الرابع العمليات المتعلقة بالمحل التجاري

المبحث الأول: المحل التجاري.

يمكن تعريف المحل التجاري بأنه مجموعة أموال مادية وغير مادية، تخصص لمزاولة التجارة، ويقوم المحل التجاري على فكرة معنوية قوامها وجود وحدة معنوية تتكون من مجموعة من الأموال أهمها الأموال المعنوية ويمكن توافر عناصر مادية.

عناصر المحل التجاري: لقد حددت المادة 78 ق ت ع م ت.

يتكون المحل التجاري من عناصر متعددة منها المادية وهي البضائع والمعدات والآلات ومنها المعنوية ومنها الاختيارية ومن الإجبارية وهذا تفصيلا كما يلي:

أولاً: العناصر المادية.

تتمثل العناصر المادية للمحل التجاري في عنصر البضائع والمعدات.

1- البضائع:

يقصد بالبضائع السلع المعروضة للبيع سواء كانت مواد مصنعة أو مصنوعة أو مواد أولية ... الخ.

وتعد البضائع من العناصر المتغيرة وغير الثابتة في المحل التجاري سواء من حيث ثمنه الذي يخضع للسوق أو حتى تواجده.

ويستلزم لتكون البضائع عنصراً من عناصر المحل التجاري أن تكون مملوكة لصاحب المحل وعليه بقاء البضائع التي يلزم الناقل بنقلها لأصحابها لا تعد ضمن عناصر محله التجاري.

كما تختلف أهمية البضائع كعنصر من عناصر المحل باختلاف طبيعة النشاط الذي يقوم به التاجر فإن تعلق الأمر بالشراء من أجل إعادة البيع سواء بالجملة أو التجزئة كانت

البضائع عنصرا جوهريا في المحل في حين أنه إذا كان النشاط متعلق أساسا بتقديم خدمات أو مقاولات التأمين أو السياحة فإن البضائع لا تعد عنصرا من عناصر هذا المحل.

2- المعدات والآلات:

وهي كل الأشياء المنقولة الموجودة بالمحل وليست للبيع بل هي ضرورية لاستغلال المحل، كالأثاث والمكاتب وأجهزة الإعلام الآلي والثلاثة لحفظ المواد السريعة التلف كاللحم والحليب ومشتقاته ... الخ، ولقد تساءل الفقه عن السلع المعدة للإيجار هل هي من قبيل البضائع أو المعدات، والراجع أنما من المعدات باعتبارها ثابتة وغير متغيرة.

ففي مقولة تأجر السيارات يتم تأجير السيارات لمدة معينة بمقابل نقدي، إلا أنها تبقى ثابتة في المحل باعتبارها من المعدات وليس من البضائع.

ولتميز البضائع عن المعدات والآلات أهمية بالغة بحيث أنه في عقد رهن المحل التجاري فإنه لا يشمل البضائع وإنما تقتصر على الأثاث التجاري والمعدات والآلات، وهذا ما نص عليه المشرع صراحة في المادة 119 من القانون التجاري.

وفي الأخير تجدر الملاحظة أن العقارات بطبيعتها والمخصصة لمزاولة النشاط التجاري لا تدخل في إطار المعدات أو الآلات ولا يشملها المحل التجاري سواء كان التاجر مالك للعقار الذي يزاول فيه النشاط فلا يدخل ضمن عناصر المحل التجاري¹.

ثانيا: العناصر غير المادية.

تشمل العناصر غير المادية مجموعة من الأموال المعنوية التي يتمكن بها التاجر وهي العملاء والشهرة التجارية، وعنوان المحل والاسم التجاري والحق في الإيجار وحق الملكية الصناعية والتجارية.

1- عنصر الاتصال بالعملاء والشهرة التجارية:

¹ أنظر، هاني دويدار، المرجع السابق، ص 211.

وهي من العناصر الإجبارية في المحل التجاري وهذا العنصر هو العنصر الأساسي في المحل التجاري وعلى أساسه ترتبط باقي العناصر به سواء المادية أو حتى المعنوية وإن لم نقل لخدمته، وعلى أساسه يتحدد حجم أعمال المحل ومقدار أرباحه كما أن قيمة المحل مرتبطة أساسا بقيمة هذا العنصر المعنوي.

ويتكون المحل التجاري من عدة عناصر نص عليها المشرع صراحة في نص المادة 78 من القانون التجاري فمنها العناصر المادية كالمعدات والآلات والبضائع ومنها المعنوية مثلا العملاء والإسم التجاري والعلامة التجارية،... غير أن قيمة المحل التجاري مرتبطة أساسا بعنصر العملاء بإعتباره من جهة عنصرا إلزاميا بقوة القانون وعنصرا يتحدد به رقم الأعمال أو قيمته سواء عند النصرف فيه بالبيع أو للبحث عن الإلتمان في حالة الرهن.

وعلاء المحل مرتبطين أساسا إما بشخص التاجر أو بعناصر أخرى سواء ماتعلق منها بموقع المحل أو العلامة التجارية المستعملة.

وعلى هذا الأساس تتمحور إشكالية المداخلة مامدى أهمية عنصر العملاء وتكوين المحل التجاري وهل يعد كافيا ولوحدته لتكوينه؟

أولاً: مامدى أهمية عنصر العملاء:

بالرجوع لنص المادة 78 من القانون التجاري فإن المشرع قد نص صراحة على أن عنصر الإتصال بالعملاء والشهرة التجارية عنصرين إلزاميين لوجود المحل التجاري ليس هذا فحسب بل إن إستمرار المحل مرتبط بمدى القدرة على الإحتفاظ بالعملاء مع السعي لإجتدابهم.

وتبدو أهمية عنصر العملاء في المحل التجاري أن جانباً من الفقه إعتبر أن المحل التجاري هو العملاء أي أنه لم يعد عنصر من عناصره بل أصبح هو المحل¹

ويأخذ عنصر العملاء مفهومين أحدهما هو الإتصال بالعملاء والثاني متعلق بالشهرة التجارية و هذا تفصيلاً كما يلي:

1- الشهرة التجارية: Achalandage أو السمعة التجارية : لقد إعتبر المشرع الشهرة التجارية عنصراً إلزامياً في المحل التجاري أي قدرة المحل على إجتداب العملاء العابرين أو العرضيين clients de passage بسبب موقعه وليس بسبب صاحبه. ومن تم فإن الشهرة التجارية تعد مرتبطة بعناصر موضوعية متعلقة بموقع المحل وليس عناصر شخصية².

و الراجح أن عنصر الإتصال بالعملاء يترجم في الواقع من خلال رقم الأعمال وإزدهار المحل بغض النظر عن طبيعة هذا الإتصال سواء كان راجعاً لأسباب موضوعية متعلقة بالمحل أو بموقعه أي الزبائن العرضيين أو متعلقة بعناصر شخصية أي عناصر الإتصال بالعملاء وما لشخص التاجر من أهمية في إجتداب العملاء الدائمين.

¹أنظر G. Ripert et R. Roblot , n 526,p430.

²أنظر فرحة زاوي صالح الكامل في القانون التجاري المحل التجاري ابن خلدون 2001 ص2/14

أي أن العبرة في عنصر الإتصال بالعملاء وليس كيف تم إجتدابهم سواء بالرجوع لطبيعة النشاط ، جودة المنتج أو حتى موقعه الجغرافي ¹ لأنه وبمجرد إجتدابهم يصبح عنصرا مستقلا ومكونا للمحل التجاري.

2- الإتصال بالعملاء:

إذا كان عنصر الشهرة التجارية مرتبط بوضوابط موضوعية بحتة فإن عنصر الإتصال بالعملاء عنصر ملتصق بعوامل شخصية مرتبطة أساسا بقدرة التاجر على إجتداب العملاء نظرا لنزاهته وسلوكه المستقيم وكذلك الإلتقان في العمل وتوفير أحسن السلع وبأحسن الأسعار مما يجعلهم زبائن دائمين وليس عرضيين.

والراجح أن عنصر العملاء يضم مجموع الأشخاص الذين يتعاملون مع المحل سواء بالتمويل أو طلب خدمات وسواء تم إجتدابهم من قبل التاجر أو المحل على حد سواء

I- خصائص عنصر العملاء: يتميز عنصر العملاء بمجموعة من الخصائص تميزه عن باقي العناصر المكونة للمحل التجاري و هذا تفصيلا كما يلي:

1- مكانة عنصر الإتصال بالعملاء في المحل التجاري:

لقد إعتبر المشرع الجزائري أن عنصر العملاء بشقيه الإتصال بالعملاء والشهرة التجارية يعد عنصرا إلزاميا في المحل التجاري أي ليس محرد شرط جوهري للمحل كما هو الشأن في فرنسا ² وعلى هذا الأساس تأتي باقي العناصر المكونة للمحل التجاري لخدمته أي أن وجود المحل التجاري مرتبط وجودا أو عدما بوجود هذا العنصر.

