

المقطع الرابع: المحل التجاري

استعمل مصطلح "المحل التجاري" منذ العصور القديمة¹ كان يدل على المكان الذي يمارس التاجر نشاطه التجاري ويضع فيه بضاعته ويستقبل العملاء، فكان ينظر إليه نظرة مادية بحتة تقتصر على المقومات المادية التي يتألف منها المحل، ولم يحاول أحد أن يقرب بين العناصر المختلفة للاستغلال التجاري على أساس أنها وحدة ذات قيمة خاصة. وعند تطور العلاقات التجارية ازدادت أهمية العناصر المعنوية كالعنوان، الاسم التجاري، الشهرة، العلامة التجارية... إلخ².

ان فكرة اعتبار المحل التجاري مالا منفولا مستقلا عن العناصر التي يتكون منها، فكرة حديثة لم تستقر تشريعيا إلا في غضون القرن العشرين (20). اختلفت الآراء الفقهية في تعريف المحل التجاري لغياب تعريف المشرع له. لكن الرأي الراجح وعلى رأسهم الفقيه الفرنسي "ريبير" يعتقد أن وجود المحل التجاري يتوقف على عنصر العملاء³، وان العناصر الأخرى تظهر أهميتها بمدى ارتباطها إلى حد كبير في اجتذاب العملاء⁴.

وعلى الرغم من أهمية عنصر الاتصال بالعملاء والسمعة التجارية وهما بحق في مقدمة العناصر الأخرى إلا انه لا يكفي لوجود المحل التجاري⁵ فهناك عناصر هامة يتوقف عليها وجود أو عدم وجود العملاء. ولهذا نص المشرع في المادة 78 تجاري على عناصر وجود المحل التجاري واعتبره مجموع العناصر المادية والمعنوية (المبحث الأول).

فباعتبار المحل التجاري مال منقول معنوي فهو محل للتصرفات القانونية كالبيع، الرهن الحيازي، التسيير الحر (المبحث الثاني)

المبحث الأول: الإطار النظري للمحل التجاري

تناول المشرع التجاري أحكام المحل التجاري في الكتاب الثاني بعنوان "المحل التجاري" في الباب الأول بعنوان "في بيع المحل التجاري ورعنه الحيازي" تحت الفصل الأول بعنوان "عناصر المحل التجاري". قبل التطرق للعمليات الواقعة على المحل التجاري نتناول العناصر المكونة للمحل التجاري (المطلب الأول) ثم خصائص المحل التجاري وتحديد طبيعته القانونية (المطلب الثاني)

المطلب الأول: عناصر المحل التجاري

تتمثل عناصر المحل التجاري بناء على المادة 78 تجاري التي تنص على ما يلي: "تعد جزءا من المحل التجاري الأموال المنقولة المخصصة لممارسة نشاط تجاري.

¹ كانت فكرة المحل التجاري كفكرة معنوية موجودة من القدم عند أصحاب المحال التجارية لما اضطروا للاقتراض بضمان المحل التجاري مع عدم التخلي عن حيازته عند تقدير الثمن إلى الدائن المرتهن حتى لا يتوقف نشاطهم التجاري، الأمر الذي كان يخضعه لقواعد تشبه قواعد الرهن العقاري. كما تعاملوا بفكرة المحل كمنقول معنوي عند بيع المحل التجاري حيث ظهرت مدى قيمة عنصر الاتصال بالعملاء عند تقدير القيمة الاقتصادية للمحل التجاري. لهذا الكثير من الفقه يرى أن الفضل في ظهور فكرة المحل التجاري يرجع إلى التجار أنفسهم لا إلى رجال القانون. أنظر في هذا الاتجاه: علي حسن يونس، المحل التجاري، دار الفكر العربي، القاهرة، 1974، ص111

² سميحة القليوبي، المرجع السابق، ص 348-349

³ Ripert (George), Roblot (René), traité élémentaire de droit commercial ? 10^e édition, Paris, 1980, n°326, p 375 : « Beaucoup d'auteurs considèrent la clientèle comme un des éléments du fonds de commerce, l'erreur nous paraît certaine, s'il n'y avait pas de clientèle, il n'y aurait pas de fonds de commerce ». « L'existence de la clientèle conditionne l'existence du fonds de commerce ».

راجع أيضا المجلة الفصلية للقانون التجاري 1962 ص892 حيث نقلت ما جاء في: «...la clientèle ...comme le signe révélateur de l'existence du fonds de commerce»

⁴ محمد حسنين، الوجيز في نظرية الالتزام، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1983، ص 240

⁵ محسن شفيق، القانون التجاري المصري، دون ذكر دار النشر، القاهرة، ص776

ويشمل الحل التجاري إلزاميا عملاءه وشهرته.

كما يشمل أيضا سائر الأموال الأخرى اللازمة لاستغلال المحل التجاري كعنوان المحل والاسم التجاري والحق في الإيجار والمعدات والآلات والبضائع وحق الملكية الصناعية والتجارية، كل ذلك مالم ينص على خلاف ذلك".

يتكون المحل التجاري من عناصر مادية (الفرع الأول) وعناصر معنوية (الفرع الثاني)

الفرع الأول: العناصر المادية

تتمثل العناصر المادية المكونة للمحل التجاري وهي والبضائع (أولا) والمعدات والآلات (ثانيا)

أولا: البضائع

تشكل البضائع مجموع السلع الموجودة في المحل التجاري والمهيأة للبيع أو في المخازن التابعة له، مثل الأحذية، الأقمشة الحقائب المعدة للبيع أو الموجودة في المخازن المعدة لها⁶. يقصد بالبضائع المنقولات المهيأة للبيع بغض النظر أن تكون نصف مصنوعة أو مصنوعة كاملة أو على شكل مادة أولية. تكمن أهمية البضائع بمدى تأثيرها في قيمة المحل التجاري. قد تكون البضائع محل للرهن الحيازي واستبعادها المشرع عند رهن المحل التجاري بمجموعه.

ثانيا: الآلات والمعدات

يقصد بالمعدات والآلات، المنقولات المادية التي يستعملها التاجر في الاستغلال التجاري لمحلته دون أن تكون معدة للبيع، كالسيارات المستخدمة للنقل، أدوات الكيل والميزان والقياس، والأثاث كالمكاتب والمقاعد والخزائن، آلات الكاتبة والحاسبة والمواد الضرورية لتشغيل الآلات. فالعبرة للتمييز بين البضاعة والمعدات هو الغرض الذي خصصت له، فإذا كان الغرض هو تشغيل الآلات فهي من قبيل المعدات أما إذا كان الغرض لصناعة السلع كمواد أولية أو كانت معدة للبيع فهي من قبيل بضاعة⁷.

مثال: السيارات تعد من المعدات إذا كانت مخصصة لتسهيل أعمال المحل التجاري وقد تعد من قبيل البضائع إذا كان المحل مخصصا لبيع السيارات

ملاحظة 1: يوجد من يرى ان المهمات في حكم العقار بالتخصيص⁸ لا تدخل ضمن عناصر المحل التجاري على أساس ان العقار بالتخصيص يتبع حكم العقار الذي خصص هو لخدمته بحسب الأصل⁹. إلا أنه بالرجوع إلى نص المادة 151 تجاري التي تقضي بأن الرهن الحيازي يجوز أن يشمل الأدوات أو المعدات ويمكن أن يقع الرهن الحيازي على المحل التجاري دون ان يشتمل وجوبا على العناصر الأساسية للمحل التجاري. لكن الأصل ان المنقول الذي يصبح عقارا بالتخصيص يخرج من عناصر المحل التجاري.

⁶ سميحة القليوبي، المرجع السابق، ص 351

⁷ أحمد محرز، المرجع السابق، ص 193 وفي نفس المعنى نادية فضيل، المرجع السابق، ص 207 حيث تعتبر أن "الحيوانات قد تعد من قبيل المعدات في بعض الحالات ومن قبيل البضائع في حالات أخرى. فالماشية التي يستخدمها محل بيع الألبان في الحصول على الألبان التي يقوم ببيعها تعتبر من قبيل المعدات، بينما إذا كان صاحب المحل يتجر في بيع الماشية فتعد هذه الأخيرة من قبيل البضائع".

⁸ عرفت الفقرة 2 من المادة 683 مدني العقار بالتخصيص: "غير أن المنقول الذي يضعه صاحبه في عقار يملكه، رصدًا على خدمة هذا العقار أو استغلاله، يعتبر عقارا بالتخصيص".

