

المحور الأول : إطار مفاهيمي حول عقود الأعمال
تنظيم عقود الأعمال -

عقود الأعمال لها دور في المجال الاقتصادي بالنظر إلى اعتبارها من عقود التمويل لمشاريع المؤسسات الاقتصادية دون شروط كعقد الاعتماد الإيجاري وعقد تحويل الفاتورة، أو بالنظر إلى اعتبارها من العقود المساعدة على توسيع نشاط المؤسسة من خبرات المتعاملين وأصحاب الخبرة العالمية كعقد التسيير وعقد الفرانشايز، أو بالنظر إلى اعتبارها عقود ضمان تأذية نشاط المؤسسة معقد التأمين ضد المخاطر... وغيرها¹.

فالقاعدة العامة في مجال تنظيم عقود الأعمال هي أنها عقود غير مقننة أو غير منظمة أو غير المسماة ، عقود لم تنظم بموجب أحكام خاصة بها، لكن واستثناء من الأصل العام حاولت بعض التشريعات تنظيم بعض المسائل المرتبطة بهذه العقود، أي تنظيمها بموجب أحكام خاصة أي ما يصطلح عليها بالعقود المسماة أي العقود المنظمة بأحكام معينة.

والسبب الذي يكمن وراء عدم قدرة المشرع الجزائري على تنظيم في أغلب الحالات المتعلقة بعقد الأعمال لارتباط هذه العقود بمعطيات هامة منها على أساس أنها تبرم بين المتعاملين الاقتصاديين باعتبارهم وفقا لما هو منصوص عليه في القانون الجزائري، كل شخص طبيعي أو معنوي يقوم بعمليات الإنتاج والتوزيع لمختلف السلع والخدمات وكذا الاستيراد لغرض ممارسة النشاط الاقتصادي في السوق، بما يؤكد على مسألة نسبية ومحدودية تنظيم عقود الأعمال (أولا) وكذا محاولة التشريعات التنظيم الجزئي لبعض المسائل ذات الصلة بهذه العقود أو التكريس العشوائي أو بعض المحاولات المحتشمة في تنظيم بعض عقود الأعمال (ثانيا)².

¹ - جبار رقية، «النظام القانوني لعقود الأعمال في التشريع الجزائري»، عقود الأعمال، كتاب جماعي ذو ترقيم معياري دولي، منشورات مخبر السيادة والعولمة، دار النل للطباعة والنشر، الجزائر، 2020، ص.01.

² - ارزيل الكاهنة، مرجع سابق، ص ص.42.

أولاً: محدودية تنظيم عقود الأعمال

نشأة وتطور وجود عقود الأعمال يعود إلى القواعد السائدة في الأنظمة الرأسمالية التي قوامها الحرية الاقتصادية، إذ أن الفرد حر في اختيار نوع النشاط الذي يمارسه، وهو حر أيضا في اختيار ما يستثمره وما يستهلكه من خلال فكرة أساسية وهي الملكية الخاصة لوسائل الإنتاج، ولكي يتجسد ذلك لابد من تشجيع الملكية الخاصة باعتبارها من القواعد التي تسمح بتنشيط الأسواق، فالمنتج له مطلق الحرية في الانفراد أو الاشتراك مع المنتجين الآخرين في كل ما يملكه من موارد الإنتاج من سلع أو خدمات وحتى حقوق للملكية الفكرية خاصة الملكية الصناعية، يكمل هذا المعنى أيضا حرية التعاقد من خلال اختيار الشخص الذي يرغب في التعامل معه في السوق.

هذه المفاهيم كان لها تأثيرها على تنظيم عقود الأعمال من خلال رفض المتعامل الاقتصادي الخضوع للقواعد والنصوص القانونية التي تقف حاجزا أمام تطورهم وتوسعهم في السوق إلا على سبيل الحماية أو احترام النظام العام، وهذا ما جعل هؤلاء المتعاملين يعمدون إلى إنشاء قواعد تحكم العقود التي يبرمونها فيما بينهم في شكل أعراف وعادات يتم الاتفاق على استخدامها كمصدر أصلي لتلك العقود هذا من جهة، ومن أخرى رغم ذلك تمكنت التشريعات من تنظيم بعضها.

1- عدم تمكن التشريعات من تنظيم أغلب عقود الأعمال: ومثال ذلك القانون الجزائري، حيث اعتمد المشرع الجزائري على القاعدة العامة المتمثلة في عدم تنظيمه لعقود الأعمال تاركا المسألة للقواعد المعروفة عمليا، غير أنه طبق الاستثناء وهو تنظيم بعض عقود

الأعمال لضرورات معينة منها عقد الاعتماد الايجاري، وعقد تحويل الفاتورة، وعقد التسيير، مع التذكير فقط أن تنظيم هذه العقود كان بنصوص قانونية مختلفة³.

ويمكن سبب عدم امكانية التشريعات من تنظيم أغلب عقود الأعمال إلى أن القاعدة بالنسبة لعقود الأعمال هي عدم وجود أحكام قانونية موضوعة سلفا من قبل التشريعات لتنظيمها بالنظر إلى خصوصيتها، فإذا أخذنا إحدى النماذج لعدم وجود أحكام قانونية تنظما نذكر كل من **عقد الفرشاييز وعقد الإعتماد المستندي وعقد التوزيع**.

بالنسبة **لعقد الفرشاييز** فمنذ نشأته وإلى غاية اليوم لا توجد أي نصوص قانونية تنظمه في جل التشريعات التي تعترف بهذه العقود رغم استعمالها الكبير لها تاركة الأمر إلى قواعد وأحكام يتفقون حولها المتعاملين، أصبحت مع مرور الزمن ملزمة لهم، بل أكثر من ذلك فلتوضيح أحكام هذا العقد عمد المتعاملين الاقتصاديين إلى إنشاء منظمة عالمية للمؤسسات تسهر على توضيح وتوحيد القواعد الخاصة بالفرشاييز وهي الغرفة التجارية الدولية.