وبالنتيجة لا يمكن الحديث عن محل تجاري في حال ما إذا قام صاحب المحل بتسخير جميع العناصر المادية تم قام ببيع المحل فهنا لا مجال للحديث عن بيع محل تجاري أو تأجيريه أو رهنه بإعتبار أن العناصر المادية لوحدها لا تشكل محلا تجاريا. وفي المقابل فإن زوال عنصر العملاء يؤدي إلى زوال المحل التجاري.

2-العملاء بين مفهومي الحق الشخصي والحق العيني:

إن الطبيعة القانونية لحق التاجر على العملاء بإعتباره حق قابل للتصرف فيه وقادر على جذب الإلتئمان فهل للتاجر حق شخصي أو حق ملكية؟ إن الراجح أن قواعد القانون المدني لا يمكنها إحتواء مفهوم عنصر العملاء بإعتبار أن النشاط التجاري يقوم في كثير من الأحيان على المعيار الشخصي والذي لا يمكن إهماله. فالعميل ينجذب لنشاط التاجر وهو دائما يعمل على المحافظة على الزبائن واجتداب زبائن جدد للمحل عن طريق الإستغلال الأمثل لطبيعة النشاط وعناصر المحل. وعليه فإن لعنصر العملاء طبيعة قانونية خاصة لا يمكن للقانون المدني والتقسيم التقليدي للحقوق من إحتوائها ³

¹ أنظر :

P.COLLOMB, la clientèle du fond de commerce RTD COM1979 p3

² أنظر فرحة زواوي صالح المرجع السابق ص22

³ أنظر P COLLOMB, préc ,p7

وعليه فإن عنصر العملاء ماهو إلا واقعة إقتصادية مرتبطة بالنشاط التجاري ويرجع إثبات توفر عنصر العملاء من عدمه كعنصر إلزامي لقضاة الموضوع الدين يملكون سلطة تقديرية لتحديد مدى توفر هذا العنصر من عدمه وبالنتيجة مدى توفر القاعدة التجارية من عدمه¹

3-أن يكون عنصر العملاء حقيقيا وفعليا *la clientèle réelle et certaine*: من الشروط الأساسية لتكوين المحل التجاري أن يكون عنصر العملاء حقيقيا وفعليا فإن كان مجرد احتمال فهذا يعد غير كافيا لنشوء المحل التجاري ومن تم كل تصرف فيه عد تصرف في محل وليس محل تجاري بالمعنى القانوني للكلمة وعلى هذا الأساس فإن الوجود الفعلي للزبون مرتبط بالإستغلال الفعلي للمحل أي بداية الإستغلال وفتح المحل للجمهور².

غير أن وبالمقابل فإن المشرع لم يضع حدا أدنى لعدد العملاء الواجب توافرهم في المحل التجاري فهل يكفي زبون واحد للقول بميلاد المحل التجاري؟

إن العبرة بحسب الرأي الراجح ليس في عدد العملاء بل البدء في الإستغلال وفتح المحل للجمهور وهذا في حد ذاته لازما لإجتداب عدد من العملاء فإن كان عدد العملاء غير مهم في تحديد تاريخ ميلاد المحل التجاري بل يكفي وجودهم لكن في المقابل فإن قيمة المحل التجاري وقيمة إئتمانه تتأثر لاحالة بعدد الزبائن و الذي يترجم عمليا من خلال رقم الأعمال.

غير أن القول بأن عنصر العملاء لا بد أن يكون حقيقيا وفعليا لايراد به أن يكون ثابتا بإعتبار أن عنصر الإتصال بالعملاء ليس ثابتا بل متغيرا فهناك الزبائن الحاليون والزبائن المستقبليون ويسعى التاجر لإستقطاب أكبر قدر منه في إطار المنافسة المشروعة.

كما يجب أن يكون عنصر الإتصال بالعملاء قائما ومستمر أي أنه ولبقاء هذا العنصر المعنوي لا بد من الإستمرار في الإستغلال وعليه فإن توقف التاجر عن إستغلال محله التجاري بصفة نهائية وليس عرضية فقد من جهة العملاء ومن جهة ملكيته للمحل التجاري.

4-أن يكون عنصر العملاء شخصي ومستقل:

أي أن التاجر لا يمكنه الإحتجاج بملكية المحل التجاري إلا في حال إستطاع أن يجتذب زبائن خاصين وشخصيين للمحل وعلى هذا الأساس يمكن تمييز الحالات التالية:

أ-المحلات التجارية الملحقة أو التبعية:

لا يمكن للتاجر أن يحتج بملكيته للمحل التجاري إلا إذا أثبت وجود عملاء مستقلون وشخصيون لمحله وعلى هذا الأساس يطرح السؤال التالي: ما مصير التجارة في إطار إستغلال أكبر؟ كما هو الحال بالنسبة لمحلات الهدايا و المأكولات الموجودة في المطارات ومحطات البنزين و المسارح.... فهذه النشاطات كلها مرتبطة بالنشاط الأصلي أي أن زبائنهم غير مستقلين لأن الزبون هو فيصل زبون للمطار أو المحطة وليس زبونا لهذا المحل.

¹ أنظر حمادوش أنيسة المرجع السابق ص19

² أنظر فرحة زواوي صالح المرجع السابق ص19

وهل يمكن تطبيق هذا الطرح على المركز التجاري الذي يضم عدد كبير من المحلات وليس لها مدخل مستقل أو واجهة للجمهور فهنا ملكية المحل ترجع لصاحب المركز التجاري أو التاجر الذي يستغله؟

إن الراجح أن إستلزام عنصر الإستقلالية والشخصية في عنصر العملاء يكون مجحفا في كثير من المجالات للتاجر الذي يمكنه حتى في ظل تجارة طفيلية أن يجتذب العملاء ومن تم ملكيته لمحل تجاري مستقل بعناصره.

ب- عنصر العملاء في التجارة الإلكترونية:

إن لجوء المتعاملين الإقتصاديين للتسويق عن طريق الأنترنت ما هي إلا وسيلة لفتح سوق جديدة والحصول على زبائن من نوع ثاني أي من شعبة الأنترنت. فالإتصال بالعملاء ليس محددًا بشروط فتح الموقع من طرف مزود الخدمة هل في هذه الحالة وباعتبار أن العملية تتم بطريقة إفتراضية فهل هذا يجعل عنصر العملاء إفتراضيا أم يبقى حقيقيا؟ إن الراجح أنه وفي مجال التجارة الإلكترونية فإن مفهوم الإفتراضية متعلق بالعمالية فقط في حين أن الزبون يبقى حقيقيا. ومن تم فإنه يتمتع بزبائن شخصية ومستقلة وحقيقية حتى وإن تمت عن طريق الأنترنت.

لكن في حال ما إذا كانت المؤسسة أصلا ليس لها وجود مادي بل مجرد وجود إفتراضي فهل يمكن الحديث عن قاعدة تجارية إفتراضية أي أن الطرح غير متعلق بعنصر العملاء بل يتعداه للقاعدة التجارية ككل.

المحور الثاني: الإتصال بالعملاء عنصر غير مستقل:

بالرغم من أن عنصر العملاء هو عنصر إلزامي وجوهري في القاعدة التجارية ولا مجال للحديث عن تصرف في القاعدة التجارية إلا وشملها عنصر الإتصال بالعملاء والعكس صحيح أي أن كل تصرف في عنصر الإتصال بالعملاء هو تصرف في القاعدة التجارية.

إلا أنه وبالرغم من ذلك عنصر غير مستقل بداته أي أنه لا يمكن تصوره لوحد بل لابد من تتيثه عن طريق عنصر من العناصر الأخرى المكونة للمحل التجاري وهذا ما يصطلح عليه بنظرية السند.

أي أنه لا يمكن تصور عنصر الإتصال بالعملاء بلا سند مادي أو معنوي إذ لا يوجد زبائن في حد ذاتهم لكن مرحعيتهم تكون لتقديم خدمة معينة أو شيء معين في مكان ما أو إستغلال لعلامة تجارية وهذا ما يصطلح عليه بعنصر السند¹ وهذا ما يمكن إستخلاصه من نص المادة 78 الفقرة الثالثة من القانون التجاري.

والملاحظ أن عنصر السند يختلف حسب عوامل شتى مثال ذلك فإنه يختلف بإختلاف طبيعة النشاط ومكان ممارسته وشروط الإستغلال أي أن عنصر السند هو العنصر الدافع لإكتساب العملاء والإحتفاظ بهم²

² فرحة زراوي المرجع السابق ص25

ويترتب عن ذلك أن عنصر العملاء لا يمثل شيئاً بمفرده ولهذا لا يمكن التصرف فيه منفرداً سواء بالبيع أو الرهن أو التأجير إلا إذا ارتبط بعنصر آخر.

وفي الأخير لا بد من الإشارة إلا أن عنصر الإتصال بالعملاء يعد من أهم العناصر الإلزامية و الجوهرية في آن واحد ، ولا وجود للمحل التجاري في غيابه و عنصر العملاء هو الذي يحدد رقم الأعمال و الذي على أساسه يمكن تحديد قدرته على الإئتمان .

ولقد خص المشرع عنصر العملاء بحماية قانونية خاصة واعتبر أن كل تعدي على عنصر العملاء يعد منافسة غير مشروعة في حال استخدام الغير لأساليب غير مشروعة لصرف العملاء عن محل تجاري.