⁹ سميحة القليوبي، المرجع السابق، ص 353

ملاحظة 2 : لا يعتبر العقار من عناصر المحل التجاري لأن المحل التجاري مجموع من الأموال المنقولة المعنوية.

الفرع الثاني: العناصر المعنوية

يقصد بالعناصر المعنوية الأموال المنقولة المعنوية التي تستغل في النشاط التجاري للمحل التجاري. تتفاوت

أهميتها بحسب طبيعة النشاط التجاري، لكنها حيوية لوجود المحل خاصة عنصر الاتصال بالعملاء ولا يمكن وجود المحل التجاري بدون هذه العناصر. عدد المشرع العناصر المعنوية في المادة 78 تجاري لكن ليس بالضرورة أن تكون جميعها متوفرة في المحل ما عدا عنصر الاتصال بالعملاء والشهرة الذي يتعلق وجود المحل بوجوده أما العناصر المعنوية الأخرى فوجودها متعلق بطبيعة الاستغلال. واشترط المشرع أن يشمل المحل التجاري العملاء والشهرة إلزاميا (أولا) ، الاسم التجاري (ثانيا) ، الحق في الإيجار بالنسبة للعقود التي تم إبرامها قبل تعديل سنة 2005 (ثالثا) وعنوان المحل (رابعا) و حق الملكية الصناعية (خامسا).

أولا: عنصر الاتصال بالعملاء

يقصد بالعملاء الزبائن الذين هم مجموع من الأشخاص يترددون على المحل التجاري لشراء لوازمهم أو الاستفادة من الخدمات، إما للسمعة الطيبة اشتهر بها للمحل من حيث استقبال صاحب المحل لهم، أو من حيث جودة المنتج ، أو لأسباب احترافية التاجر في المعاملة مع الزبائن أو لأسباب أخرى جديرة بثقة الزبون بالمحل.

ترتبط أرباح المحل التجاري بعنصر العملاء فكلما زاد عددهم كلما زادت أرباحه وتوسعت دائرة نشاطه. إلا ان عنصر الاتصال بالعملاء يعتمد أساسا على مجهودات التاجر وصفاته الشخصية واحترافيته التجارية التي تشجع العملاء على التردد إليه والتعامل معه

ملاحظة: يتميز عنصر الاتصال بالعملاء عن السمعة التجارية، فهذه الأخيرة تعتمد أساسا على عوامل ذات طابع عيني متعلقة بالمحل التجاري ولها تأثير مباشر في اجتذاب العملاء، كموقع المحل في منطقة تجارية أو سياحية، طريقة عرض البضاعة...إلخ. لكن كل عنصر يكمل الآخر.

يتم حماية عنصر الاتصال بالعملاء عن طريق دعوى المنافسة غير المشروعة¹⁰

يتفق الفقه الفرنسي على اعتبار وجود المحل التجاري بوجود عنصر الاتصال بالعملاء، وعليه تكون ملكية المحل لمالك هذا العنصر، إلا أنه اختلف في تحديد الوقت الذي يتوفر فيه هذا العنصر. فهنا من اعتبر ان عنصر الاتصال بالعملاء متوفر بمجرد اجتماع عناصر المحل التجاري بطريقة تكون مهيأة للاستغلال التجاري، أي لاستقبال الجمهور¹¹. لكن المقصود هنا ليس مجرد اجتماع بعض العناصر معا لأن هذا لا يعني شيئا إذا بقيت هذه العناصر بمعزل عن الاستغلال، فالفائدة من اجتماع هذه العناصر لا تتحقق إلا إذا كانت جالبة للعملاء¹². أما الجانب الآخر من الفقه فيعتبر توفر عنصر الاتصال بالعملاء

¹⁰ سميحة القليوبي، المرجع السابق، ص 357

¹¹ RTDC, 1977, p56 : « ...une clientèle itinérante dont l'existence n'est pas potentielle mais réelle »

¹² Weil (A), La distinction de la location gérance du fonds de commerce et bail des locaux, Note sous Chambéry 24 novembre 1953, JCP.II.824 : « Il ne serait pas nécessaire qu'il y ait une véritable exploitation car le fonds de commerce existe dès lors après la réunion des éléments constitutifs du fonds de commerce, il y a possibilité de toucher ultérieurement une clientèle »

يكون بعد الاستغلال الحقيقي بفتح المحل لاستقبال الجمهور. فهو يشترط أن يكون عنصر العملاء حقيقيا ناتجا عن الاستغلال الفعلي أو على الأقل بداية الاستغلال¹³.

ثانيا: الاسم التجاري

يقصد بالاسم التجاري، الاسم الذي يستعمله التاجر لإظهار تجارته للغير¹⁴. يتخذ التاجر لتمييز محله عن غيره من المحال التجارية المماثلة، وهو من الحقوق المالية قابل للتصرف فيه وهذا ما يميزه عن الاسم المدني الذي يعتبر من الحقوق للصيقة بالشخصية لا يقبل التعامل فيه. يمكن التصرف في المحل التجاري دون الاسم التجاري. للتاجر مطلق الحرية في اختيار الاسم التجاري بشرط ان يكون مبتكرا وجديدا وغير مخالف للنظام العام والآداب.

تعتبر الوظيفة الأساسية للاسم التجاري هي تمييز المنشأة التجارية عن غيرها من المنشآت المماثلة ليسهل التعرف عليها من عملائها الذين يفضلونها وعدم الخلط بينها وبين غيرها¹⁵

ملاحظة: قد يكون الاسم التجاري مستمدا من الاسم الشخصي للتاجر (أي الاسم المدني)، قد يعدله، أو يبتكر اسم بدلا من اسمه كسرين للأقمشة، أحذية كليوبترا، لوازم العروس...إلخ. كذلك ما يتعلق بالشركات التجارية فقد يكون الاسم التجاري للشركة مشتقا من اسم الشركاء أو من غرض الشركة ذاتها ويختلف الأمر بحسب نوع الشركة.

يمكن عند بيع المحل التجاري الاشتراط على المالك الجديد عدم استعمال الاسم التجاري واستبعاده من عناصر المحل التجاري. يستعمل الاسم التجاري للتوقيع على المعاملات التجارية أو على الأوراق التجارية وهو مسجل في السجل التجاري. لا تنحصر وظيفة الاسم التجاري على هذا فقط بل أنه يستخدمه التاجر للتوقيع على المستندات والتعهدات الصادرة منه، وذلك ليعلم الغير ان هذه التعاملات والتعهدات تخص المحل التجاري ولا تخص شؤونه الخاصة، أو محل تجاري آخر هو ماله أو شريك فيه.

ثالثا: الحق في الايجار قبل تعديل 2005

يقصد بالحق في الايجار، حق التاجر في البقاء في العقار الذي يباشر فيه تجارته، والتنازل عن هذا الحق للغير عند التصرف في المحل التجاري. كان هذا العنصر من عناصر المحل التجاري إذا كان التاجر مستأجرا للمكان الذي يزاول فيه تجارته لكن عدل بقانون رقم 05-02 المؤرخ في 6 فبراير سنة 2005 المعدل والمتمم للأمر رقم 75-95 المؤرخ في 25 سبتمبر 1975 المتضمن القانون التجاري حيث جاء في المادة 187 مكرر منه على ما يلي: " تحرر عقود الايجار المبرمة ابتداء من تاريخ نشر هذا القانون في الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، في الشكل الرسمي، وذلك تحت طائلة البطلان، وتبرم لمدة يحددها الأطراف بكل حرية.

يلزم المستأجر بمغادرة الأمكنة المستأجرة بانتهاء الأجل المحدد في العقد دون حاجة إلى توجيه تنبيه بالإخلاء ودون الحق في الحصول على تعويض الاستحقاق المنصوص عليه في هذا القانون، ما لم يشترط الأطراف خلاف ذلك".

¹³ Pédamon (Michel), Droit commercial, 7^e édition, Paris, 1980, p 182

¹⁴ نسرین شریفی، الأعمال التجارية، التاجر، المحل التجاري، دار بلقيس، الجزائر، 2017، ص 72

¹⁵ سميحة القليوبي، المرجع السابق، ص 321

أصبح عقد الايجار -طبقا للمادة السالفة الذكر- من العقود الشكلية، يحدد أطرافه مدة الايجار. فينتهي الايجار بانتهاء المدة المتفق عليها في عقد الايجار دون تنبيه بالإخلاء ودون تعويض الاستحقاق فيغادر المستأجر الأمكنة المستأجرة عند نهاية مدة العقد ما لم يتم الاتفاق على تجديد العقد.