نفس المعنى ينطبق على **عقد الاعتماد المستندي** باعتبار من عقود التمويل والضمان في التجارة الدولي، والتي كان سبب وجوده العادات والأعراف التجارية التي هي من إنشاء المتعاملين الاقتصاديين، إذ لم تتولى العديد من التشريعات تنظيمه رغم أنه يعتبر من أكثر العقود المستعملة عمليا لتسهيل النشاط التجاري الذي يتم نحو الخارج وهذا بتطبيق الأحكام والأعراف المطبقة من قبل الغرفة التجارية الدولية، حيث تلزم كل البنوك بتطبيقها من بينها البنوك الجزائرية التي أحال بشأنها النظام رقم 07-01⁴ إلى أحكام تلك الغرفة.

إن التطور في عدم تنظيم عقود الأعمال قانونا صاحبه ظهور مصطلح جديد من إنشاء المتعاملين الاقتصاديين وهو **عقد بدون قانون (contrat sans loi)** في مجال العقود التجارية الدولية من خلال التساؤل حول ما إذا يمكن لأطراف العقد عند الاتفاق على

³ - ارزيل الكاهنة، مرجع سابق، ص.43.

⁴ - مؤرخ في 3 فيفري سنة 2007، يتعلق بالقواعد المطبقة على المعاملات الجارية مع الخارج والحسابات بالعملة الصعبة، ج ر ج عدد 31 صادر في 13 ماي سنة 2007، معدل ومتمم.

بنود العقد عدم تطبيق أية قاعدة قانونية تابعة لأية دولة ومن ثمة إحلال العادات والأعراف التجارية مكان القانون الوطني؟ والتي لقيت معارضة شديدة من قبل بعض الفقه الذي اعتبر ذلك تهرباً من القوانين الوطنية وفرض منطق القوة الاقتصادية⁵. مؤدى هذه القاعدة هو حرية أطراف العقد في عدم الخضوع لأي نظام قانوني تابع لدولة ما ومن ثمة إقصاء كل قانون قابل للتطبيق على العقد بفرض قانون الأطراف وليس قانون الدولة خاصة مع تكريس حرية التعاقد في الأنظمة الرأسمالية من حيث حريتهم في اختيار محتوى العقد واختيار القواعد التي تطبق عليه. عرفت هذه القاعدة تطوراً على مستوى عقود التجارة الدولية خاصة في عقود نقل التكنولوجيا بإقرار حرية الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق والتي عرفت أزمة باعتبارها أعاقت تقدم الأطراف في إبرام عقودهم كونها لا تتضمن كل الحلول لما يصبوا الأطراف إلى تحقيقه.

فالقانون في المجال الاقتصادي هو سلسلة من القواعد التنظيمية اهتمت ببعض الأمور ذات الصلة بنشاط المتعامل الاقتصادي في حين أهمل الأمور الأخرى من بينها مسألة العقد في المجال الاقتصادي فيما يخص القواعد التي ستطبق عليه.

على هذا الأساس لم تتمكن القوانين من تنظيم عقود الأعمال لأنها لا تتضمن إجابة لكل انشغالات المتعاملين الاقتصاديين من الناحية العملية بل هناك فراغات فيها تطلب من المتعاملين البحث عن الحلول الممكنة من حيث خلق قواعد ذات صلة بخصوصية نشاطاتهم فظهرت عادات وأعراف تطبق على تلك العقود وهي كثيرة منها التفاوض لإبرام العقود وطرق نقل البضائع ووسائل التمويل والضمان كيفية البيع والشراء... وغيرها⁶.

إذن: فمن حيث خضوع عقود الأعمال إلى القانون المدني أو مدى ملائمة عقود الأعمال للقواعد العامة فهي تظل عقود مترتبة بالتوجهات الاقتصادية للدولة وبقيمة العقد في السوق، وبالتالي فمن حيث التنظيم لا يمكن تنظيمها في مدونة خاصة تسمى "بمدونة

⁵ - ارزيل الكاهنة، مرجع سابق، ص.44.

⁶ - المرجع نفسه، ص.45.

عقود الأعمال"، لسبب وحيد أن هذه العقود تخضع إلى أحكام عقدية نموذجية أرادها المتعاقدون بهذا الشكل.

2- محاولة التشريعات تنظيم البعض من عقود الأعمال: رغم عدم تمكن التشريعات من تنظيم أغلب عقود الأعمال إلا أنها تمكنت من تنظيم بعضها مثالها موقف المشرع الجزائري الذي أخذ يستنسخ أو يستقبل تقنيات التعاقد في مجال الأعمال والتي تزامنت مع التفتح للسوق الجزائرية على المبادرة الخاصة وعلى السوق الخارجية تحتم على المشرع الأخذ بالتجارب المقارنة في مسألة تنظيمه لعقود الأعمال.

ظهرت تجارب المشرع الجزائري في مجال عقود الأعمال في:

أ- تنظيم عقد التسيير بموجب القانون رقم 89-01 المعدل للقانون المدني: حيث خصص له أحكام الفصل الأول مكرر ضمن الباب التاسع الخاص بالعقود الواردة على العمل بعنوان: عقد التسيير، حيث ركز على تعريفه أطرافه والالتزامات التي يترتبها ومسألة نهايته، من دون كيفية إبرامه تاركا مسألة إبرامه إلى القواعد العامة المنظمة للعقود.

ب- تنظيم عقد تحويل الفاتورة: وذلك ضمن تعديل قواعد القانون التجاري ضمن الباب الثالث 1 بعنوان سند الخزن وسند النقل وعقد تحويل الفاتورة ضمن المواد من 543 مكرر 14 إلى 543 مكرر 18، مع التذكير أن المشرع الجزائري يعتبر نظام تحصيل الديون ورقة أو سندا تجاريا يضاف إلى باقي السندات التجارية والتي قام بتنظيمها في الكتاب الرابع من التقنين التجاري. وهو موقف غريب جدا، إذ كان من المفروض ان ينظمه ضمن أحكام قانون النقد والقرض أو ضمن قانون خاص باعتباره عقد تمويل وضمان في المعاملات التجارية وليس وسيلة الدفع.