ولا تعد الديون والحقوق من عناصر المحل التجاري وإنما يبقى التجار مسؤولاً عن ديون المحل حتى وإن تصرف فيه بالبيع، كما أن الحقوق تبقى مرتبطة بشخص التاجر وليس بالمحل التجاري إلا أن هذه القاعدة يرد عليها استثنائين.

1- الحقوق والالتزامات الناشئة عن عقد العمل والتي يبرمها صاحب المحل فهي تبقى سارية في حالة التنازل عن المحل لشخص آخر.

2- الحقوق والالتزامات الضريبية: إذ يوجد القانون التزام الخلف مع السلف، وتضامنهم.

3- عقود التأمين: لقد نص المشرع صراحة على انتقال عقود التأمين بحكم القانون لصالح المشتري أو الوارث.

ثانياً: العناصر المعنوية للمحل التجاري.

هي الأموال المنقولة المعنوية لاستغلال المحل التجاري، وهي واردة في نص المادة 78 من ق ت على سبيل المثال وليس على سبيل الحصر.

وتنقسم العناصر المعنوية إلى:

1- عناصر معنوية إجبارية.

العناصر المعنوية الإجبارية: وهي على الخصوص:

عنوان المحل التجاري:

يتمثل في التسمية المبتكرة أو العلامة المميزة التي يضعها التاجر على واجهة محله التجاري حتى يتميز عن غيره من المحال التي تمارس نفس النشاط ومثاله الأمير الصغير لملابس الأطفال، حلويات الأميرة، KAZI Meuble.

وقد يعتبر العنوان التجاري من أهم العناصر المعنوية للمحل التجاري، وتتحدد هذه القيمة بمدى قدرة هذا الأخير على جذب العملاء وربطهم بالمتجر.

وقد يكتفي التاجر بذكر اسمه التجاري على واجهة المحل التجاري، وهنا يختلط العنوان التجاري بالاسم التجاري، ومثال "توابل غواء".

الاسم التجاري:

هو ذلك الاسم الذي يستخدمه التاجر في مزاولة نشاطه التجاري، وبالنسبة للتاجر الفرد قد لا يختلف الاسم التجاري عن الاسم المدني، وفي كل الأحوال يجب أن يكون مشتقا منه، ولكن الاسم المدني يختلف عن الاسم التجاري باعتبار أن الأموال من الحقوق اللصيقة بالشخصية في حين أن الثاني من الحقوق المالية.

ولا يميز بعض الفقه الاسم التجاري عن العنوان التجاري باعتبار أن الاسم التجاري لا يعد عنصرا من عناصر المحل التجاري، إلا إذا تم وضعه على المحل والاسم التجاري يجوز التعامل فيه باعتباره حقا ماليا لا شخصا يدخل في تكوين المحل التجاري ولا يجوز التصرف فيه مستقلا عن التصرف في المحل ويرد عليه التقادم المسقط بسبب عدم الاستعمال.

ولقد رتب المشرع حماية قانونية للاسم التجاري حتى لا يتم الاعتداء عليه من الغير، وقد أوجب قيده في المحل التجاري وشهرة في جريدة الأسماء التجارية.

3- حقوق الملكية الصناعية:

يقصد بحقوق الملكية الصناعية تلك الحقوق التي ترد على ابتكارات الجديدة لبراءة الاختراع والرسوم والنماذج الصناعية، والعلامات التجارية وهي تخضع لقانون الملكية الفكرية.

أ- براءات الاختراع:

إذا توصل أحد التجار إلى اختراع جديد يمكن استغلاله صناعيا أو تجاريا يمكنه الحصول على شهادة براءة الاختراع والتي تخول لصاحبها حقا استثماريا في استغلال براءة الاختراع.

ومن ثم تخصيص الابتكار للاستغلال التجاري أصبحت براءة الاختراع من عناصر المحل التجاري، وقد تمثل براءة الاختراع عنصرا جوهريا في المحل التجاري، واللباقة الفنية يمكن تكون عنصر من عناصر براءة الاختراع.

ولقد نظم المشرع براءة الاختراع بموجب الأمر 07/03 المؤرخ في 19 يوليو 2003، ويحدد هذا الأمر شروط حماية الاختراعات كما يحدد وسائل الحماية وآثارها.

فأما الاختراع: فهي فكرة المخترع والتي تسمح عمليا بإيجاد حل لمشكل محدد في مجال التقنية، أما براءة الاختراع فهي الوثيقة التي تسلم لحماية الاختراع من قبل المعهد الوطني الجزائري للملكية الصناعية.

ولصاحب براءة الاختراع حق استثنائي في استغلاله.

ففي حال ما إذا كان موضوع الاختراع منتوجا يمنع الغير من القيام بصناعة المنتج أو استعماله أو بيعه أو عرضه للبيع أو استيراده لهذه الأغراض دون رضاه¹.

وإذا كان موضوع الاختراع طريقة صنع يمنع الغير من استعمال طريقة الصنع واستعمال المنتج الناتج مباشرة عن هذه الطريقة، أو بيعه أو عرضه للبيع أو استيراده لهذا الغرض دون رضاه¹.

¹ أنظر المادة 11 من الأمر 07/03.

ولصاحب براءة الاختراع الحق في التنازل عنها أو في تحويلها عن طريق الإرث أو الترخيص باستغلالها².

أولا ماهية الترخيص باستغلال البراءة:

يجوز لمالك البراءة أن يتنازل عن ملكيته لبراءة الاختراع، كما يجوز له أن يرخص للغير استغلال اختراعه لمدة معينة بمقابل. وعلى هذا الأساس يحتفظ المرخص بملكيته لبراءة الاختراع ويتنازل فقط عن الحق في الاستعمال والاستغلال على أن يسترجع هذه الحقوق بنهاية المدة المتفق عليها في الترخيص.

ولقد عمد جانب من الفقه على اعتبار أن الترخيص عقد يلتزم بمقتضاه مالك البراءة بإعطاء حق استغلال البراءة أو بعض عناصرها إلى المرخص لها مقابل التزام هذا الأخير بدفع مبلغ من المال³ وهذا ما يدفعنا إلى طرح التساؤل التالي: هل للرخصة والعقد نفس المفهوم.

من خلال استقراء الأمر 07-03 والمتعلق ببراءة الاختراع نجد أن المشرع قد أضفى الصفة التعاقدية على الرخصة لتميزها عن الرخصة الإجبارية وعلى هذا الأساس نجد أن الرخصة تصدر عن المالك أو السلطة المؤهلة فإن نتيجة الرخصة عن اتفاق تسمية الرخصة التعاقدية أما في حال منح الرخصة لعدم استغلال الاختراع أو المنفعة العامة كانت الرخصة إجبارية.

هل يعد الترخيص لاستغلال البراءة من التصرفات الرضائية أو الشكلية:

لقد اختلف الفقه حول هذه النقطة القانونية.

¹ أنظر المادة 11 من الأمر 07/03.

² انظر: المادة 11 من الأمر 07/03.

³ انظر علاء جليل الجبوري، عقد الترخيص، ص 28.

فالاتجاه الأول يرى أن الشكلية في الرخصة فقط للإثبات في حال ما إذا ثار نزاع. وبهذا فهي تختلف عن الشكلية للانعقاد ويترتب عن انتائها بطلان التصرف.

في حين ذهب الجانب الآخر من الفقه إلى أنه من قبيل العقود الشكلية أي يجب أن يثبت العقد كتابيا، وأن يوقع من قبل الأطراف المتعاقدة، كما يجب تسجيله لدى المعهد الوطني الجزائري للملكية الصناعية مقابل دفع رسوم تنظيمية¹.

غير أن الراجح أن الترخيص بالانتفاع بالبراءة وخاصة التعاقد له أهمية بالغة بحيث سيتم تحديد المراكز القانونية لكل من المالك والمرخص له ومن ثم المنطق القانوني يقتضي أن يكون هذا العقد من قبل العقود الشكلية وليس الرضائية.

وبالرجوع لنص المادة 36 من الأمر 07-03 أن المشرع قد التزم نوعين من

الشكلية:

- شكلية لصحة التصرف والمتمثلة في ضرورة الكتابة بالرغم من أن المشرع قد استعمل مصطلح شرط وليس ركن هذا من جهة ومن جهة أخرى لم يرتب البطلان عن عدم استيفاء هذا الركن.

- قيد الترخيص في سج البراءات وهذا النفاذ التصرف في مواجهة الغير.

والترخيص باستغلال البراءة سواء قدم لشخص طبيعي أو معنوي تقديمه كحصة في تأسيس الشركة على سبيل الانتفاع يخضع للأحكام العامة للإيجار في القانون المدني مع تطبيق قاعدة الخاص يفيد العام²، والترخيص أنواع:

أولاً: الترخيص بالرجوع لسلطة مالك البراءة وهي نوعان:

- الترخيص المطلق: يمنع على المالك منح تراخيص موضوعها نفس البراءة غير أنه يحق للمالك استغلالها شخصيا.

¹ فرحة زراوي صالح، الكامل في القانون الجزائري الحقوق الفكرية، حقوق الملكية الصناعية والتجارية، حقوق الملكية الأدبية والفنية، ص 155.