رابعاً: عنوان المحل التجاري

يقصد بالعنوان التجاري التسمية المبتكرة التي يختارها التاجر لتمييز محله عن غيره من المحلات التجارية الأخرى التي تزاوّل نفس النشاط. يتميز الاسم التجاري عن التسمية المبتكرة، أي عن العنوان التجاري فهذا الأخير لا يلتزم التاجر اتخاذ تسمية مبتكرة في حين أنه ملزم باتخاذ اسم تجاري لمحله بنص قانوني¹⁶.

خامساً: حقوق الملكية الصناعية

يقصد بحقوق الملكية الصناعية تلك الحقوق التي ترد على الابتكارات الجديدة كبراءة الاختراع، الرسوم والنماذج الصناعية... إلخ. فهي تلك الحقوق التي يتخذها الصانع أو التاجر شعاراً لمنتجاته أو بضائعه تميزها عن غيرها من المنتجات والبضائع المماثلة¹⁷. تخضع هذه الحقوق لتنظيم قانوني خاص تقتضي دراسة مستقلة. وهي عنصر من عناصر المحل التجاري، فالتنازل عن المحل يشمل هذه الحقوق. كما يجوز التصرف في هذه الحقوق مستقلة عن المحل التجاري فيما عدا العلامة التجارية التي لا يجوز بيعها أو

رهنها مستقلة عن المحل التجاري لتمييز منتجاته¹⁸ ولا بد أن لا تخالف النظام العام والآداب¹⁹.

تعتبر علامة المصنع الزامية ولو في الحالة لا يتولى المنتج تسويق منتجاته بنفسه، أما العلامة التجارية أو علامة الخدمة فهي اختيارية غير أنه يجوز تقريرها إلزامية بموجب قرارات وبالنسبة للمنتجات التي تحددها هذه القرارات²⁰

-أما الرخص والاجازات

يقصد بالرخص والاجازات التصاريح التي تمنحها السلطات الإدارية المختصة لممارسة النشاط التجاري، كرخصة لفتح مقهى أو مطعم أو مصنع أو فندق... إلخ. لا تعتبر هذه الرخص من عناصر المحل التجاري إلا إذا كانت جائزة التنازل عنها للغير، فإذا كانت الرخصة شخصية فلا تعتبر من عناصر المحل التجاري²¹.

¹⁶ سميحة القليوبي، المرجع السابق، ص 358

« Le nom commercial désigne essentiellement l'exercice de l'activité alors que la dénomination sociale désigne la société en tant que personne morale ». <https://blog.legalvision.fr/2018/12/17/nom-de-société-commerciale-definition>

¹⁷ مصطفى كمال طه، المرجع السابق، ص 662

¹⁸ راجع قانون علامات المصنع والعلامات التجارية أمر رقم 66-57 مؤرخ في 27 ذي القعدة عام 1385 الموافق 19

مارس سنة 1966 يتعلق بعلامات المصنع والعلامات التجارية

¹⁹ المادة 4 من الأمر 66-57 السالف ذكره تنص بما يلي: " لا يمكن أن تعتبر علامة ولا تكون جزء من علامة العلامات التي تخالف استعمالها النظام العام والآداب".

²⁰ المادة الأولى من الأمر 66-75 السالف ذكره

²¹ سميحة القليوبي، المرجع السابق، ص 360: " لا تعتبر الرخص والاجازات من عناصر المتجر المكونة لمقوماته إلا إذا اشترط لمنحها ضرورة توفر شروط موضوعية غير متعلقة بشخص من منحت له". تعتبر من قبيل الرخص الشخصية تلك التي تشترط شهادة أو مؤهل علمي معين حتى يتمكن مزاوله هذا النوع من التجارة

الجدير بالذكر والتساؤل: هل الحقوق والديون من عناصر المحل التجاري؟

اختلفت الآراء الفقهية حول هذا الموضوع إلا أن الرأي الراجح يرى أن الحقوق والديون الناشئة عن استغلال المحل التجاري لا تعدّ من عناصره على أساس أنها ليست من أدوات الاستغلال ذاته بل نتيجة إيجابية أو سلبية للاستغلال. فالتنازل عن المحل التجاري لا يؤدي حتماً إلى انتقال الحقوق والديون إلى المالك الجديد، إلا باتفاق الطرفين وبشرط اتباع الإجراءات الخاصة بحالة الدين المدني، أو بوجود نص قانوني، ذلك لأن المحل التجاري وإن كان يمثل مجموعة من العناصر إلا أنه ليس له ذمة مالية مستقلة عن ذمة مالكه²².

أما ما يتعلق بعقود العمل التي أبرمها ملك المحل التجاري مع العمال فتحظى بحماية خاصة حيث يوجب قانون العمل ببقاء عقود العمل سارية وكذا الأمر بالنسبة للالتزامات الضريبية²³

أخيراً يمكن القول ما يلي:

- يعدّ كل العنصر من عناصر المحل التجاري إذا كان من لوازم الاستغلال .
- عنصر الاتصال بالعملاء عنصراً جوهرياً في المحل التجاري الذي يوجد بوجوده، وهو القاسم المشترك لكل المحال التجارية، أما العناصر الأخرى فتكمن أهميتها بحسب تأثيرها في استغلال النشاط التجاري وبمدى فعاليتها في تدعيم عنصر الاتصال بالعملاء.

المطلب الثاني: خصائص المحل التجاري وطبيعته القانونية

يتمتع المحل التجاري بخصائص (الفرع الأول) تجعله ذو طبيعة قانونية تميّزه عن العناصر المكونة له (الفرع الثاني).

الفرع الأول: خصائص المحل التجاري

يتميز المحل التجاري بأنه مال منقول (أولاً) مال معنوي (ثانياً) له طبيعة تجارية (ثالثاً)

أولاً: مال منقول

عرفت المادة 683 مدني العقار بأنه: " كل شيء مستقر بحيزه وثابت فيه ولا يمكن نقله منه دون تلف فهو عقار، وما عدا ذلك من شيء فهو منقول". تبين من قبل أن عناصر المحل التجاري، المادية والمعنوية، كلها منقولة فلا يتصور معه الاستقرار والثابت، فيمكن نقله دون تلف فلا يخضع للأحكام القانونية التي تحكم العقار وإن كان المشرع قد أخضع المحل التجاري لبعض الأحكام الخاصة بالعقارات²⁴ كما هي الحال بالنسبة للقواعد الخاصة بامتياز البائع ورهن المحل إلا أن هذا لا يؤثر على اعتبار المحل التجاري من صنف الأموال المنقولة.

ثانياً: مال معنوي

تبين من قبل أن المحل التجاري مجموع عناصر مادية وكذلك معنوية، إلا أنه هو بذاته مال معنوي يستقل عن العناصر المكونة له. وله خصائص تختلف عن خصائص كل عنصر من عناصره. وباعتباره مالا منقولا معنوياً فلا يخضع للأحكام القانونية الخاصة بالمنقول المادي، كقاعدة الحيازة في المنقول سند الملكية فلا تنطبق على المحل التجاري بحكم خصوصية الحياة التجارية التي تقتضي الحركة والسرعة.

²² سميحة القليوبي، المرجع السابق، ص 362

²³ أحمد محرز، المرجع السابق، ص 202

²⁴ نادية فضيل، المرجع السابق، ص 219

ثالثاً: ذو طبيعة تجارية

يكتسب المحل طبيعته التجارية من استغلاله نشاطاً تجارياً ولأغراض تجارية. وعليه تكون مكاتب المحامين والمحاسبين والأطباء خارج دائرة المحل التجاري لاختلاف الغرض من إنشائها وموضعها. أي من الضروري توفر قصد الاستغلال التجاري

الفرع الثاني: الطبيعة القانونية للمحل التجاري

يعدّ المحل التجاري مالا منقولاً معنوياً له طبيعة تجارية، وهو مستقل عن العناصر التي يتكون منها. اختلف الفقه حول تحديد الطبيعة القانونية للمحل التجاري. والسؤال الذي يشكل محور النقاش في هذا المجال هو أنه: إذا اعتبرنا ان المحل التجاري مجموع من العناصر المادية والمعنوية، فهل تعتبر هذه العناصر وحدة متكاملة تشكل مالا مستقلاً؟ أم ان هذه العناصر المكونة للمحل التجاري مستقلة ومتميزة عن بعضها البعض؟ استقر الفقه والقضاء على ان المحل التجاري يمثل وحدة واحدة مستقلة عن العناصر المكونة له، وهو من المنقولات المعنوية إلا انهما اختلفا في التكييف القانوني للمحل التجاري فظهرت نظرية المجموع القانوني (أولاً)، ونظرية المجموع الواقعي (ثانياً)، نظرية الملكية المعنوية (ثالثاً)²⁵.