ت- تنظيم عقد الاعتماد الإيجاري الذي خصه بأحكام خاصة ومفصلة بموجب الأمر رقم 96-09⁷ باعتباره عقد تمويل للمشاريع الاقتصادية تتولى القيام بمهام شركات الاعتماد الإيجاري أو البنوك أو المؤسسات المصرفية⁸.

استقراء لموقف الجزائري من مسألة تنظيم عقود الأعمال يمكن الإقرار بما يلي:

- لم يوفق المشرع الجزائري إلى حد كبير في تنظيم الكثير من عقود الأعمال تاركا المسألة لما هو سائد في الواقع العمل، وهذا ربما على خلاف بعض التشريعات التي تمكنت من تنظيم عقود أخرى كالتشريع المصري الذي نظم بعض العقود التجارية منها وعقود التكنولوجيا، وعقد البيع التجاري.

- إقحام بعض عقود الأعمال التي نص عليها ضمن أحكام وقواعد القانون المدني والقانون التجاري، إذ كان يجب أن يخصص لها قوانين خاصة بالنظر لأهميتها وهو ما ينطبق على كل من عقد التسيير وعقد تحويل الفاتورة، خصوصا أن التنظيم الذي حظيت به كانت مجرد مفاهيم عامة دون أن تتناول تفصيلها لا سيما فيما يتعلق بطرق إبرامها.

ث- بالنسبة لعقد التسيير: ما يعاب على المشرع الجزائري أنه في تعريف عقد التسيير حصر الطرف المستفيد من عقود التسيير المتمثل في المسير له في المؤسسات العامة الاقتصادية والشركات المختلطة في حين يمكن أن تستفيد منه كل متعاملة اقتصادية تطبيقا لقانون المنافسة، فمن المفروض استفادة الخواص من هذا العقد أي الشركات التجارية والمؤسسات الصغيرة والمتوسطة، وبالتالي ضرورة تعديل الأحكام المتعلقة بعقد التسيير فيما يخص الأشخاص المستفيدة منها بنزع عبارة "المؤسسة العامة الاقتصادية وشركات ذات الاقتصاد المختلط"⁹ واستبدالها بعبارة "المتعامل الاقتصادي" حتى يتناسب مع مبدأ حرية

⁷ - مؤرخ في 10 جانفي سنة 1996، يتعلق بالاعتماد الإيجاري، ج ر ج ج عدد 03، صادر في 14 جانفي سنة 1996.

⁸ - أرزيل الكاهنة، مرجع سابق، ص.44.

⁹ - نصت المادة الأولى من القانون رقم 89-01 على أنه: «عقد التسيير هو العقد الذي يلتزم بموجبه متعامل يتمتع بشهرة معترف بها، يسمى مسيرا، إزاء مؤسسة عمومية اقتصادية أو شركة مختلطة الاقتصاد، بتسيير أملاكها أو

التجارة والاستثمار المكرسة في الدستور ومع قانون المنافسة الذي حدد بدقة من هو المتعامل الاقتصادي

لكن ممكن تفسير هذا التحديد للمشرع الجزائري بالظروف الاقتصادية السائدة عند وضع القانون رقم 89-01، أين الدولة كانت الدولة الجزائرية لم تتوفر على كل متعاملين اقتصاديين في إطار النظام السابق، الذي ميز احتكارها لكل الأنشطة الاقتصادية، فكان النشاط الاقتصادي آنذاك مؤسسات عامة الاقتصادي مقتصر على المؤسسات العامة الاقتصادية وبغض شركات ذات طابع صناعي وتجاري، غير أنه وحاليا تغيرت الظروف فلم يعد المتعامل الاقتصادي في الجزائر مقتصر على هذين الصنفين من المؤسسات خاصو مع قوانين الإصلاحات الاقتصادية، على غرار قانون المنافسة، الاستثمار... وغيرها، والتي تفتح المجال لكل المؤسسات الخاصة والعامة الدخول إلى الأسواق والتنافس والتزاحم فيها، فلماذا إذن لم يتم لحد الآن تعديل هذه المادة؟.

• **عقد تحويل الفاتورة:** فخصص لها فصل ضمن الأحكام المتعلقة بالأوراق التجارية، وهو خطأ فادح، لأن عقد تحويل الفاتورة ليس بورقة تجارية بل هو عقد من عقود الأعمال، ونشاطات شركات تحويل الفاتورة أو شركات محولة الفواتير هو نشاط تمويل وضمن، أي هدف أسمى ألا وهو مساعدة البائع في السوق على تمويل والضمان من الأخطار، فطريقة تنظيم المشرع الجزائري لعقد تحويل الفاتورة طريقة غريبة جدا وعشوائية كان يجب عليه أن ينظمها في قانون النقد والقرض مثلما فعل المشرع الفرنسي أو تخصيص لها أحكام خاصة ضمن قانون خاص مثلما فعل مع عقد الاعتماد الإيجاري على اعتبار تحويل الفواتير هي وسيلة وآلية تمويل وضمن لفائدة المتعاملين الاقتصاديين وليست وسيلة دفع مثل الأوراق التجارية، عليه ضرورة إخراج هذه الآلية من القانون التجاري ووضعها في مكان تنظيم وسائل التمويل بشكل عام.

بعضها، باسمها ولحسابها مقابل أجر يضاف عليها علامته حسب مقاييسه ومعايير، ويجعلها تستفيد من شبكاته الخاصة بالترويج والبيع».

3- إخضاع إبرام عقود الأعمال لمبدأ إلزامية احترام القانون: رغم عدم تمكن التشريعات من تنظيم أغلب عقود الأعمال إلا أن ذلك صاحبه ضرورة احترام إبرام تلك العقود للشروط القانونية الخاصة بالمنافسة والنظام العام الاقتصادي، كما أن التشريعات لغرض التقليل من عدم التوازن الاقتصادي بين المتعاملين الاقتصاديين حاولت تنظيم بعض المسائل الخطيرة في هذه العقود.