² فرحة زواوي، المرجع السابق، ص 154.

- الترخيص البسيط: يمكن لمالك البراءة من الترخيص باستغلال البراءة لعدة أشخاص وهذا النوع من التراخيص هو الأكثر شيوعا ويحقق مصلحة مشتركة لكل من المالك ومجموع المستفيدين في دول مختلفة.

بالإضافة إلى ما تقدم يجب أن تضمن الرخصة الصلاحيات الممنوحة المرخص له سواء منح الاختراع والإتجار به أو مجرد استعماله للإنتاج وهذا حماية للمالك والمنفع في آن واحد.

- وتعد المادة 2-37 من الأمر 07-03 تطبيقا لنظرية إنقراض العقد والتي نص صراحة على بطلان البنود في العقود المتصلة بالرخصة دون الرخصة نفسها إذا كان من شأن استخدامها إحداث ضرر مضر على المنافسة في السوق الوطنية.

ثانيا: الترخيص بالرجوع للسلطة المانحة:

1- الرخص التعاقدية وهي الرخصة باستغلال البراءة المتصلة بالعقد المحدد لحقوق والتزامات طرفيه، أي المالك والمرخص له.

2- الرخص الإدارية الجبرية: نظمها المشرع بموجب المادة 38 وما يليها من الأمر 07-03 وهي بدورها نوعان:

أ- الرخص الإجبارية لعدم استغلال الاختراع أو لشخص فيه وهذا حماية للمصلحة العامة بحيث يجوز لأي شخص وفي أي وقت أن يقدم طلبا للسلطة الإدارية المختصة (السلطة القضائية سابقا) وكان على المشرع أن يكون أكثر دقة بتحديد هذه الجهة الإدارية والراجح أنها المعهد الوطني للملكية الصناعية¹ إذا توافرت فيه الشروط التالية:

1- انقضاء أربع سنوات من تاريخ إيداع طلب براءة الاختراع أو ثلاث سنوات ابتداء من تاريخ صدور براءة الاختراع².

¹ فرحة زاوي، المرجع السابق، ص 164.

² انظر المادة 38 الأمر 07-03.

2- أن يثبت طالب الرخصة الإجبارية أنه قام بتقديم طلب لصاحب البراءة ولم يحصل على رخصة تعاقدية بشروط منصفة¹.

3- أن تتحقق المصلحة المختصة أن عدم الاستغلال ليس له مبرر مشروع.

4- أن يقدم طالب الرخصة الضمانات الكفيلة بإثبات قدرته على استغلال براءة الاختراع² وتموين السوق الوطنية³.

وتمنح الرخص الإجبارية مقابل تعويض مناسب مع مراعاة قيمتها الاقتصادية⁴ مع تحديد مدتها وشروطها ويجوز في جميع الأحوال المسالك البراءة أن يطعن في الرخصة الإجبارية لدى الجهة القضائية المختصة (الأقطاب المتخصصة) والتي تثبت بموجب حكم ابتدائي.

وفي الأخير تجدر الإشارة إلى نص المادة 55 من الأمر 03-07 والتي اعتبرت أنه وبانقضاء سنتين من تاريخ منح الرخصة الإجبارية وعدم تدارك عدم الاستغلال جاز الحكم بسقوط البراءة يتدخل من السلطة القضائية المختصة بناء على طلب من الوزير المعني وبعد استشارة الوزير المكلف بالملكية الصناعية.

ب- الرخصة الإجبارية للمنفعة العامة⁵: يمكن للوزير المكلف بالملكية الصناعية أي وقت أن يمنح رخصة إجبارية لمصلحة من مصالح الدولة أو الغير إذا استدعت المصلحة العامة وخاصة الأمن الوطني، التغذية، الصحة أو تنمية قطاعات اقتصادية وطنية لاسيما عندما يكون سعر المواد الصيدلانية المحمية بواسطة البراءة مخالفا ومرتفعا بالنسبة للأسعار المتوسطة للسوق.

آثار الترخيص باستغلال براءة الاختراع:

¹ انظر المادة 38-03، 39.

² انظر المادة 40.

³ انظر المادة 48.

⁴ انظر المادة 47.

⁵ انظر المادة 49.

ينشأ عن الترخيص حقوق والتزامات بالنسبة لطرفيه سواء المالك أو المرخص له، والأصل أن هذه الحقوق والتزامات هي ذات طابع تعاقدية ومتعلق بالرخصة، إلا أنه يمكن إجمالها فيما يلي:

أ- حقوق والتزامات مالك البراءة.

ب- الحق الاحتكاري في الاستغلال الصناعي لبراءة الاختراع لكونه هو المالك ولم يتنازل عن ملكيته.

- الحق في الأتاوات وهو المقابل المالي المستحق عن الانتفاع بالبراءة ويمكن أن يكون مبلغاً جزافياً يحدد عند منح الرخصة.

- الالتزام بالتسليم: فيكون مالك البراءة ملزماً بتسليم البراءة كاملة مع ملحقاتها مع تمكين المرخص له من الرسوم التفصيلية والتوضيحية للاختراع والوثائق كافة التي تبين كيفية تركيبه واستغلاله، وفي هذا الإطار لا بد من طرح التساؤل التالي: هل مالك البراءة ملزم يتمكن المرخص له من اللياقة والتحسينات في حال غياب اتفاق.

إن اللياقة ليست عنصراً من عناصر براءة الاختراع ومن ثم فإن المالك غير ملزم بتسليمها للمرخص له غير أنه ومن ناحية أخرى نجد أن من مصلحة مالك البراءة أن ينقل لياقته للمرخص له لأنها متصلة بالانتفاع بالبراءة.

أما فيما يخص التحسينات فلا بد من تمييز تلك السابقة واللاحقة، فإذا كانت الأولى لا تطرح أي إشكال باعتبارها جزءاً لا يتجزأ من الاستغلال الكامل لبراءة الاختراع فإن الإشكال يطرح بالنسبة للثانية. والراجح حسب الفقه أن المالك ملزم بتقديم كافة التحسينات التي تسمح باستغلال الاختراع وإذا امتنع فإنه يخالف المبدئ العامة للقانون والتي تفرض على المؤجر حفظ وصيانة العين المؤجرة¹.

- الالتزام بالضمان:

¹ فرحة زواوي، المرجع السابق، ص 157.

يضمن المالك للمرخص له الانتفاع الهادئ لبراءة الاختراع، وعلى هذا الأساس يتمتع عن كل لكونه أشكال التعرض سواو حتى بنسبة منالأء كان تعرضا فعليا أو قانونيا وهذا حتى ولو كان التعرض صادر من الغير¹.

كما يلتزم الملك بضمان العيوب الخفية التي تحول دون إمكانية استغلال البراءة من قبل المرخص له أي أن يكون الاختراع قابل للاستغلال غير أن هذا لا يعني مسؤولية المالك عن القيمة التجارية للمنتوج أو ضمان الريح في حال التسويق².

وفي المقابل يلتزم المرخص له بما يلي:

- الالتزام بدفع المقابل النقدي: وهو البديل النقدي المتفق عليه كمقابل لاستغلال براءة الاختراع ويمكن أن يحدد بطريقة إجمالية أو دورية أو نسبة من الأرباح المحققة. وفي المقابل إذا امتنع عن دفع ما عليه من مستحقات يفسخ الترخيص لكونه إخلالا بالالتزام تعاقدي.

- كما يلتزم المرخص له بالسرية بحيث لا يجوز له نقل التكنولوجيا للغير بل عليه أن يستغل شخصيا براءة الاختراع والتحسينات المرتبطة بها. كما لا يجوز له إبرام عقود ترخيص عن الباطن إلا إذا وجد اتفاق يقضي بخلاف ذلك³.

ووفقا لنص المادة 09 من الأمر 07/03 فإن مدة حماية براءة الاختراع هي 20 سنة من تاريخ إيداع الطلب مع مراعاة دفع رسوم التسجيل ورسوم الإبقاء حتى تبقى هذه المدة سارية المفعول.

ومتى تم تخصيص الابتكار للاستغلال التجاري أصبحت براءة الاختراع من عناصر المحل التجاري، فإن انتقلت ملكته لتاجر جديد انتقلت معه ملكية الابتكار مع

¹ فرحة زواوي، المرجع السابق، ص 157.

² نفس المرجع السابق.

³ وفقا لأحكام عقد الإيجار.

العناصر الأخرى ويجوز أن يكون موضوع التنازل براءة الاختراع لوحدها بما يجوز مجرد الترخيص باستغلال هذه البراءة.

ولقد خص المشرع براءة الاختراع بحماية مدنية تخول لصاحبها الحق في المطالبة بالتعويض وفقا لنص المادة 56 من الأمر 03-07.

وأخرى جزائية بحيث أن جنحة التقليد يعاقب عليها بالحبس من 06 أشهر إلى سنتين وبغرامة من مليونين وخمس مائة ألف دينار إلى عشرة ملايين ديناراً أو بإحدى هتتين العقوبتين.