أولاً: نظرية المجموع القانوني

تعتمد هذه النظرية على ان المحل التجاري يتمتع بذمة مالية مستقلة عن ذمة التاجر، فهو يشكل مجموع قانوني، وبالإعتراف بالذمة المالية المستقلة للمحل التجاري فهو شخص معنوي. رأى البعض الآخر من هذه النظرية أنه لا يعتبر المحل التجاري شخصاً معنوياً وإنما للمحل التجاري ذمة مالية مستقلة عن ذمة مالكة ومخصصة للاستغلال التجاري²⁶، وعليه يكون لمالك المحل التجاري ذمة مالية مدنية وذمة مالية مخصصة للاستغلال التجاري التي تتمثل في مجموع الحقوق والديون الناتجة من استغلال النشاط التجاري.

انتقدت هذه النظرية من جهة انه لا يمكن اعتبار المحل التجاري شخصاً معنوياً لافتقاده مقومات الشخص المعنوي. ومن جهة أخرى انتقدت على أساس أن القواعد العامة تقضي ان للشخص ذمة مالية واحدة تشكل وصوله وخصومه، أي بوحدة الذمة المالية²⁷.

ثانياً: نظرية المجموع الواقعي

تعتبر هذه النظرية ان المحل التجاري عبارة عن مجموع واقعي من الأموال نشأ من اجتماع بعض العناصر بقصد الاستغلال التجاري دون أن يشكل هذا المجموع ذمة مالية مستقلة عن ذمة مالكة. فهو مال معين ذو طبيعة خاصة منفصل ومستقل عن العناصر المكونة له، وعليه فإنه يخضع لأحكام خاصة تختلف عن الأحكام التي تحكم كل عنصر من عناصره. فأحكام بيع المحل التجاري أو رهنه تختلف عن أحكام بيع أو رهن أحد عناصره كبيع أو رهن المعدات والآلات.

انتقدت هذه النظرية على اعتبار أن المجموع الواقعي ليس له أي مدلول قانوني²⁸.

ثالثاً: نظرية الملكية المعنوية

²⁵ نادية فضيل، المرجع السابق، ص 223

²⁶ علي حسن يونس، المرجع السابق، ص 48

²⁷ تنص الفقرة 1 من المادة 188 مدني: " أموال المدين جميعها ضامنة لوفاء ديونه"

²⁸ علي حسن يونس، المرجع السابق، ص 54 وفي نفس المعنى، نادية فضيل، المرجع السابق، ص 226

نظرا للرأي الراجح الذي يعتبر ان وجود المحل التجاري مرهون بوجود عنصر الاتصال بالعملاء وأن هذا الأخير تتوقف عليه القيمة الاقتصادية للمحل، استقر الفقه الحديث في التمييز بين المحل التجاري باعتباره وحدة مستقلة وبين العناصر المختلفة المكونة له. وعليه يتمتع التاجر بحق الملكية المعنوية تتمثل في الاتصال بالعملاء واحتكار الاستغلال²⁹. تشبه هذه الملكية المعنوية بملكية الملكية الأدبية أو بملكية براءات الاختراع، وهي تتمتع بحماية قانونية من خلال دعوى المنافسة غير المشروعة كما تتم حماية براءة الاختراع من التقليد³⁰.

يتبين أن هذا الرأي أقرب إلى المنطق والتحليل القانوني : **فالمحل التجاري "منقول معنوي مخصص للاستغلال التجاري"**

المبحث الثاني: العمليات الواقعة على المحل التجاري

نظم المشرع بعض التصرفات الواردة على المحل التجاري والتي أهمها البيع والرهن (المطلب الأول) والتسيير الحر (المطلب الثاني)

المطلب الأول: بيع ورهن المحل التجاري

نظم المشرع أحكام بيع المحل التجاري من المواد 79 إلى 117 تجاري إلى جانب الأحكام التي نصت عليها القواعد العامة في القانون المدني (الفرع الأول) كما نظم أحكام رهن المحل التجاري من المواد 118 إلى 122 تجاري (الفرع الثاني) وميّزه عن الرهن الحيازي للأدوات والمعدات الخاصة بالتجهيز من المادة 151 تجاري وما يليها

الفرع الأول: بيع المحل التجاري

تعتبر العمليات الواقعة على المحل التجاري عملا تجاريا بغض النظر القائم بها وذلك بصريح عبارات المادة 2 تجاري حيث تعتبر كل العمليات الواقعة على المحلات التجارية، تجارية بحسب الشكل، وعليه فعقد البيع المحل التجاري يعتبر عملا تجاريا حتى ولو كان المشتري شخصا مدنيا لم يمارس التجارة من قبل، كما يعتبر بيع المحل التجاري عملا تجاريا ولو كان البائع موظفا آل إليه ملكية المحل عن طريق الإرث أو الوصية أو هبة وباعه إلى شخص آخر لم يمارس التجارة من قبل.

نستنتج أن عقد بيع المحل التجاري عملا تجاريا بغض النظر عن صفة أطراف العقد يستوجب التطرق إلى شروطه (أولا) والآثار المترتبة عن هذا العقد (ثانيا)

أولا: شروط عقد بيع المحل التجاري

يشترط لانعقاد بيع المحل التجاري الشروط الموضوعية الواجب توفرها في كل العقود كالرضا والمحل والسبب إلى جانب توفر الأهلية التجارية (أ)، وشروط شكلية كالرسمية والإشهار (ب).

أ-الشروط الموضوعية

²⁹ نادية فضيل، المرجع السابق، ص 226
³⁰ تختلف صور المنافسة غير المشروعة وتتعدد ولا يمكن حصرها، منها أعمال التشويه أو الإساءة إلى سمعة التاجر، الاعتداء على الاسم التجاري أو العلامة التجارية، تحريض عمال المنشأة، تخفيض أسعار السلع لكسر السوق إلى غيرها من الممارسات غير الشرعية بقصد الحاق الضرر على المنافس تستحق التعويض. أنظر تفصيلا في هذا الموضوع، سميحة القليوبي، المرجع السابق، ص 431

-الرضا: يتمثل الرضا في تطابق إرادتي كل من البائع والمشتري³¹ ويجب أن يكون التعبير عن الإرادة صحيحا خاليا من عيوب الإرادة كالغلط والتدليس والإكراه وصادرا عن ذي أهلية.

كما يشترط الرضا بشروط صحته على الوعد بالبيع. فالوعد بالتعاقد هو عقد بمعنى الكلمة ينعقد مثله مثل العقد النهائي تماما، ينشئ حقوقا وواجبات على المتعاقدين، وذلك طبقا لنص المادة 71 مدني حيث تنص بما يلي: " الاتفاق الذي يعد له كلا المتعاقدين أو أحدهما بإبرام عقد معين في المستقبل لا يكون له أثر إلا إذا عينت جميع المسائل الجوهرية للعقد المراد إبرامه، والمدة التي يجب إبرامه فيه..." إلا أنه يتميز عن العقد النهائي من حيث محله المتمثل في التزام أحد المتعاقدين أو كليهما بإبرام العقد النهائي في المستقبل³².

-محل البيع: يقصد بمحل البيع المحل التجاري كوحدة مالية مستقلة عن عناصرها. لا يشترط ان يشمل جميع العناصر لكن من الضروري ان ينصب البيع على عنصر الاتصال بالعملاء والشهرة التجارية. يخضع تعيين محل عقد بيع المحل التجاري للقواعد العامة حيث يجب أن يكون معينا أو قابلا للتعيين ومما يجوز التعامل فيه³³ وأن يكون المبيع مما ينطبق عليه وصف المحل التجاري³⁴

ملاحظة: إذا وقع البيع على البضائع فقط فلا يعدّ بيعا للمحل التجاري. لكن لا يشترط ان ينصب البيع على المحل التجاري بكامله يمكن للبعض منها. لكن لا يعدّ بيعا للمحل التجاري ما لم يشمل المبيع العملاء والشهرة وغيرها من العناصر الجوهرية لوجود المحل التجاري.