أ- يكمن الغرض من تنظيم نشاط المتعاملين الاقتصاديين بطريقة قانونية تم النص في قوانين المنافسة على ضرورة احترام المنافسة الحرة والنزاهة والمشروعة بالطريقة التي لا يلجأ بها المتعاملين الاقتصاديين إلى الممارسات المنافية للمنافسة، ومن بين الممارسات التي تشكل خرقاً لقواعد المنافسة لجوء المتعاملين الاقتصاديين إلى إبرام اتفاقات غرضها احتكار السوق والتأثير السلبي على قواعد المنافسة الحرة والنزاهة والشريفة، وهذا ما قصده المشرع الجزائري في المادة 6 من قانون المنافسة بنصها على حظر الممارسات والأعمال المدبرة والاتفاقيات والاتفاقات الصريحة أو الضمنية عندما تهدف إلى عرقلة حرية المنافسة أو الحد منها أو الإخلال بها في نفس السوق أو في جزء جوهري منه.

ويدخل ضمن هذه الاتفاقات المحظورة إبرام إحدى عقود الأعمال لغرض الهيمنة والسيطرة على دخول باقي المتعاملين الاقتصاديين إلى السوق أو التقليل من تواجدهم فيه . فإذا حدث هذه الممارسات تدخلت السلطة المخول لها قانوناً ضبط ومراقبة السوق أي مجلس المنافسة وذلك عن طريق فرضه للعقوبات اللازمة على الأطراف المتعاقدة¹⁰.

مع التذكير أنه من بين أكبر نماذج عقود الأعمال التي يمكن أن تشكل إحدى بنودها خرقاً لقاعدة المنافسة نجد مايلي:

- عقود التوزيع وعقد الفرشاييز في إطار ما يسمى بالاتفاقات التعاقدية العمودية باعتبارها اتفاقات تجمع بين أشخاص غير متنافسة أي بين مؤسسات غير متواجدة في نفس المستوى

¹⁰ - ارزيل الكاهنة، مرجع سابق، ص.46.

الاقتصادي على أساس هذا المفهوم تعتبر البنود التي يتضمنها عقد الفرنشايز الخاصة بنقل المعرفة الفنية واستخدام حقوق الملكية الفكرية قيوداً على المنافسة في السوق بالنظر إلى معايير الانتقاء وشروط الانضمام إلى الشبكة، ونفس المعنى نجده في عقود التوزيع في إطار البيوع المتلازمة والتي بموجبها يلتزم الموزع إزاء الممون بشراء سلعة معينة عند اقتناؤه لسلعة أخرى أراد اقتنائها بمحض إرادته، فهذا الإلزام يخالف ويقيد المنافسة¹¹.

- عقود تراخيص استغلال العلامات التجارية، فيكون تأثيرها على قواعد المنافسة أي خرقها على لمبدأ المنافسة الحرة أقل درجة من عقود التوزيع وعقود الفرنشايز، والسبب أن محل عقد ترخيص استغلال العلامة التجارية ينصب فقط على استغلال العلامة، فله إطاره القانوني الخاص به (الأمر رقم 06-03 المتعلق بالعلامات)، كونه نظام خاص، سوف يستفيد من عدم خضوعه لقواعد المنافسة¹².

ب- ضرورة احترام قواعد المنافسة ذات صلة مباشرة بضرورة احترام النظام العام الاقتصادي، على أساس أن القاعدة المعروفة اقتصادياً هي أن النظام العام الاقتصادي وجد لغرض تبرير الحرية التعاقدية على أساس أنه لا يمكن الفصل بين النظام العام الاقتصادي والحرية الاقتصادية باعتبارهما مسألتان لا يمكن الفصل بينها بالنظر إلى الترابط الشديد القائم بينهما، كما أن النظام العام الاقتصادي قوامه ضمان حسن سير السوق والعلاقة التي تربط عقود الأعمال بالنظام العام الاقتصادي هي فكرة عدم مخالفة العقود بشكل عام للنظام العام والآداب العام المقررة في النظرية العامة بالعقود وإلا كانت تلك العقود باطلة.

على هذا الأساس فإن عقود العقود بشكل عام مرتبط باحترام هذا النظام العام لذا فيعتبر هذا الأخير قيد على الحرية التعاقدية مع التذكير أن النظام العام مصدره النصوص القانونية.

¹¹ - المرجع نفسه، ص.47.

¹² - بوعش وافية، عقد ترخيص استغلال العلامة التجارية وقواعد المنافسة، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم، تخصص: قانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2020، ص.215.

فيما يتعلق بعقود الأعمال فتم إقرار النظام العام الاقتصادي باسم الدور الجديد للدولة في مجال تنظيم وضبط النشاط الاقتصادي باعتباره مجموعة من القواعد القانونية الملزمة التي تحكم العلاقات التعاقدية المتعلقة بالسياسة الاقتصادية والهادفة إلى تحقيق المصلحة العامة، وهذا النظام مرتبط بضرورة تحقيق المصلحة العامة من حيث حماية المصلحة العامة الاقتصادية للدولة من حيث المحافظة على المنافسة الحرة واستمرارها ومن ثم اعتبار كل العقود التي تخالف هذه المصلحة باطلة بطلانا مطلقاً¹³.