ب- العلامة التجارية:

تعتبر علامة السلعة أو الخدمة إلزامية لكل سلعة أو خدمة مقدمة بيعت أو عرضت للبيع عبر أنحاء التراب الوطني.

ويجب وضع العلامة على الغلاف أو على الحاوية عند استحالة ذلك.

لقد نظمها المشرع بموجب الأمر 06/03 المؤرخ في 19 يوليو 2003م المتعلق بالعلامة التجارية: وقد عرف العلامة بأنها كل الرموز القابلة للتمثيل الخطي لاسيما الكلمات بما فيها أسماء الأشخاص والأحرف والأرقام والرسومات والصور والأشكال المميزة لسلع أو توضيحا والألوان بمفردها أو مركبة التي تستعمل كلها لتميز سلع أو خدمات شخص طبيعي أو معنوي عن سلع وخدمات غيره".

وتسمح العلامة بالتعرف على منتج السلعة بمجرد النظر إليها كالعلامات الخاصة بالسيارات، أو علامات التمساح على الملابس أو علامة ADIDAS على الأحذية.

وتعتبر العلامة التجارية مع العناصر الاختبارية إذ يمكن أن يقوم المحل التجاري بدون علامة تجارية.

وفي المقابل يمكن أن تنتقل ملكية العلامة التجارية دون انتقال ملكية المحل التجاري، ففي حق ملكية قائم بذاته، فيجوز بيع المحل التجاري دون علامة تجارية عند الاتفاق على ذلك، وهذا عند ما يريد مالك المحل بملكته للعلامة التجارية.

ونظرا لأهمية العلامة التجارية فقد خصها المشرع بحماية خاصة، وذلك بتحريم بعض الأفعال كالتزوير والتقليد، كما رتب المشرع مسؤولية مدنية تتمثل في المنافسة غير المشروعة، وعقوبة التقليد فهي الحبس من 06 أشهر إلى سنتين وبغرامة من 2.500.000 دج إلى عشرة ملايين دينار أو بإحدى العقوبات التالية

- الغلق المؤقت أو النهائي.

- مصادرة الأشياء والوسائل والأدوات التي استعملت في المخالفة.

- اتلاف الأشياء محل المخالفة¹.

ج- الرسوم والنماذج الصناعية:

فأما الرسوم فهي الخطوط التي تكسب السلعة طابعا مميزا مثل النقش على المنتجات أو الرسم على الزجاج وهو ما تضمنته المادة 01 من الأمر 86/66 المؤرخ في 28 أبريل 1966 والمتعلق بالرسوم والنماذج "يعد رسما كل تركيب خطوط أو ألوان بقصد إعطاء مظهر خاص لشيء صناعي أو خاص بالصناعة التقليدية".

فالرسم الذي على السلعة هو الذي يميزها عن باقي السلع وهي وسيلة لاجتذاب الزبائن بشكل ورسم فني سواء بطريقة آلية كالطباعة أو يدوية أو حتى كيميائية.

أما النماذج فهي شكل السلعة أو هيكلها الخارجي الذي يميزها عن غيرها من السلع الشبيهة، مثل هياكل السيارات أو زجاجات العطور.

والنموذج يمكن استعماله كصورة أصلية لصنع وحدات أخرى مطابقة للنموذج.

¹ أنظر المادة 33 من 06/03.

ويكون لكل صاحب رسم أو نموذج الحق في استغلاله والتصرف فيه سواء بتحويله للغير بواسطة عقد أو التنازل عنه أو رهنه على أن يتم إبقاء الشكلية النصوص عليها صراحة في المادة 20 وما يليها من نفس الأمر.

ولقد اعتبر المشرع أن كل محاولة للغش واجتذاب العملاء عن طريق التقليد يعد جنحة يعاقب عليها بالغرامة وفقا لنص المادة 23 من نفس الأمر.

د- حقوق الملكية الأدبية والفنية: وهو من العناصر الاختيارية لقد نظمها المشرع بموجب الأمر 05/03 المؤرخ في 19 يوليو 2003، والمتعلق بحقوق المؤلف والحقوق المجاورة.

ولقد حددت المادة 02 من هذا الأمر نطاق تطبيق هذا الأمر بحيث أن يشمل مؤلف المصنفات الأدبية أو الفنية الأداء والعاذف ومنتج التسجيلات الصعبة البحرية وهيئات البث الإذاعي السمعي أو السمعي البصري.

وتعتبر حقوق الملكية الفكرية أو الأدبية من عناصر المحل التجاري في حال ما إذا تعلق الأمر بالحقوق المجاورة التي يتأثر باستغلالها كل من دور النشر والتوزيع سواء للمصنفات الأدبية أو الفنية سواء الموسيقية أو السمعية البصرية.

وغني عن البيان أن العمل بالنسبة للمؤلف أو الفنان هو عمل مدني باعتباره انتاجا ذهنيا وفكريا في بينما أن العمل بالنسبة لدور النشر فهو عمل تجاري بقوة نص المادة 02 من القانون التجاري.

هـ الرخص:

يقصد بالرخص كعنصر من عناصر المحل التجاري تلك الوثيقة الصادرة عن الإدارة سواء الجهات الصحية أو البلدية أو الولائية أو حتى الوزارية بعض الأحيان في حال ما إذا كان من الأنشطة المقننة وهي الأنشطة التي يلزم فيها التاجر بالحصول على ترخيص أو إذن أو اعتماد للقيام بعض الأعمال سواء لتعلقها بالبنية أو لإخضاعها لشرط الترخيص كالمقاهي والملاهي والاتجار في الخمر ووكالات السفر ... الخ.

ومتى كانت الرخصة متوقفة على عناصر وشروط موضوعية كانت عنصرا من عناصر المحل التجاري ومن ثم تشملها التصرفات القانونية الواردة عليه كالبيع والرهن والإيجار¹.

و- الحق في الإيجار:

وهو الحق الممنوح لصاحب المحل التجاري للانتفاع بالأماكن التي يزاول فيها نشاطه، ففي الغالب يقوم التاجر باستئجار المحل الذي يمارس فيه نشاطه، وهذا الإيجار يختلف عن تأجير الأماكن المعدة للسكن والتي تخضع لأحكام القانون المدني.

ولقد نص المشرع على نطاق تطبيق الإيجار التجاري في المواد من 169 إلى 171 من القانون التجاري.

والأماكن التي تسري عليها الإيجار التجاري هو إيجار المحلات أو العقارات الملحقة باستغلال محل تجاريا عندما يكون استعمالها ضروريا لاستغلال المحل التجاري وملكيته تابعة لمالك المحل أو العمارة التي توجد بها المؤسسة الرئيسية.

أ. لا بد من توفر شرطين:

1- أن تكون الأماكن ضرورية للاستغلال التجاري.

2- أن تكون هذه الأماكن تابعة لمالك المحل التجاري.

ولقد اشترطت المادة 169 من ق ت على أن يكون التاجر مقيدا في المحل التجاري حتى يمكنه الاستفادة من نظام الإيجارات التجارية، فإن كان التاجر غير مقيد في السحل التجاري فلا يجوز له المطالبة بنظام الحماية والحق في الإيجار التاجر من الحصول على تعويض استحقاق في حال المؤجر عدم تجديد العقد في حال وتعويض الاستحقاق بعد أن كان

¹ انظر، منصور، مذكرة، ص 34.

بقوة القانون أصبح الآن خاضعا لمبدأ سلطات الإرادة أي أن العقد المتعاقدين م 187 مكرر
ق ت.

غير أنه استنادا فإن يستفيد من نظام الإيجار التجاري كل من:

- الصناعيون.

- الحرفيون والمؤسسات الحرفية سواء كانوا مقيدون في السجل التجاري والسجل

الحرفي.

- المؤسسات العمومية الاقتصادية.

- الأشخاص المعنوية العامة.

مدى اعتبار الرخص في النشاطات المقننة من بين عناصر المحل:

وفقا للمرسوم التنفيذي رقم 234/15 والمتعلق بمعايير تحديد النشاطات والمهن

المقننة الخاضعة للقيود في السجل التجاري: فإن تطبيق نشاط أو مهنة ضمن صنف النشاطات

المقننة منوط بوجود انشغالات أو مصالح جوهرية وعلى أن تكون مرتبطة بالمجالات

المتعلقة بـ:

- النظام العام.

- أمن الأشخاص والممتلكات.

- حماية الصحة العمومية.

- حماية الثروات الطبيعية والممتلكات العمومية المكونة للثروة الوطنية.

- احترام البيئة والمناطق والمواقع المحمية والإطار المعيشي للسكان.

- أمن الممتلكات والخواص.

وعليه تعتبر مهن تجارية مقننة النشاطات التجارية الخاضعة للقيود في السجل التجاري والتي تتوقف ممارستها على امتلاك رخص أو اعتمادات تسلمها هيئة إدارية معينة يخولها القانون هذه السلطة¹.

إن القاعدة العامة والمنطق القانوني يقتضي ضرورة التمييز بين فرضيتين:

أ- إذا كانت الرخصة تمنح لمستغل النشاط لاعتبارات موضوعية مثلا المقهى لا بد من استصدار رخصة لبيع المشروبات صادرة عن الولاية مديرية التنظيم والشؤون العامة، فإنه في هذه الحالة إذا قام مستغل النشاط ببيع المحل التجاري فهذا يستلزم بالضرورة انتقال الرخصة للمشتري.