كما يجب تحديد الثمن³⁵ الذي هو المقابل الذي اتفق عليه الطرفان. وقد يكون دفع الثمن دفعة واحدة، وقد يكون مؤجلا على شكل أقساط دورية. يتم دفع الثمن مقابل الطرف الآخر في نقل ملكية المحل التجاري إليه. ان اغفال تحديد الثمن يؤدي حتما إلى بطلان العقد لتخلف ركن المحل بالنسبة للمشتري، وتخلف ركن السبب بالنسبة لالتزام البائع. ويعد الثمن من المسائل الجوهرية التي يجب الاتفاق عليها وإلا استحال قيام العقد³⁶.

السبب: السبب هو الغرض المباشر المراد تحقيقه³⁷. يجب أن يكون الغرض من بيع المحل التجاري مشروعاً غير مخالف للنظام العام والأداب طبقا لنص المادة 97 مدني: " إذا التزم المتعاقد لسبب غير مشروع أو لسبب مخالف للنظام العام أو الآداب كان العقد باطلا". كما تقضي القواعد العامة أن كل التزام مفترض أن له سببا مشروعاً، ما لم يتم اثبات غير ذلك. كما يفترض أن السبب المذكور في العقد هو السبب الحقيقي ما لم يتم اثبات عكس ذلك، لكن إذا قام الدليل على صورية السبب، فمن يدعي أن للالتزام سببا آخر مشروعاً أن يثبت ذلك³⁸.

³¹ يتم تطابق الارادتين بعد صدور الایجاب ثم القبول وهو العنصر الرئيسي في العقد، وللايجاب شروط حيث يجب أن يكون محدد ودقيق وبات أما القبول فهو الرد الإيجابي من طرف الموجب له ولا بد ان تتوفر فيه شروط حيث يجب ان يكون القبول مطابقا للإيجاب تطابقا كليا . أنظر تفصيلا في ذلك، علي فيلالي، الالتزامات، النظرية العامة للعقد، موفم للنشر، الجزائر 2013، ص 117 وما بعدها

³² علي فيلالي، المرجع السابق، ص 153 وما بعدها

³³ نادية فضل المرجع السابق، ص 240

³⁴ سميحة القليوبي، المرجع السابق، ص 368

³⁵ طبقا للمادة 351 مدني يكون الثمن مبلغا من النقود

³⁶ علي فيلالي، الالتزامات، المرجع السابق، ص 250

³⁷ علي فيلالي، الالتزامات، المرجع السابق، ص 267 حيث يضيف: " يتمثل السبب للنظرية الحديثة في الباعث أو الدافع للتعاقد، وهو تصور جديد يختلف عن التصور التقليدي"

³⁸ المادة 98 مدني. راجع حكم المحكمة العليا رقم 43098 بين (ب س) و (أ ع) قرار صادر بتاريخ 1987/04/12 ، المجلة القضائية سنة 1990 عدد 4 ص 85-86-87

ثانيا: الشروط الشكلية

تتمثل الشروط الشكلية في الكتابة الرسمية (أ) والإشهار (ب).

أ- الكتابة الرسمية لعقد بيع المحل التجاري

الأصل في المعاملات التجارية حرية الإثبات³⁹ وخروجا عن هذا المبدأ، وسعيا من المشرع الجزائري لأجل إضفاء حماية قانونية خاصة لجماعة الدائنين، فقد أوجب الشكلية الصارمة في بيع المحل التجاري لما لهذا التصرف من خطورة وأهمية في المعاملات التجارية. كما تهدف هذه الإجراءات الشكلية حماية بائع المحل التجاري وذلك عن طريق إقرار ضمانات كافية لاستيفاء الثمن عند تأجيله أو عند إفلاس المشتري.

عرف المشرع العقد الرسمي في المادة 324 مدني على أنه "...عقد يثبت فيه موظف أو ضابط عمومي أو شخص مكلف بخدمة عامة، ما تم لديه أو ما تلقاه من ذوي الشأن وذلك طبقا للأشكال القانونية وفي حدود سلطته واختصاصه". وبناء على هذا التعريف أن للعقد الرسمي ثلاثة شروط : يتعلق الشرط الأول بمحرر العقد، والشرط الثاني بالاختصاص، والشرط الثالث بالأشكال القانونية الواجب اتباعها. وهو من التصرفات الواجب إفراغها في الشكلية الرسمية تحت طائلة البطلان المادة 324 مكرر 1 مدني⁴⁰. تعتبر هذه الشكلية ركن في العقد وإغفالها يؤدي إلى بطلان العقد.

وبالتالي لا يكون إثبات عقد بيع المحل التجاري إلا بالكتابة الرسمية إذ تنص المادة 79 تجاري : "كل بيع اختياري أو وعد بالبيع وبصفة أعم كل تنازل عن محل تجاري.....يجب إثباته بعقد رسمي وإلا كان باطلا". كما نص المشرع على البيانات الإلزامية التي يجب أن يتضمنها العقد المثبت للتنازل وذلك في المادة 79 تجاري تدعيما للالتزام وبناء على تطور وظيفة الشكلية التي أصبح لها دور حمائي رقابي وهي:

- اسم البائع السابق وتاريخ سنده الخاص بالشراء ونوعه وقيمة الشراء بالنسبة للعناصر المعنوية والبضائع والمعدات، يسمح هذا الإجراء على معرفة صفة البائع كونه حائزا لملكية المحل التجاري ملكية قانونية ومشروعة فيطمئن المشتري من أن سبب الملكية صحيح
- قائمة الامتيازات والرهون المترتبة على المحل التجاري، مما تبين الوضعية الحقيقية للمحل حيث يطمئن المشتري انه غير مثقل برهون وغير ذلك مما يعيق الاستغلال الهادئ للمحل التجاري
- ادراج رقم الأعمال التي حققها في كل سنة من سنوات الاستغلال الثلاث الأخيرة او من تاريخ شرائه إذا لم يقم باستغلال منذ أكثر من ثلاث سنوات. يهدف هذا الإجراء إلى توضيح الوضعية الجبائية للمحل فيمكن المشتري على بيئة⁴¹.
- عند الاقتضاء بيان الإيجار وتاريخه ومدته واسم وعنوان المؤجر والمتنازل إليه.

يتبين مدى تشدد المشرع في عقد بيع المحل التجاري حتى أنه أصبح يشبه العقود المدنية في الصرامة الشكلية.

³⁹ المادة 30 تجاري تقر حرية الإثبات في المسائل التجارية حيث تنص على ان كل عقد تجاري يثبت بسندات رسمية أو عرفية، بفاتورة مقبولة، بالرسائل، بالدفاتر التجارية للطرفين، وللمحكمة ان تطلب الاثبات بالبيئة أو بأية وسيلة أخرى إذا رأت وجوب قبولها

⁴⁰ تنص المادة 324 مكرر 1 مدني بما يلي : " ... العقود التي تتضمن نقل ملكية عقار أو حقوق عقارية، أو محلات تجارية أو صناعية أو كل عنصر من عناصرها،..."

⁴¹ ان توقف المحل من الاستغلال لمدة ثلاث سنوات يجعل قيمته الاقتصادية ضعيفة وذلك لغياب عنصر العملاء وإن يعتبر هذا الأخير وجوده حقيقي وليس فعلي.

ب-الإشهار

لم يكتف المشرع بالكتابة الرسمية لبيع المحل التجاري وإنما اشترط شكلية أخرى تتمثل في قيد هذا التصرف خلال خمسة عشر يوما (15) من إبرام العقد طبقا للمادة 83 تجاري. ويقع هذا الالتزام على عاتق مشتري المحل التجاري تحت شكل ملخص أو إعلان في النشرة الرسمية للإعلانات القانونية وفضلا عن ذلك في جريدة مختصة بالإعلانات القانونية في الدائرة أو الولاية التي يستغل فيها المحل التجاري. وبالنسبة للتاجر غير القار أي التاجر المتنقل فإن مكان الاستغلال هو المكان الذي يكون البائع مسجلا فيه بالسجل التجاري.