نظرا لخصوصية بيئة الأعمال من نشاطات متطورة تخرج عقود الأعمال عن القواعد العامة المتعارف عليها في مجال إبرام العقود، مما أدى إلى تراجع مبدأ سلطان الإدارة، وعدم التوازن العقدي، حيث تميزت عقود الأعمال بعدم التوازن العقدي بين التزامات المتعاقدين نظرا للنفوت الظاهر في المراكز القانونية في السوق، لاسيما أنه يحتل أحد الطرفين وضعية هيمنة مما يقابلها تبعية المتعاقد الأخر، وتعرضه للممارسات التعسفية التي تمس بمركزه القانوني وحتى الاقتصادي، مما يؤثر سلبا على قواعد قانون المنافسة¹⁴، تتجلى مظاهر عدم التوازن في عقود الأعمال في التعسف في وضعيات القوة الاقتصادية أي التعسف في الهيمنة الاقتصادية بمعنى أنه تندرج في إطار العلاقات الاقتصادية غير المتوازنة هيمنة وسلطة متعاقد على الطرف الأخر معه في العقد وذلك بالاستغلال المفرط لامتنياز، بحيث يعتبر عقود الأعمال من قبيل "العقود النموذجية"، والتعسف في وضعية التبعية الاقتصادية: إذ يعتد بمسألة التعسف الناتج عن وضعية التبعية الاقتصادية على أساس الإكراه، إلى جانب عيوب الإرادة اقتصاديا، يؤدي إلى عدم توازن العقد بعد الاستغلال

¹³ - ارزيل الكاهنة، مرجع سابق، ص.48.

¹⁴ - أمر رقم 03-03 مؤرخ في 19 جويلية سنة 2003، يتعلق بالمنافسة، ج ر ج ج عدد 34، صادر في 20 جويلية سنة 2003، معدل ومتم بموجب قانون رقم 08-12 مؤرخ في 25 جوان سنة 2008، ج ر ج ج عدد 36، صادر في 02 جويلية سنة 2008، قانون رقم 10-05 مؤرخ في 15 أوت سنة 2010، ج ر ج ج عدد 46، صادر في 18 أوت سنة 2010.

التعسفي لمركز القوة، مما يتحتم على الطرف الضعيف الذي ليس له حل بديل مقارنة سوى الخضوع لشروط التي يملئها عليه الطرف القوي في عقد الأعمال.

ولخلق نوعا من التوازن العقدي في عقود الأعمال عمد المشرع الجزائري إلى حظر الممارسات التعاقدية التي تكون في شكل تعسفات القوة الاقتصادية في السوق، إذا كانت الشروط تعسفية وتمس حقوق والتزامات الطرف المتعاقد وتجعلها غير متكافئة¹⁵.

ثانيا: محاولة التشريع الجزائري تنظيم بعض عقود الأعمال

تأثر المشرع الجزائري بمسألة عقود الأعمال فأخذ يستنسخ من القوانين المقارنة، وكما هو سائد في أغلب التشريعات فهو الآخر لم يتمكن من تنظيم عقود الأعمال بل ترك أمر ذلك للعادات والأعراف التجارية كعقد الفرانشييز، بل وحاول تنظيم البعض الآخر منها في قوانين قائمة بذاتها، مثل ما فعله نظيره الفرنسي، غير أن تبني تجارب الدول الغربية دون الأخذ بعين الاعتبار الواقع التجاري ليس الحل الأنسب دائما، خصوصا وأن مثل هذه العقود في حاجة إلى إطار قانوني وأرضية تجارية ملائمة، لكن المشرع الجزائري أخذ يستنسخ تقنيات الأعمال لكن مع فراغها من محتواها، مما أدى بنا إلى البحث عن الكيفية أو الطريقة الغربية التي بادر بها أو اتبعها المشرع الجزائري لتكريسه عقود الأعمال في المنظومة القانونية الجزائرية؟

1- التكريس العشوائي لعقود الأعمال ضمن القواعد العامة: أولى النصوص القانونية التي أدخلها المشرع الجزائري على المنظومة القانونية حتى تستجيب للتوجه الاقتصادي الجديد، هو تعديل القانون المدني باستحداث عقود من عقود الأعمال الممثل في عقد التسيير، وبعده

قام بتعديل القانون التجاري باستحداث هو الآخر عقد من عقود الأعمال ألا وهو **عقد تحويل الفاتورة**¹⁶.

أ- **تنظيم عقد التسيير ضمن أحكام القانون المدني:** لضمان بقاء المؤسسة في ظل اقتصاد تنافسي، يجب أن تتمتع بقوة اقتصادية، وذلك من أجل تحسين المردودية الاقتصادية، حيث يرتبط هذه الأخيرة أساسا بمعدل الأرباح، الذي يشكل الهدف الاستراتيجي والضامن المؤسسة وقدرتها التنافسية، وكذا توسيع وخلق استثمارات جديدة، وهو ما يتحقق في ابرام عقد جديد يسمى بعقد التسيير.

تم تكريس فنية عقد التسيير في التشريع الجزائري بموجب القانون رقم 89-01 المعدل والمتمم للأمر رقم 75-58 يتضمن القانون المدني الجزائري، فهو تقنية تجارية حديثة في مجال العلاقات الدولية، وهي عملية في غاية الدقة والتكلفة وتحتل مكانا بارزا في الحركة التنموية لاقتصاديات الدول الحديثة لاسيما البلدان النامية التي تفتقر إلى تقنيات التسيير¹⁷.

تسمح هذه التقنية التعاقدية باكتساب الطرف الوطني الخبرة والكفاءة الضروريين للنهوض بالمؤسسات الاقتصادية مستقبلا دون حاجة إلى التعاقد مع متعاملين أجنب، لكن هذه الغاية إن كانت هي المبدأ عند المشرع الجزائري عندما جاء بتقنية التسيير، فهي ليست مضمونة في كل الأحوال، نظرا لما فيها نقائص في عدة جوانب، فمثلا: من حيث تحمل تعبئة المخاطر¹⁸.

يعرف عقد التسيير على أنه اتفاق لنقل الخبرات والتكنولوجيا في إطار التجارة في حقوق الملكية الفكرية، فهو يسمح لشركة الصغيرة في السوق أي حديثة النشأة في تمتعها واكتساب

¹⁶ - شندارلي توفيق، «عقود الأعمال في التشريع الجزائري»، عقود الأعمال، كتاب جماعي ذو ترقيم معياري دولي، منشورات مخبر السيادة والعولمة، دار التل للطباعة والنشر، الجزائر، 2020، ص.24.