- أما إذا كانت الرخصة تمنح لمستغل النشاط لاعتبارات شخصية أو مؤهلات علمية كالترخيص الممنوح لاستغلال مخبر للتحاليل الصادر عن وزير الصحة ففي هذه الحالة لا ينتقل في حال التصرف في المحل التجاري، ما لم يوجد نص يقضي بخلاف ذلك.

هل تعد الدفاتر التجارية من عناصر المحل التجاري:

وكما سبق الذكر فإن المحل التجاري يتكون أساسا من عناصر معنوية وغير ثابتة وعلى رأسها عنصر الاتصال بالعملاء أو الشهرة التجارية، وإذا كان هذا العنصر جوهرى وإلزامي إلا أن قيمته الحقيقية لا تظهر إلا بالرجوع لرقم الأعمال أي أنها المظهر المادي لعنصر الاتصال بالعملاء.

ولقد الزم المشرع الجزائري كل تاجر بمسك دفاتر تجارية أو كشوف محاسبية وهي إلزامية وتتمثل في دفتر اليومية و دفتر الجرد والدفتر الكبير.

من خلال استقراء نص المادة 82 من القانون التجاري نجد أن المشرع لم يترك مجالا للجدل ونص صراحة على أنه وعند التنازل يوقع كل من البائع والمشتري على جميع الدفاتر المحاسبية التي كان يمسكها البائع والتي يرجع ضبطها إلى السنوات الثلاثة السابقة للبيع أو لمدة حيازته للمحل التجاري إذا كانت هذه المدة أقل من ثلاثة سنوات.

¹ انظر، فرحة زاوي، المحل التجاري، ص 126.

وتكون هذه الدفاتر موضوع جزء متوقع من قبل الأطراف وتسلم نسخة لكل واحد منهم، وعلى البائع أن يضع هذه الدفاتر تحت تصرف المشتري لمدة ثلاث سنوات من تاريخ بداية استغلاله بالمحل ويعد كل شرط مخالف كان لم يكن.

- تحديد الطبيعة القانونية للمحل التجاري.

1- نظرية الوحدة القانوني يرى الفقه الألماني أن المحل يعد مجموعة معينة من الأموال ويشتمل على الحقوق والديون الناشئة عن النشاط التجاري وأن لهذا الأموال ذمة مالية مستقلة عن ذمة مالك المتجر¹، وهذا لا يتوافق مع موقف المشرع الجزائري من الضمان العام.

2- نظرية المجموع الواقعي: ذهب جانب من الفقه الفرنسي ومؤدى هذه النظرية أن المحل يتكون من مجموعة من الأموال الغير متجانسة إلا أنها تخدم نفس الغرض وهو خدمة المحل، وما يبرر هذه النظرية أن بيع المحل أو تأجيريه أو رهنه لا يشمل عنصر أو عنصران، وإنما كل العناصر المكونة للمحل التجاري².

إلا أن هذه النظرية لم تلقى التأييد باعتبارها عرفت المحل التجاري وعجزت عن تحديد طبيعته القانونية.

3- نظرية الملكية المعنوية:

يأخذ الرأي الراجح في الفقه بنظرية الملكية المعنوية ومؤدى هذه النظرية أن أهم ما يميز حق التاجر عن المحل هو أن موضوع هذا الحق يرد على شيء غير مادي له ذاتية متميزة عن عناصره³.

وعليه وكخلاصة لما تقدم فإن المحل التجاري مال منقول معنوي وبالرغم من وجود عناصر مادية إلا أن المحل ليس له وجود مادي، وهو مال أحادي متميز عن العناصر

¹ انظر: عزيز العكيلي، شرح القانون التجاري، ص 221.

² انظر: عزيز العكيلي، شرح القانون التجاري، ص 222.

³ انظر: عزيز العكيلي، المرجع السابق، ص 223.

المكونة له، ولقد خص المشرع المحل التجاري بحماية خاصة واعتبر كل تعدي عليه بوسائل غير مشروعة منافسة غير مشروعة.

والأصل أن المنافسة في الميدان التجاري من الحقوق المقررة لكل تاجر عملاً بمبدأ حرية التجارة، وهذه المنافسة المشروعة تؤدي إلى نتائج حسنة لأنها تدفع بالتجار إلى تحسين الإنتاج وتخفيض الأسعار لاجتذاب العملاء وإرضائهم¹، أما في حال ما إذا قام التاجر باستعمال طرق غير مشروعة أي مخالفة للقانون والاعتراف كان ذلك أساساً للمسؤولية لكونها منافسة غير مشروعة.

ويتضح مما سبق أن المحل التجاري من المنقولات المعنوية ويجوز لمالكه التصرف فيه بالبيع والرهن والهبة والتأجير وهذا تفصيلاً كما يلي:

أولاً: بيع المحل التجاري.

يرد عقد بيع المحل التجاري بوصفه وحدة مالية ذاتية أو مال أحادي متميز عن العناصر التي يحتوي عليها أي أنه وحدة قائمة بذاتها ومستقلة عن العناصر المكونة له².

وتسري على المحل التجاري أحكام خاصة غير الأحكام التي تخضع لها كل عنصر من عناصره والقاعدة العامة أن للبائع والمشتري الحق في تجديد العناصر المادية والعناصر المعنوية المكونة للمحل التجاري والتي تدخل في نطاق البيع غير أنه وفي جميع الأحوال لا بد أن يكون عنصر الاتصال بالعملاء والشهرة التجارية من بين هذه العناصر كونه عنصراً معنوياً جوهرياً، غير أنه وفي المقابل لا يمكن أن يكون العنصر الوحيد موضوع البيع ولكن لا بد أن يستند على عنصر آخر تطبيقاً لنظرية السند أو عنصر السند.

غير أنه وفي حال ما إذا خلى عقد البيع من تحديد العناصر التي يتضمنها يلتزم قضاة الموضوع بالبحث عن إرادة الأطراف مع مراعاة العناصر التي يمكن اعتبارها جوهرياً غير أنه لا يمكن أن يستثنى عنصر الاتصال بالعملاء أو الشهرة التجارية

¹ انظر: عزيز العكيلي، المرجع السابق، ص 243.

² انظر: فرحة زواوي صالح، المرجع السابق، ص 199.

باعتبارهما عنصران الزاميان، وفي المقابل يمكن القياس على أحكام المادة 96 من القانون التجاري والمتعلقة بامتياز البائع¹.

وبالرجوع لنص المادة 79 من القانون التجاري نجد أن المشرع قد نص صراحة على أنه: "كل بيع اختياري أو وعد بالبيع ويصفه أعم كل تنازل عن محل تجاري ولو كان معلقا على شرط أو صادر بموجب عقد من نوع آخر أو كان يقضي بانتقال المحل التجاري بالقسمة أو المزايدة أو بطريق المساهمة به في رأسمال شركة يجب إثباته بعقد رسمي وإلا كان باطلا".

من خلال استقراء هذه المادة نطرح السؤال التالي: هل العقود المتعلقة بالتنازل عن المحلات التجارية هي من قبيل العقود الرضائية أو الشكلية؟

بالرجوع لنص المادة 79 من القانون التجاري نجد أن المشرع قد اعتبر أن الرسمية التي استلزمها هي الإثبات مما يجعل العقد رضائيا غير أن ذلك لا يتفق مع أثر تخلف الرسمية ألا وهو البطلان باعتبار أن البطلان كأثر لا يكون إلا في العقود الشكلية.

وكخلاصة لما تقدم وباعتبار أن المشرع قد رتب البطلان عن تخلف ركن الشكلية فقد يعني أن الشكلية هي شرط انعقاد أي ركن في العقد ومن ثم فإن التصرف في المحل التجاري بأي وجه كان لا يكون إلا بتوفر 04 أركان: الرضا، المحل، السبب والشكلية، وهذا أيضا ما تبناه القضاء صراحة في العديد من قراراته والتي اعتبر أن العقد العرفي لا يرتب التزامات شخصية منفصلة في إتمام إجراءات البيع بل أن تخلف الرسمية يترتب عن البطلان المطلق².

ولقد حدد المشرع البيانات الإلزامية التي يجب أن يتضمنها عقد البيع حماية للمشتري وهي:

¹ انظر: فرحة زواوي صالح، المرجع السابق، ص 206.

² القرار رقم 136956 الصادر عن الغرفة التجارية والبحرية بتاريخ 1997/02/18.

1- اسم البائع السابق وتاريخ سنده الخاص بالشراء ونوعه وقيمة الشراء بالنسبة للعناصر المعنوية والبضائع والمعدات.

2- قائمة الامتيازات والرهون المترتبة على المحل التجاري.

3- رقم الأعمال التي حققها البائع في كل سنة من سنوات الاستغلال الثلاث الأخيرة أو من تاريخ شراء المحل إذا لم يقم التاجر باستغلاله منذ أكثر من ثلاث سنوات.

4- الأرباح التي حصل عليها في نفس المدة.