ويشمل ملخص الإعلانات تحت طائلة البطلان على البيانات التالية⁴²:

- تواريخ ومقادير التحصيل ورقمه
- تاريخ ورقم الإيصال الخاص بالتصريح البسيط
- المكتب الذي تمت فيه هذه العملية
- تاريخ العقد
- اسم ولقب وعنوان كل من المالك الجديد والمالك السابق
- نوع المحل التجاري، مركزه، الثمن المشروط والتكاليف أو التقديرات المستعملة كقاعدة لاستيفاء حقوق التسجيل
- بيان المهلة المحددة للمعارضة واختيار الموطن في دائرة اختصاص المحكمة

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

ثانيا: الآثار المترتبة على بيع المحل التجاري

يترتب على بيع المحل التجاري آثار على البائع (أ) وأخرى على المشتري (ب)

أ-التزامات البائع

يلتزم البائع بنقل ملكية المحل التجاري (1) وتسليمه (2) وبعدم التعرض وعدم المنافسة (3)

1-الالتزام بنقل الملكية

تنتقل ملكية المحل التجاري باعتباره مالا منقولاً معنويا من البائع إلى المشتري بعد الإجراءات الشكلية التي فرضها المشرع. أما عناصر المحل التجاري بمفردها فهي تخضع في انتقال ملكيتها إلى القواعد والإجراءات الخاصة بكل منها، لأن هذه العناصر لا تفقد ذاتيتها بانضمامها على المحل التجاري كوحدة واحدة بل تبقى محتفظة بكل صفاتها المنفصلة تماما عن المحل التجاري⁴³

2-تسليم المحل التجاري

يلتزم بائع المحل التجاري بتسليمه إلى المشتري الجديد. يخضع هذا الالتزام أساسا لقواعد القانون التجاري والقانون المدني. وعلى البائع أن يسلم لمشتري المحل التجاري كل ما تم الاتفاق عليه طبقا للقواعد العامة التي تقضي بأنه يلتزم البائع بتسليم الشيء المبيع في الحالة التي كان عليها وقت البيع⁴⁴.

⁴² الفقرة 2 والفقرة 3 من المادة 83 تجاري

⁴³ سميحة القليوبي، المرجع السابق، ص 372. إذا تضمن بيع المحل التجاري على علامة تجارية فلا تنتقل ملكيتها في مواجهة الغير إذا كانت مسجلة إلا بعد القيام بالإجراءات القانونية لقانون العلامة التجارية

⁴⁴ المادة 364 مدني

يقصد بالتسليم وضع المبيع تحت تصرف المشتري بحيث يتمكن من حيازته والانتفاع به. يتم تسليم المحل التجاري وفق لطبيعة عناصره. تخضع العناصر المادية للأحكام العامة فيكون التسليم بوضعها تحت تصرف المشتري. أما تسليم العناصر المعنوية فيلتزم البائع بتمكين المشتري من كافة البيانات والمستندات لتمكينه من الاتصال بالعملاء قصد الاحتفاظ بهم ومواصلة التعامل معهم⁴⁵ فمثلا تنص الفقرة 2 والفقرة 3 من المادة 82 تجاري على التزام البائع بوضع الدفاتر التجارية تحت تصرف المشتري لمدة ثلاث سنوات (03) من تاريخ البدء في الانتفاع بالمحل التجاري⁴⁶

3-التزام البائع بعدم منافسة المشتري

طبقا للقواعد العامة حيث تنص المادة 371 مدني على أنه: "يضمن البائع عدم التعرض للمشتري في الانتفاع بالمبيع كله أو بعضه سواء كان التعرض من فعله أو من فعل الغير...". وعليه يلتزم البائع بعدم التعرض للمشتري سواء كان التعرض من قبيل الأعمال القانونية كإعادة بيع الحمل التجاري مرة ثانية لشخص آخر أو كان التعرض من قبيل الأعمال المادية كالمنافسة غير المشروعة كأن يقوم بفتح محل تجاري مماثل بجواره مما يؤدي من حرمان المشتري من عنصر العملاء والشهرة التجارية وانخفاض القيمة الاقتصادية للمحل.

ملاحظة: نظرا لتطور الحياة التجارية والعالم بفعل التكنولوجيا واقتصاد المعرفة قد يأخذ مفهوم المنافسة أبعادا أخرى غير المفهوم التقليدي للمنافسة، والموضوع يحتاج الكثير من التحليل إلا أن نظرة المنافسة بالطريقة التقليدية تغير نطاقها إلى نطاق النظام البيئي للأعمال.

غني عن الذكر ان شرط عدم المنافسة يحدد من حيث الزمان ومن حيث المكان فلا يجوز أن يكون عاما ومطلقا⁴⁷.

ب-التزامات المشتري

يرتب عقد البيع في ذمة المشتري التزامين: التزام بالاستلام (1) والالتزام بدفع الثمن (2)

1-الالتزام بالاستلام

يلتزم المشتري باستلام المحل من البائع في الوقت المحدد في العقد فإن لم يوجد مثل هذا الاتفاق فوجب اتباع ما تقتضيه أحكام العرف التجاري في هذا الشأن، وإن لم يوجد عرف تعين على المشتري أن يستلم المتجر بمجرد انعقاده مع مراعاة المدة المحددة لذلك⁴⁸.

2-الالتزام بدفع الثمن

يلتزم المشتري بدفع الثمن المتفق عليه في عقد بيع المحل التجاري. والاتفاق هو الذي يحدد طريقة الوفاء بالثمن إما دفعة واحدة وإما تقسيطه.

⁴⁵ نسرين شريفي، المرجع السابق، ص77
⁴⁶ تنص المادة 82 تجاري : " عند التخلي يوقع البائع والمشتري جميع الدفاتر التجارية التي كان يمسكها البائع والتي يرجع ضبطها إلى السنوات الثلاث السابقة للبيع أو لمدة حيازته للمحل التجاري إذا كانت هذه الحيازة لم تستمر ثلاث سنوات وتكون هذه الدفاتر موضوع قائمة جرد توقع من قبل الأطراف وتسلم نسخة لكل واحد منهم.
وعلى المحيل أن يضع هذه الدفاتر تحت تصرف المشتري لمدة ثلاث سنوات من تاريخ بدء انتفاعه بالمحل التجاري.

ويعتبر لاغيا كل شرط مخالف لما جاء في عقد التنزيل"

⁴⁷ أحمد مجرز، المرجع السابق، ص 215

⁴⁸ سميحة القليوبي، المرجع السابق، ص 382

نصت الأحكام العامة على ضمانات استيفاء ثمن المبيع كالحق في حبس المبيع إذا كان لم يتم تسليم

المحل عند استحقاق الثمن، وطلب الفسخ واسترداد المبيع إذا تم تسليم المحل التجاري للمشتري. وحق امتياز يستطيع استيفاء ثمن المبيع بالأولوية على باقي الدائنين إذا نفذوا على المبيع قبل ان يؤدي المشتري الثمن. أما في حالة إفلاس المشتري قبل دفع الثمن، فجاز للبائع أن يحتج بحقه في الامتياز على جماعة الدائنين استثناء من قواعد الإفلاس وهذا طبقا لنص الفقرة 3 من المادة 97 تجاري حيث تنص بما يلي: " وإذا تم القيد بالطريقة المشار إليها فتكون للمشتري الأولوية ويمكن الاحتجاج به على وكيل التفليسة والتصفية القضائية للمشتري". كما يلتزم المشتري بدفع نفقات العقد⁴⁹

الفرع الثاني: الرهن الحيازي للمحل التجاري

أجاز المشرع في المادة 118 تجاري الرهن الحيازي للمحلات التجارية، ولكن لا يخول هذا الرهن للدائن المرتهن الحق في التنازل له مقابل ما له من ديون وتسديدا لها. فيتعين تناول نطاق الرهن الحيازي للمحل التجاري (أولا) وشروطه (ثانيا)

أولا: نطاق الرهن الحيازي للمحل التجاري

نص المشرع في الفقرة 1 من المادة 119 تجاري العناصر التي يشملها الرهن الحيازي للمحل التجاري

وهي: عنوان المحل، الاسم التجاري، الحق في الايجار، الاتصال بالعملاء والشهرة، المعدات والآلات التي تستخدم في استغلال المحل، براءات الاختراع، الرخص والعلامات الصناعية والتجارية، الرسوم والنماذج الصناعية، وبوجه عام حقوق الملكية الصناعية والأدبية أو الفنية المرتبطة به.

ان الرهن الحيازي للمحل التجاري والرهن الحيازي للأدوات والمعدات الخاصة بالتجهيزات المشار إليها في المادتين 118 و 151 تجاري لا تقتضيان تسليم المال المرهون للدائن أو للغير بل يبقى بحوزة المدين وهذا خلافا للقواعد العامة في القانون المدني. وتجدر الإشارة أنه يعبر عن الرهن الحيازي في القانون المدني باللغة الفرنسية بـ gage بينما يعبر عن الرهن الحيازي للمحل التجاري باللغة الفرنسية بـ nantissement du fonds de commerce، والمقصود بـ nantissement هو رهن المنقولات مع إبقائها بحوزة المدين أما المقصود بعبارة gage هو رهن منقول مع تسليمه للدائن أو للغير⁵⁰.