¹⁷ - بركات جوهرة، «تقنين عقود الأعمال في القانون الجزائري»، مداخلة أقيمت في الملتقى الوطني: عقود الأعمال ودورها في تطوير الاقتصاد الجزائري، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية يومي 16 و 17 ماي 2012، ص.34.

¹⁸ - المرجع نفسه، ص.35.

كفاءة الشركة العملاقة التي أضحت تسيطر على السوق، أو هو العقد الذي بموجبه تتعهد شركة مالكة لمباني وتجهيزات، التسيير لشركة متخصصة في النشاط الذي تعمل فيه المؤسسة والتي تحوز قدرا من المعرفة الفنية¹⁹.

عرفه المشرع الجزائري في نص المادة الأولى من القانون رقم 89-01 على أنه: «**عقد التسيير هو العقد الذي يلتزم بموجبه متعامل يتمتع بشهرة معترف بها، يسمى مسيرا، إزاء مؤسسة عمومية اقتصادية أو شركة مختلطة الاقتصاد، بتسيير أملاكها أو بعضها، باسمها ولحسابها مقابل أجر يضاف عليها علامته حسب مقاييسه ومعاييرها، ويجعلها تستفيد من شبكاته الخاصة بالترويج والبيع.**»

تعليقا على هذا التعريف التي جاءت به هذه المادة نستنتج ما يلي:

عدم تحديد صفة الشخص المسير، حيث جاءت عبارة المشرع في تعريفه عامة من دون تحديد "**...المتعامل...**" دون اشتراط أن يكون وطنيا أو أجنبيا، فوفقا للقانون الجزائري فإن المسير يمكن أن يكون شخصا حاملا للجنسية الجزائرية أم لجنسية أجنبية، وبالتالي فإن ذلك يطرح مسألة التفاوض بين الطرف الأجنبي والمؤسسة العمومية أو شركة الاقتصاد المختلط طالما أن عقود التسيير تستغرق وقتا طويلا²⁰.

عدم ضبط معيار اختيار الطرف المسير، حيث نصت المادة "**...يتمتع بشهرة معترف بها...**"، مما يفهم أنه اشترط فقط أن يكون المسير متمتعا بالشهرة في النشاط الذي تباشره المؤسسة العمومية أو المختلطة (محل التسيير)، ويقاس ذلك بمدى سمعة المسير في مجال تخصصه وكذا اتساع المجال الجغرافي الذي ينشط فيه أو أن يضاف علامته حسب مقاييسه ومعاييرها.

¹⁹ - قبائلي الطيب، « الطبيعة القانونية لعقد التسيير وفقا للقانون الجزائري»، مداخلة أقيمت في الملتقى الوطني: مبدأ سلطان الإرادة في عقود الأعمال بين الحرية والتقييد، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أحمد بوقرة، بومرداس، يومي 6 و 7 نوفمبر 2019، بيت الأفكار، الدار البيضاء، الجزائر، 2019، ص.21.

²⁰ - شندارلي توفيق، مرجع سابق، ص.26.

حصر الطرف المسير على مؤسسة عمومية اقتصادية أو شركة مختلطة الاقتصاد، بمفهوم آخر أن طرفي عقد التسيير وفقا للقانون الجزائري هما المسير أو المتعامل معه من جهة، والمؤسسة العمومية الاقتصادية أو شركة مختلطة الاقتصاد من جهة ثانية، بما يفهم أنه استثنى الشركات الخاصة من مجال عقود التسيير.

التناقض الفادح لموقف المشرع الجزائري، فمن جهة جاء بتقنية عقد التسيير لرفع المستوى الاقتصادي الوطني وتحقيق المردودية لدفع عملية التنمية، أي مراعاة المصلحة العامة الوطنية، ومن جهة أخرى وسع من مجال الحماية لصالح المسير الأجنبي وأعطى له امتيازات واسعة على حساب المالك الوطني الذي أثقل كاهله بالالتزامات وجعل منه طرف ضعيف، عليه من التزامات أكثر ما له من حقوق²¹.

عدم تحديد نوع النشاط، أي أن المشرع الجزائري لم يحصر عقد التسيير في نشاط معين، بل جاء النص عاما، وبالتالي يمكن لأي مؤسسة عمومية اقتصادية أو شركة ذات الاقتصاد المختلط أن تبرم عقود التسيير مهما كان مجال النشاط الذي تعمل فيه، وأحسن ما فعل المشرع إذ فتح المجال أمام كل المؤسسات والشركات المختلطة الاقتصاد التي تباشر نشاطاتها في قطاعات مختلفة، حتى تحقق المردودية اقتصادية والتقدم الاقتصادي، لكن عقود التسيير في الواقع العملي الجزائري تحددت في قطاع الخدمات وتحديدًا مجال الفندقية²².

ب- تنظيم عقد تحويل الفاتورة ضمن أحكام القانون التجاري: إن الغاية الأساسية من وراء إنشاء عقد تحويل الفاتورة²³ هو حاجة المتعامل الاقتصادي إلى السيولة النقدية اللازمة لتسيير نشاطاتهم وتطويرها، وغم امتلاكهم لديون مترتبة لهم بذمة مدينهم، وكون هذه الأخيرة غير مستحقة وإما مترتبة على مدينين يقيمون في بلد آخر، وتحتاج إلى وقت واجراءات

²¹ - بركات جوهرة، مرجع سابق، ص.35.

²² - شندارلي توفيق، مرجع سابق، ص.27.

²³ - استخدم المجلس الاقتصادي والاجتماعي الجزائري مصطلحا آخر للتعبير عن ذات العقد ألا وهو "الفوترة الخارجية"، بينما في دول المشرق العربي يستعمل مصطلح "وكالة تسويق، عقد الفاكورينغ،... وغيرها.