ويترتب على إهمال ذكر البيانات المقررة قانونا ابطال عقد البيع بتوفر شرطين:

1- أن يقدم طلب الإبطال من قبل المشتري باعتبار أن جميع هذه البيانات ترمي إلى حماية المشتري.

2- أن يبادر المشتري يرفع دعواه خلا السنة التي تلي البيع.

كما يلتزم البائع في بيع المحل التجاري بضمان العيوب الخفية وضمان التعرض والاستحقاق وفقا للمادتين 376 و379 من القانون المدني، ولا يجوز في هذه الحالة اسقاط الضمان بشرط في العقد.

غير أنه وبموجب المادة 81 من القانون التجاري فإنه يلتزم المشتري برفع دعوى الضمان خلال مهلة سنة من تاريخ حيازته للمحل التجاري وليس من تاريخ بيع المحل.

إشهار بيع المحل التجاري:

لقد ألزم المشرع المشتري بموجب نص المادة 83 من القانون التجاري بضرورة شهر كل تنازل عن المحل التجاري سواء بالبيع أو الوعد بالبيع حتى وإن كان معلقا على شرط أو القسمة أو تقديمه كحصة في تأسيس الشركة.

وهذا كما يلي:

2- الإشهار المحلي: (مرتين).

يجب إعلان كل تنازل عن المحل التجاري خلال 15 يوما من تاريخ التنازل ويسعى من المشتري تحت شكل ملخص في النشرة الرسمية للإعلانات القانونية، وفي جريدة مختصة بالإعلانات القانونية في الدائرة أو الولاية التي يوجد المحل بدائرة اختصاصها ويجب أن يتضمن الملخص تحت طائلة البطلان البيانات الآتية:

- تاريخ ومقدار التحصيل ورقمه.

- عنوان المكتب الذي تمت فيه العملية.

- تاريخ العقد.

- اسم البائع واسم المشتري ولقبهما وعنوانهما ونوع المحل التجاري.

- ثمن البيع أي الثمن الإجمالي وفي حال تقرير الامتياز لابد من تجزئة الثمن إلى ثلاثة ثمن البضائع وثمان المعدات وثمان العناصر المعنوية.

- تحديد مهلة المعارضة، هذه المهلة هي 15 يوما من تاريخ آخر يوم في الإعلان وهذه المعارضة مقررة لفائدة دائني البائع.

ويحدد الإعلان من اليوم الثامن إلى الخامس عشر من تاريخ أول نشر.

3- الإشهار في النشرة الرسمية للإعلانات القانونية:

ووفقا لنص المادة 02 من المرسوم التنفيذي رقم 136/16 والمحدد لكيفيات ومصاريف إدراج الإشهارات القانونية في النشرة الرسمية للإعلانات القانونية فإن جميع العمليات المتعلقة بالمحل التجاري من رهن وتأجير وبيع تدرج إلزاميا في هذه النشرة ويتولى المركز الوطني للسجل التجاري إعداد النشرة ونشرها.

1- القيد في المحل التجاري: يتم قيد كل تنازل عن المحل التجاري في المحل

التجاري وهذا حفاظا على حقوق دائني البائع والذي يجوز لهم تقديم اعتراض على دفع الثمن.

آثار عقد بيع المحل التجاري:

يترتب عن انعقاد عقد البيع انتقال ملكية المحل التجاري كوحدة غير أنه وفي حال تضمن المحل التجاري براءة اختراع أو علامة تجارية أو رسوم ونماذج صناعية، ففي هذه الحالة لا بد من احترام الإجراءات الشكلية الخاصة بالقيود لدى المعهد الوطني الجزائري للملكية الفكرية، وهذا ما نصت عليه صراحة المادة 99 ق ت.

كما يترتب عنه التزامات على عاتق كل من البائع والمشتري يمكن إنجازها فيما يلي:

أ- آثار عقد البيع بالنسبة للبائع.: ينتج عن عقد البيع التزامات تقع على عاتق البائع والمشتري وهذا تفصيلا كما يلي:

أولاً: التزامات البائع: يلتزم البائع في مواجهة المشتري بالالتزامات التالية:

1- الالتزام بالتسليم:

المقصود بالتسليم هو وضع المبيع تحت تصرف المشتري ليتمكن من حيازته والانتفاع به، وباعتبار أن المحل التجاري مال معنوي يشمل مجموعة من العناصر غير المتجانسة فإن التسليم يقع عليها كلها سواء البضائع والمعدات والعناصر المعنوية سواء الإلزامية أو غير الإلزامية، فبالنسبة لتسليم عنصر الاتصال بالعملاء فيجب على البائع أن يطلع المشتري على كافة البيانات والمستندات التي تمكنه من التصرف مع العملاء وسهولة الاتصال بهم وحتى تركية المشتري لدى العملاء إذا لزم الأمر¹.

ووفقا لنص المادة 82 من القانون التجاري فإنه وعند التخلي يوقع البائع والمشتري جميع الدفاتر الحسابية التي كان يمسكها البائع والتي يرجع ضبطها إلى السنوات الثلاثة

¹ انظر، نادية فوضيل، النظام القانوني للمحل التجاري دار هومة، 2011، ص 81.

السابقة للبيع أو لمدة حيازة المحل إذا كانت هذه الحيازة لم تستمر ثلاث سنوات، وتكون هذه الدفاتر موضوع قائمة جرد توقع من قبل الأطراف وتسلم نسخة لكل واحد منهم.

ولا يلتزم البائع بتسليم الدفاتر التجارية الخاصة به بل يلتزم فقط بوضع هذه الدفاتر تحت تصرف المشتري لمدة ثلاث سنوات من تاريخ البدء بالانتفاع بالمحل وليس من تاريخ البيع ويعد لاغيا كل شرط مخالف.

2- الالتزام بالضمان:

يلتزم البائع بضمان التعرض والاستحقاق والعيوب الخفية وهذا وفقا للشرعية العامة والمقصود بضمان الاستحقاق أنه يلتزم البائع بالضمان في حال استحقاق الشراء المبيع سواء كلياً أو جزئياً، كما يضمن للمشتري خلو المبيع من العيوب الخفية وفي جميع الأحوال يجوز له المطالبة بالفسخ والتعويض عما لحقه من ضرر.

غير أنه وبالرجوع لنص المادة 81 فإن المشرع قد ألزم المشتري برفع هذه الدعوى خلال سنة واحدة من تاريخ حيازته، وكان من الأجدر أن يخص هذا الشرط في دعوى ضمان العيوب الخفية وليس دعوى منع التعرض.

والتعرض الذي يضمنه البائع هو التعرض الصادر من الغير وكذا التعرض الصادر عنه وهذا ما يصطلح عليه بشرط عدم المنافسة، وإن كان هذا الالتزام قانونياً إلا أنه وفي كثير من الأحيان درج العرف على إدراجه كشرط في العقد أن شرط عدم المنافسة.

وعلى هذا الأساس لا يجوز لبائع المحل التجاري أن يبادر إلى فسخ محل جديد بنفس التجارة وعلى مقربة من المحل القديم لأن في ذلك تعرض للمشتري في استغلاله للمحل التجاري.

والراجح حسب الفقه فإن شرط عدم المنافسة الذي يتضمنه العقد لا يمكن أن يكون مطلقاً بل لابد أن يحدد من حيث الزمان والمكان والموضوع لأن في ذلك إخلالاً بمبدأ حرية التجارة الذي يعد من النظام العام¹.

وفي الأخير تجدر الإشارة إلى أن من الالتزامات الملقاة على عاتق البائع الشطب من السجل التجاري في حال توقيفه النهائي عن النشاط، أو التعديل في حال تغيير النشاط مع تقديم تصريح التوقف عن النشاط التجاري لدى مديرية الضرائب.

ضمانات البائع:

بالإضافة للالتزامات البائع فإن للبائع ضمانات قانونية في حال ما إذا تم الاتفاق على أن دفع الثمن لا يقدم دفعة واحدة عند إبرام العقد كالبيع بالتقسيط ففي هذه الحالة يمكن طرح السؤال التالي ماهي ضمانات البائع في استكمال الثمن في حال ما إذا أعسر أو أفلس المشتري.

لقد خص المشرع بائع المحل التجاري بضمانات أهمها:

- امتياز البائع على ثمن بيع المحل التجاري.

- الحق في الفسخ.

ووفقاً لنص المادة 96 من القانون التجاري فإن المشرع قد نص صراحة على حق امتياز للبائع على عناصر المحل التجاري المبينة في العقد وفي القيد فإذا لم يعين على وجه الدقة فإن الامتياز يقع على عنوان المحل التجاري واسمه والحق في الإيجار والعملاء والشهرة التجارية.

ووفقاً لنص المادة 114 من القانون التجاري وكاستثناء لقاعدة مبدأ المساواة بين الدائنين في حال الإفلاس فإن المشرع الجزائري قد نص صراحة على أنه يجوز لبائع المحل التجاري أن يتمسك بامتياز حقه في الفسخ تجاه مجموعة دائني التفلسة أي أنه وحتى وإن

¹ انظر: فرحة زواوي صالح، المرجع السابق، ص 228.