يبين المشرع مجال الرهن الحيازي للمحل التجاري، حيث أجاز رهن العناصر المعنوية والمعدات والآلات دون البضائع كونها قابلة للتداول فلا يمكن إلزام التاجر بتجميدها لضمان حق الدائن المرتهن والسماح بذلك للتاجر مواصلة نشاطه التجاري وتمكينه من تسديد ديونه⁵¹. لكن إذا لم يعين في العقد صراحة وعلى وجه الدقة ما يتناوله الرهن فإنه لا يكون شاملا إلا العنوان والاسم التجاري والزبائن والشهرة التجارية أما إذا كان للمحل التجاري فروع فيجب تعيين مركزها على وجه الدقة⁵²

ثانيا: شروط إنشاء الرهن الحيازي للمحل التجاري

⁴⁹ المدة 393 مني التي تنص على ما يلي : "ن نفقات التسجيل والطابع ورسوم الإعلان العقاري، والتوثيق وغيرها تكون على المشتري ما لم تكن هناك نصوص قانونية تقضي بغير ذلك".

⁵⁰ علي فيلالي، نظرية الحق، موفم للنشر، 2011، ص 126.

تناول المشرع الرهن الحيازي للأدوات والمعدات الخاصة بالتجهيز من المادة 151 إلى 168 تجاري

⁵¹ نسرين شريفي، المرجع السابق، ص 80

⁵² الفقرتين 3 و 4 من المادة 119 تجاري

يشترط لإنشاء الرهن الحيازي أن يكون المدين مالكا للمحل التجاري المرهون، وأهلا للتصرف فيه⁵³. يخضع عقد الرهن الحيازي للمحل التجاري للشروط الموضوعية للعقد إلى جانب الإجراءات الشكلية حيث اشترط المشرع الرسمية، مع وجوب قيد الرهن بالسجل العمومي الذي يمسكه المركز الوطني للسجل التجاري لتقرير مرتبة الامتياز⁵⁴. أما إذا كان للمحل التجاري فروع يتم القيد بنفس الإجراءات بالمركز الوطني الذي يقع بدائرتها كل فرع من فروع المحل التجاري التي شملها الرهن الحيازي.

حددت المادة 121 تجاري مدة ثلاثين يوما للقيام وجوبا بالقيد وذلك من تاريخ العقد التأسيسي وإلا كان عقد الرهن باطلا، ويجوز لكل ذي مصلحة أن يتمسك بهذا البطلان ولو كان المدين نفسه. كما حددت المادة 122 تجاري مرتبة امتياز الدائنين المرتهنين فيما بينهم على حسب ترتيب تاريخ قيودهم، وتكون للدائنين المرتهنين المقيدون في نفس اليوم مرتبة واحدة متساوية⁵⁵.

المطلب الثاني: التسيير الحر للمحل التجاري

يعتبر التسيير الحر للمحل التجاري حديث النشأة جاء نتيجة لتطور الحياة التجارية وتطور الفكر القانوني حيث استقرت في الأذهان إمكانية فصل ملكية جدران (المكان) عن ملكية القاعدة التجارية فتكون الملكية لشخص المالك للمحل التجاري والاستغلال لشخص آخر كما هو الحال في العقار حيث يمكن لمالك العقار أن يؤجر عقاره مع احتفاظه بالملكية. لهذا يتعين معرفة مفهوم عقد التسيير الحر للمحل التجاري (الفرع الأول) وشروطه (الفرع الثاني) وآثاره (الفرع الثالث)

الفرع الأول: تحديد مفهوم عقد التسيير الحر للمحل التجاري

يتعين تعريف عقد التسيير الحر (أولا) وأسباب ظهوره (ثانيا)

أولا: تعريف عقد تأجير التسيير (التسيير الحر)

نظم المشرع التجاري أحكام عقد التسيير الحر للمحل التجاري في الباب الثالث من الكتاب الثاني تحت عنوان "التسيير الحر- تأجير التسيير" من المواد 203 إلى 214. لم يعرف المشرع عقد التسيير الحر إنما اكتفى بإعطاء مجموعة من الأحكام تنظمه والتي يمكن من خلالها تعريفه حيث نصت المادة 203 فقرة 1 تجاري بما يلي: " ... كل عقد أو اتفاق يتنازل بواسطتهما المالك أو المستغل لمحل تجاري عن كل أو جزء من التأجير لمسير بقصد استغلاله على عهده".

حاول الفقه إعطاء تعريفا للتسيير الحر للمحل التجاري على أنه "عقد يخول للمستأجر حق انتفاع طول مدة الايجار بعناصر المحل التجاري وإدارتها باسمه ولحسابه مقابل أجره يدفعها لملك المحل التجاري مؤجر الاستغلال"⁵⁶. ومن يعرفه بأنه "العقد الذي بموجبه يستأجر مدير مؤسسة لأجل استثمارها لحسابه الخاص ويتحمل أعباء هذا الاستغلال، في حين أن صاحب المؤسسة الذي أجرها لا يكون ملزما بتعهدات

⁵³ أحمد محرز، المرجع السابق، ص 231

⁵⁴ تنص المادة 120 تجاري بما يلي: "يثبت الرهن الحيازي بعقد رسمي، ويتقرر وجود الامتياز المترتب عن الرهن بمجرد قيده بالسجل العمومي الذي يمسك المركز الوطني للسجل التجاري الذي يستغل في نطاق دائرة المحل التجاري، ويجب إتمام نفس الإجراءات بالمركز الوطني للسجل الوطني الذي يقع بدائرتها كل فرع من فروع المحل التجاري التي شملها الرهن الحيازي"

⁵⁵ تنص المادة 122 تجاري بما يلي: "يجري ترتيب الدائنين المرتهنين فيما بينهم على حسب ترتيب تاريخ قيودهم. وتكون للدائنين المرتهنين المقيدون في يوم واحد رتبة واحدة متساوية".

⁵⁶ محمد حسنين، الوجيز في الملكية الفكرية، الجزائر، 1985، ص 258

المدير، وسيُسمى بعقد التسيير الحر بالنظر إلى الحرية التامة التي يتمتع بها المسير المستأجر، إذ لا رقابة أو إشراف عليه من قبل مالك المؤسسة⁵⁷

نشأ عقد التسيير الحر في التشريع الفرنسي وعرفه في الفقرة 1 من المادة 1 من قانون رقم 277-56 الصادر بتاريخ 20 مارس 1956 بأنه كل عقد أو اتفاق، يتنازل بواسطته المالك أو مستغل المحل تجاري، كلياً أو جزئياً للتأجير لمسير الذي يستغله متحملاً كل مخاطر المشروع⁵⁸. لكن اختلف الفقه الفرنسي حول مصطلح التسيير الحر وانتقد بشدة كلمة تسيير gérance الذي تحمل فكرة الشخص الذي وضعه المالك لإدارة المشروع ولهذا من اقترح مصطلح تأجير location أي location gérance بدلاً من تسيير حر gérance libre والذي يميّزه عن عقد الإدارة بأجرة gérance salariée⁵⁹. في حقيقة الأمر يرجع هذا الاختلاف في المصطلحات إلى الاختلاف في التكيف القانوني لهذا العقد.

ثانياً: أسباب ظهور عقد التسيير الحر

تنقسم أسباب ظهور عقد التسيير الحر إلى أسباب متعلقة بشخص المؤجر (أ) و أسباب متعلقة بالمحل التجاري (ب)

أ- أسباب متعلقة بالشخص المؤجر

تتنوع الأسباب التي تتعلق بمؤجر المحل لظهور هذا النوع من العقود⁶⁰:

- حالة عجز التاجر عن ممارسة التجارة (كالمرض، الوفاة، الغياب، الاعتزال...)

- حالة تفادي إعلان إفلاس التاجر حيث قد يرى الوكيل المتصرف القضائي أن من مصلحة الدائنين تأجير المحل التجاري إلى الغير لاستثمار محله عن طريق عقد التسيير الحر.

أما بالنسبة لمستأجر الاستغلال فيتيح له عقد التسيير الحر فرصة للدخول في الحياة التجارية. كما يمثل أفضل وسيلة للأشخاص المفكرين لرؤوس الأموال ورغبتهم في ممارسة التجارة وتحسين وضعيتهم الاجتماعية⁶¹.