للدفع، فهي وسيلة اقتصادية في الوقت الحالي تسمح للمؤسسة الحصول على أموال لإعادة توظيفها في أسرع وقت وبأقل تكاليف.

فعملية تحويل الفواتير عملية مالية تسمح لشركة تجارية بائعة بتحصيل مبلغ الحقوق التي تحوزها تجاه المشتري اثر تنفيذ عقد بيع، وذلك شركة متخصصة تدفع لها قيمة الفواتير قبل حلول أجل الدفع مقابل أجره²⁴.

أدخل المشرع الجزائري عملية تحويل الفاتورة بموجب المرسوم التشريعي رقم 93-08 المعدل والمتمم للأمر رقم 75-59 المتضمن القانون التجاري حيث جاءت المادة 453 مكرر 14 تعرفه على أنه: «عقد تحويل الفاتورة هو عقد تحل بمقتضاه شركة متخصصة تسمى "وسيط" محل زيونها المسمى" ، عندما تسدد فوراً لهذه الأخير المبلغ التام لفاتورة لأجل محدد ناتج عن العقد، وتتكفل بتعبئة عدم التسديد وذلك مقابل أجر».

يستنتج من هذا التعريف مايلي:

- عقد تحويل الفاتورة يتضمن ثلاث أطراف تربط بينهم علاقات قانونية، العلاقة الأولى هي علاقة الدائن أي المنتمي ومدينه، العلاقة الثانية فهي تنشأ بموجب هذا العقد، العلاقة الثالثة عي العلاقة بين الشركة الوسيط والمدين الطرف الثاني في العلاقة الأولى.

- ما يعاب على المشرع الجزائري أنه اتخذ موقفا متناقضا حيث فصل في تحديد تحويل الفاتورة وأعطى صفة العقد بصريح النص، مما يستوجب توافره على جميع أركانه من تراضي ومحل وسب.

- صنف عقد تحويل الفاتورة ضمن الأوراق التجارية حيث أدرجها في الباب الثالث من الكتاب الرابع تحت عنوان السندات التجارية، فإذا سلمنا بأنه سند تجاري، فهي غير قابلة للتظهير، وهي أهم خاصية في الأسناد التجارية.

- غياب مرحلة التفاوض في عقد تحويل الفاتورة، فيما أنه اتفاق، فهو عقد رضائي، إلا أن العقد يوصف بأنه عقد اذعان، إذ تطبق الشروط الموضوعية من طرف الوسيط على المنتمي، الذي لا يملك مناقشتها، وهذا على غرار كل العقود التي تبرمها البنوك والمؤسسات المالية مع عملائها²⁵.

- كيف شركات محولة الفواتير في الجزائر على أنها شركات تجارية على عكس التشريعات الأخرى التي كيفتها على أنها مؤسسات مالية، فإجراءات الرخص والاعتماد خاضعة لقرارات الوزير المكلف بالمالية عكس المشرع الفرنسي الذي أخضعها إلى مجلس النقد والقرض، لكان مادام أن هذه الشركات تقوم بأعمال مصرفية بحتة، من الأفضل لو أخضعها المشرع الجزائري لسلطة مجلس النقد والقرض في منح التأهيل أو سحبه، وليس الوزارة المالية، بهو بهذا الحال يكون قد تجاوز صلاحيات هذا المجلس المؤهل قانونا باتخاذ القرارات المتعلقة بشأن الترخيص بفتح البنوك والمؤسسات المالية وكذا سحب اعتماداتها.

- عدم ضبط كافة الالتزامات المترتبة على العقد، لأنه وعند التمعن في تعريف المشرع الجزائري لهذا العقد، نلاحظ أنه تضمن التزام واحد الملقى على عاتق الشركة وهو دفع مبلغ الفواتير مسبقا، إنما تلزمها أيضا بتقديم خدمات اضافية كمسك دفتر المحاسبة للمنتمي، وتزويده بالمعلومات حول وضعية زبائنه وتحذيره من الزبائن المشكوك في نزاهتهم.

- حصر شركة تحويل الفاتورة في شكل شركة مساهمة أو شركة ذات مسؤولية محدودة، تخضع للتشريع والتنظيم (الجزائري) المطبقين على الشركات التجارية، وبهذا يكون قد أغفل ذكر شركات تحويل الفواتير الأجنبية، والتي ترغب في فتح فروع لها بالجزائر²⁶.

2- المحاولة المحتشمة لتنظيم عقد الاعتماد الإيجاري: تعود أسباب ظهور تقنية الاعتماد الإيجاري إلى بعض الشركات التجارية على اقتناء التقنيات الضرورية والتجهيزات اللازمة بسبب تكلفتها الباهظة التي تثقل ميزانية الشركة، أو بسبب انعدام السيولة المالية الكافية

²⁵ - شندارلي توفيق، مرجع سابق، ص.29.

²⁶ - شندارلي توفيق، مرجع سابق، ص.30.

لديها، وانطلاقاً من هذه الظاهرة أخذت المؤسسات المالية تتكفل بمسألة شراء هذه التجهيزات والمعدات بغرض تأجيرها للشركات التجارية التي تستفيد من استغلال المال دون دفع ثمنه الإجمالي مسبقاً، وعند انتهاء مدة الإيجار يمكن للشركات المعنية أن تحوز هذه التجهيزات²⁷.

إذ يعتبر التمويل الهدف الأساسي الذي يسعى إليه أصحاب المشاريع التجارية والصناعية، حيث يختلف مصادر التمويل باختلاف حجم المشاريع وتوجهاتها وأهدافها، من المصادر التي اعتمد عليها أصحاب المشاريع هي المصارف، حيث لعبت دوراً هاماً في تمويل هذه المشاريع عن طريق القروض، إلا أن هذه الطريقة غالباً ما تصادفها صعوبات عديدة، كعدم وجود الضمانات الكافية أو ارتفاع تكاليف عمليات الاقتراض²⁸.