تقدم البائع بدينه عن التفلسة عد دائئا صاحب امتياز، غير أن المشرع قد ربط حق البائع في الامتياز على المحل التجاري يتوفر مجموعة من الشروط يمكن إجمالها فيما يلي:

1- لا بد أن يكون بيع المحل التجاري ثابتا في عقد رسمي.

2- يجب أن يكون الامتياز مقيد في سجل عمومي لدى المركز الوطني للسجل التجاري وهذا في أجل 30 يوما من تاريخ عقد البيع وإلا كان باطلا.

إذا استوفى البائع كل الشروط الشكلية كان له حق أفضلية وامتياز على المحل التجاري سواء في مواجهة الدائنين العاديين أو الدائنين أصحاب الامتياز (كأصحاب الرهون اللاحقة للبيع).

كما ألزم المشرع البائع حتى يستفيد من حق الامتياز أن يضع أسعار مميزة بالنسبة للعناصر المعنوية للمحل التجاري والمعدات والبضائع، ويمارس امتياز البائع من أثمان إعادة بيع البضائع ثم المعدات ثم العناصر المعنوية وهذا ترتيب من النظام العام.

ووفقا لنص المادة 103 من القانون التجاري فإن قيد الامتياز يحفظ لمدة عشر سنوات ويشطب تلقائيا إذا لم يجدد قبل انقضاء هذه المدة.

ووفقا لنص المادة 98 من القانون التجاري فإنه يجب على البائع أو الدائن المرتهن عند إجراء قيد الامتياز لدى مأمور السجل التجاري أن يقدموا نسخة أصلية لعقد البيع أو السند المثبت للرهن، ويرفق به جدولان محرران على ورقة غير مدفوعة تتضمنان ما يلي:

1- اسم البائع والمشتري أو الدائن ومالك المحل التجاري مع ذكر ألقابهم وعناوينهم ومهنتهم إن كانت لهم مهنة.

2- تاريخ السند ونوعه.

3- أثمان البيع على وجه التفصيل بالنسبة للمعدات والبضائع والعناصر المعنوية للمحل التجاري مع الإشارة كذلك إلى الأعباء الحالية المترتبة عليه بعد تقديره ومبلغ الدين المحدد في السند والشروط المتعلقة بالاستحقاق.

4- تعين المحل التجاري والفروع التابعة له إن كان لها محل مع البيان الدقيق للعناصر التي يتكون منها والتي يشملها البيع وإذا كان البيع أو الرهن الحيازي يتناول عناصر أخرى غير العنوان التجاري والاسم التجاري والحق في الإجازة وعنصر الاتصال بالعملاء يجب ذكرها بالتفصيل.

5- اختيار موطن مختار للبائع أو الدائن المرتهن في دائرة اختصاص المحكمة التي يوجد بدائرة اختصاصها المحل التجاري.

ويترتب عن إهمال واحد أو أكثر من هذه البيانات إبطال العقد إذا ترتب عن ذلك ضرر الغير والحق في الإبطال مقرر لصالح الشخص الذي لحقه ضرر غير أن الإبطال يبقى جوازي بالنسبة للقاضي وهذا بالرجوع لطبيعة الضرر وأهميته¹.

2- دعوى الفسخ:

بناء على أحكام القانون المدني يجوز للبائع المحل التجاري طلب فسخ عقد البيع في حال عدم دفع الثمن من قبل المشتري، وللفسخ أثر رجعي أي إرجاع المتعاقد للحالة التي كانا عليها قبل التعاقد، كما يجوز له التمسك بحق امتيازته وحقه في الفسخ سواء في مواجهة جماعة الدائنين وحتى في مواجهة المشتري الفرعي².

وبالرجوع لنص المادة 114 فإنه يجوز للبائع أن يتمسك بامتيازته وحقه في الفسخ تجاه جماعة الدائنين وحتى المشتري الفرعي.

ولقد اشترط المشرع لامكانية الاحتجاج بالفسخ في مواجهة الغير أن يكون البائع قد احتفظ لنفسه بالحق في الفسخ سواء بموجب شرط في العقد أو في قيد الامتياز. إضافة المادة 110 ق ت.

¹ أنظر المادة 100 من القانون التجاري.

² انظر: فرحة زواوي صالح، المرجع السابق، ص 238.

والفسخ يكون مقصورا فقط على العناصر التي شملها البيع، شأنه في ذلك شأن الامتياز غير أنه وإذا لم يتم تحديد هذه العناصر فالفسخ لا يكون إلا بالنسبة للاسم التجاري والعنوان التجاري والتحق في الإيجار والربائن.

ويجب على البائع أن يبادر إلى إخطار الدائنين بهذه الدعوى في موطنهم المختار وإلا سقط حق البائع في الاحتجاج بالفسخ ولا يتحلل البائع من التزامه بإخطار الدائنين حتى وإن كان الفسخ بناء على شرط في العقد أو بموجب اتفاق.

ولا يصدر الحكم بالفسخ ولا يسري أثر الفسخ الاتفاق إلا بعد انقضاء شهر من تاريخ التبليغ، ويجب أن يتضمن التبليغ هذه المهلة تحت طائلة البطلان (م 101 و 112 من القانون التجاري).

ووفقا لنص المادة 116 من القانون التجاري فإنه يعد لاغيا وهدم الأثر كل شرط وارد في عقد بيع المحل التجاري يقضي باحتفاظ البائع في حال حصول الفسخ بثمن المبيع كله أو حز بعضه، باعتبار أن المشرع قد اعتبر هذا الشرط غير مشروع، غير أنه وفي المقابل يجوز له المطالبة بالتعويض والفسخ باعتبار إن تفويت فرصة التعاقد يعد ضررا موجبا للتعويض.

وتطبيقا للأثر الرجعي للفسخ فإنه يلتزم المشتري بإرجاع المحل التجاري بكامل عناصره، غير أنه وباعتبار أن المشتري قد نشط في المحل فهذا يعني أن العناصر المادية للمحل يمكن أن تكون قد تغيرت سواء بالزيادة أو النقصان، ففي هذه الحالة وبالرجوع للفقرة الثانية من نص المادة 110 فإن البائع يكون محاسبا عن ثمن البضائع المعدات الموجودة بالمحل عند إعادة حيازته بموجب خبرة قضائية أو بالتراضي.

ب- آثار عقد البيع بالنسبة للمشتري:

من بين التزامات المشتري الالتزام بالتسلم والالتزام بدفع الثمن وهذا تفصيلا كما

يلي:

أولا: الالتزامات المقررة لصالح البائع:

من الآثار المترتبة عن عقد بيع المحل التجاري الالتزام بتسليم المحل التجاري في الأجل المتفق عليه فإن لم يوجد هذا الاتفاق وجب الرجوع إلى أحكام العرف الجاري به العمل، فإن لم يوجد وجب تسليم البيع بمجرد انعقاد البيع¹.

كما يجب على المشتري دفع الثمن الذي اتفق عليه الطرفان ويتم دفع الثمن كأصل عام عند التعاقد غير أنه وفي كثير من الأحيان قد يتفق الطرفان على تجزئة الثمن لأقساط أو لقسط عند التعاقد والباقي على دفعات أو في دفعة واحدة وفي جميع الأحوال فإنه يلتزم المشتري بمجرد حلول أجل استحقاق الثمن أن يدفعه وإلا كان للبائع الحق في الامتياز على ثمن بيع المحل التجاري وكذا الحق في الفسخ في حال ما إذا استوفى شروط الامتياز أو الفسخ، أما في باقي الأحوال وفي حال ما إذا أعسر أو أفلس المشتري صار البائع دائناً عادياً لا دائناً صاحب امتياز على المحل التجاري.

غير أنه وفي المقابل لا يسمح للمشتري بدفع الثمن إلا بعد انقضاء الأجل القانوني المقرر لدائني البائع لتقديم اعتراضهم على دفع الثمن.

وفي حال ما إذا قام المشتري بدفع الثمن دون مراعاة لإجراءات الإشهار القانوني المقرر لعقد البيع أو في حال ما إذا دفع الثمن قبل انقضاء الأجل فإنه لا يجوز له الاحتجاج بدفع الثمن في مواجهة دائني البائع².

كما يلتزم المشتري بدفع الرسوم الخاصة بنقل الملكية لمديرية الضرائب والتي تحدد حسب الثمن المفرغ في عقد البيع، ولهذه الأخيرة الحق في الشفعة والحلول مكان المشتري في حال ما إذا اعتبرت أن الثمن المعلن في العقد لا يتلاءم والقيمة الحقيقية للمحل التجاري.

ثانياً: الالتزامات المقررة لصالح دائني البائع.

لا يتحقق علم دائني البائع ألزم المشرع المشتري بضرورة القيام بعملية الشهر القانوني لعقد البيع والتي حددها بثلاث إجراءات:

¹ انظر، نادية فوضيل، المرجع السابق، ص 91.

² انظر: فرحة زواوي صالح، المرجع السابق، ص 241.

- القيد في السجل التجاري.

- النشر في مجلة مخصصة بالإشهارات القانونية على المستوى المحلي مع التجديد.

- النشر في النشرة الرسمية للإعلانات القانونية.