وأمام هذه الصعوبات

عرفت الجزائر هذه التقنية مع بداية التسعينيات بتأسيس مؤسسات مالية متخصصة حيث أبرم اتفاق سنة 1990 بين البنك الخارجي الجزائري وشركة البركة السعودية يهدف إلى إنشاء شركة ASIL جزائرية سعودية متخصصة في عملية الاعتماد الإيجاري وهي شركة أصيل، كما تعاقدت شركة الخطوط الجوية الجزائرية من أجل اقتناء الطائرات والشركة الوطنية للنقل البحري لاقتناء السفن²⁹.

وأمام هذه الصعوبات والعراقيل التي عرفت عمليات التمويل المالي، أفرز واقع التجارة والأعمال، وسيلة بديلة وجديدة لصاحب المشروع الحصول على المعدات اللازمة، دون تحمل تكاليف شرائها دفعة واحدة، وبطريقة تضمن حقوق المؤسسة الممولة باحتفاظها بملكية المعدات، وهذا ما يعرف بعقد الاعتماد الإيجاري وهو تمويل عيني لا نقدي³⁰.

²⁷ - بركات حويرة، مرجع سابق، ص.37.

²⁸ - شندارلي توفيق، مرجع سابق، ص.30.

²⁹ - بركات حويرة، مرجع سابق، ص.37.

³⁰ - شندارلي توفيق، مرجع سابق، ص.31.

وتماشيا مع هذه التوجهات الحديثة التي انتهجها المشرع الجزائري بشأن الاصلاحات الاقتصادية، قام بتنظيم هذه الطريقة بموجب الأمر رقم 96-09 المتعلق بالاعتماد الإيجاري، حيث عرفه في مادته الأولى على أنه: « يعتبر الاعتماد الإيجاري موضوع هذا الأمر، عملية تجارية ومالية:

- يتم من قبل البنوك والمؤسسات المالية أو شركة تأجير مؤهلة قانونا ومعتمدة صراحة بهذه الصفة مع المتعاملين الاقتصاديين الجزائريين أو الأجانب، أشخاص طبيعيين أم مغنوبيين تابعين للقانون العام أو الخاص.

- تكون قائمة على عقد إيجار يمكن أن يتضمن أو لا يتضمن حق الخيار الشراء لصالح المستأجر.

- وتتعلم فقط بأصول منقولة أو غير منقولة ذات الاستعمال المهني أو بالمحلات التجارية أو بمؤسسات حرفية».

ومن مضمون هذه المادة يتضح لنا بأن عقد الاعتماد الإيجاري هو عقد ثنائي يكون بين طرفين أحدهما المؤجر أو شركة الاعتماد الإيجاري والثاني المستأجر، إلا أنه يتطلب الأمر تدخل طرفا ثالثا، وهو البائع أو المقاول، هذا الأخير يقوم ببيع الآلات والمعدات التي يتم اختيارها من طرف المستأجر، أو يتم بناء العقار المطلوب من قبل المقاول وفقا للمواصفات المطلوبة من المستأجر ليتم تسليمه له، ثم بعد ذلك يقوم المؤجر أو شركة الاعتماد الإيجاري بتأجيره للمستأجر، لذلك قيل بأن عقد الاعتماد الإيجاري عقد ذو طبيعة خاصة، يستقل بأحكام خاصة تلائم طبيعته.

وأهم خاصية في عقد الاعتماد الإيجاري هو عقد تمويلي، أي أن التمويل هو المحور الذي تدور حوله جميع أحكام العقد، ويتغلب عليه الطابع التمويلي على الطابع الإيجاري، فالمؤجر لا يقوم بشراء الأصل الإيجاري بقصد تأجيرها، دون أن يظهر له المستأجر رغبته في الإيجار.

يضاف إلى ذلك أنه في نهايته (نهاية عقد الاعتماد الإيجاري) يمنح للمستأجر ثلاث خيارات وهي: إما شراء الأصل الإيجاري، أو تمديد عقد الإيجار، أو رد الأصول المؤجرة إلى شركة التأجير³¹.

3- ترك عقد الفرانشيز خاضع للعادات والأعراف التجارية: ظهر عقد الفرانشيز كغيره من العقود الحديثة، نتيجة للتطور الاقتصادي الذي رافق التطور التكنولوجي، وانفتاح العالم وبروز العولمة، فهو من أحد الأساليب التي تسعى إلى توسيع دائرة المشروع التجاري، ومن أشكال التعامل التجاري.

يعرف عقد الفرانشيز على أنه عقد يتكفل بموجبه شخص يدعى المانح بتعليم شخص آخر يسمى الممنوح له المعرفة العملية والتي تشمل نقل المعرفة الفنية وتقديم المساعدة التقنية وتخويله استعمال علامته التجارية وتزويده بالسلع، أما الممنوح له فيتكفل باستثمار المعرفة العملية الفنية واستعمال العلامة التجارية والتزويد من الممون، بالإضافة إلى التزام الممنوح له بدفع الثمن، والالتزام بعدم المنافسة والحفاظة على السرية.

وبالتالي فعلاقة الفرانشيز هي علاقة عقدية تجارية بين الأطراف، يقوم فيها المانح بمنح امتياز للممنوح له، ليقوم بمباشرة العمل أو المشروع تحت الاسم أو العلامة والشهرة التجارية التي تربط بمنتج المانح. كذا سيطرة المانح على الطريقة التي يعمل بها الممنوح له في المشروع، والمقصود بالسيطرة هي حق المانح بالإشراف على كيفية الممنوح له المشروع. يترتب أيضا على هذه العلاقة جملة من التزامات ملقاة على الأطراف ممثلة بضرورة تقديم المساعدة والتدريب والإشراف والمحافظة على الأسرار الفنية... وغيرها.

يعد المشروع الممنوح له الامتياز مستقلا عن المشروع الأصلي أي الممنوح له يقدم ويخاطر برأس ماله³².

³¹ - شندارلي توفيق، مرجع سابق، ص ص 32-33.