ب- أسباب متعلقة بالمحل التجاري

- حالة تعدد المحلات التجارية حيث قد تقضي مصلحة مالك المحل التجاري الذي يملك محلات متعددة تأجير كلها أو بعضها ويعهد استغلالها لمسير حر.

- حالة الوعد ببيع المحل التجاري حيث يتمكّن الموعود له استغلال المحل الموعود ببيعه دون أن تخرج ملكية المحل من ماله، فيكون عقد إيجار التسيير العلاقة القانونية الأنسب لهذه الفترة الانتقالية.

⁵⁷ إلياس ناصيف، المؤسسة التجارية، ج1، الطبعة الثانية، بيروت، لبنان، 1985، ص 115

⁵⁸ Art 2 al 1 de la loi n°56-277 : « Tout contrat ou convention par lequel le propriétaire ou l'exploitant d'un fonds de commerce ou d'un établissement artisanal en concède totalement ou partiellement la location à un gérant qui l'exploite à ses risques et périls »

⁵⁹ Brun, Les fonds de commerce mis en gérance-libre, thèse doctorat, université de Paris, 1949, p 19 : « En effet, le mot gérant désignant avant tout la personne placée par le propriétaire, le terme n'a pas u tout le même sens. Il s'attache à une personne qui gère effectivement le fonds de commerce, mais pour son compte de commerce comme le ferait le propriétaire lui-même »

⁶⁰ Jauffret (A), Lagarde (G), Hamel (J), Traité élémentaire de droit commercial, tome III, Paris, 1966, p 190, n°1103

⁶¹ Jauffret (A), Lagarde (G), Hamel (J), Idem

-حالة ملكية المحل التجاري على الشيوع في حالة ما إذا آل المحل التجاري إلى مجموعة من الورثة ولم يتم تقسيمه عينا، باعتباره منقولاً معنوياً غير قابل للتجزئة من الناحية العملية، ولتفادي النزاع الذي قد يحدث بين الورثة، مما يؤدي إلى توقيف نشاط المحل التجاري، ورغبة من الشركاء لاستمرار نشاطه يتم اللجوء إلى إيجار التسيير والحصول على بدل الإيجار يقسم فيما بينهم.

الفرع الثاني: شروط عقد التسيير الحر

تنقسم شروط إبرام عقد التسيير الحر إلى شروط موضوعية (أولاً) وشروط شكلية (ثانياً).

أولاً: الشروط الموضوعية لعقد التسيير الحر

تنقسم الشروط الموضوعية لعقد التسيير الحر إلى شروط موضوعية عامة الواجب توفرها في العقود طبقاً للقواعد العامة والمتمثلة في الرضا والأهلية، المحل، والسبب (أ) أما الشروط الموضوعية الخاصة⁶² فهي الشروط الواجب توفرها في عقد التسيير الحر (ب).

أ-الشروط الموضوعية العامة

تتمثل الشروط الموضوعية العامة في الرضا مقترن بالأهلية التجارية لطرفي العقد. ويجب أن تكون الإرادة صحيحة خالية من عيوب الإرادة الغلط، التدليس، الإكراه والاستغلال⁶³ وموانعها كالعائبات أو المفقود. وإلى جانب صحة الإرادة يجب أن تصدر من ذي أهلية التي نصت عليها المادة 40 مدني بجانب شروط ممارسة التجارة المنصوص عليها في القانون التجاري.

أما محل عقد التسيير حر للمحل التجاري فإلى جانب الشروط الموضوعية التي نصت عليها الأحكام العامة التي تناولها المشرع المدني من المواد 92 إلى 98 حيث يجب أن يكون مما يجوز التعامل فيه، وأن يكون معيناً أو قابلاً للتعيين ويشمل تعيين ملحقاتها، وأن يكون موجوداً أو قابلاً للوجود، يضاف إلى هذه الشروط شرطاً آخر تستلزمه طبيعة عقد الإيجار وهو أن يكون الشيء محل الإيجار غير قابل للاستهلاك حتى يمكن رده بذاته⁶⁴ أن الأشياء القابلة للاستغلال تتبع العين المؤجرة بحيث يؤجر مالك المحل بما فيه من آلات لازمة لاستغلال النشاط التجاري أو ما به من بضائع ومواد خام على أن يعوض المستأجر برد مثلها⁶⁵.

⁶² في الأصل على الشروط الموضوعية الخاصة قانون 20 مارس 1956 الفرنسي الذي استقى منه المشرع الجزائري أحكامه

⁶³ الغلط هو حالة نفسية تحمل على توهم الواقع وقد يقع الوقائع *erreur de fait* وقد يقع في القانون *erreur de droit* وقد يكون الغلط فردياً أو غلط مشتركاً. نصت عليه المادة 82 مدني وهو سبب لإبطال. أما العقد التدليس فهو حالة يستعمل أحد المتعاقدين طرق احتيالية ليظل المتعاقد الآخر ويحملة على التعاقد. نصت عليه المادة 86 مدني أما الإكراه فحالة ضغط تتأثر به إرادة الشخص حيث يولد فيه هيبه تدفعه للتعاقد. نصت عليه المادة 88. والاستغلال هي حالة تكون التزامات أحد المتعاقدين متفاوتة كثيراً في النسبة ما حصل عليه هذا التعاقد من فائدة بموجب العقد أو مع التزامات المتعاقد الآخر واستغل فيه المتعاقد الآخر ما غلب عليه من طيش أو هوى.... إلخ. نصت عليه المادة 90 مدني

⁶⁴ سميحة القليوبي، القانون التجاري، دار الثقافة العربية، مصر 1976، ص 28

⁶⁵ محمد عبد الرزاق أحمد السنهاوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء السادس، المجلد الأول، (الإيجار والعارية) دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، ص 199، 132. وسليمان مرقس، عقد الإيجار دون ذكر دار النشر، مصر 1985 ص 84 حيث يرى تطبيقاً للقواعد العامة فإن محل الإيجار مزدوج حيث أن عقد الإيجار من العقود الملزمة للجانبين يترتب عنه الالتزامات متبادلة وأهم التزامات المؤجر هو تمكين المستأجر من الانتفاع بالعين المؤجرة وأم التزامات المستأجر هو دفع الأجرة.

الجدير بالذكر انه اختلف الفقه حول محل عقد التسيير الحر للمحل التجاري هل هو العين المؤجرة أم منفعتها⁶⁶؟

يجب أن يقع محل الإيجار على المحل التجاري وإلا انقلب إلى إيجار بسيط للأماكن. ولهذا حدد المشرع التجاري الشروط الخاصة للعقد الواقع على المحل التجاري لوضع حدا للجدل الذي وقع حول الوقت الذي يوجد فيه المحل كمنقول معنوي وليس مجرد مكان وهذا ما أكدته القضاء الجزائي في قرار المحكمة العليا الصادر في 1986/10/25 حيث اعتبرت أنه: " عقد إيجار تسيير إذا كان المستأجر مالكا للقاعدة التجارية، فمتى كان الأمر كذلك نكون أمام عقد إيجار بسيط للأماكن وليس بإيجار تسيير حر لأصل تجاري أنشأه المؤجر مالك المحل⁶⁷.

وعليه لتحديد طبيعة العقد على أنه عقد تسيير حر وليس عقد إيجار الأماكن يجب تحديد مالك القاعدة التجارية أي الذي أنشأ المحل التجاري وعنصر الاتصال بالعملاء. أما السبب لعقد التسيير الحر فطبقا للقواعد العامة يجب أن يكون مشروعا غير مخالف للنظام العام والآداب.

ب- الشروط الموضوعية الخاصة

تتمثل الشروط الموضوعية الخاصة لعقد التسيير الحر أنه قائم على الاعتبار الشخصي من جهة المستأجر (1) إلى جانب الشروط التي نصت عليها المادة 205 تجاري (2) وإلى استثناءات على شروطها (3)

1- الاعتبار الشخصي *intuitu personae*

يقوم عقد التسيير حر على الاعتبار الشخصي⁶⁸ من جهة مستأجر الاستغلال، فعند إبرام عقد التسيير الحر يركز المؤجر مالك المحل التجاري أساسا على المؤهلات المهنية لشخص المستأجر لضمان بقاء واستمرار قيمة محله الاقتصادية⁶⁹. وعليه فلا يجوز لمستأجر استغلال المحل التجاري التنازل للغير عن حقه في الاستغلال إلا بموافقة مؤجر المحل التجاري والغلط في شخص المستأجر سببا لإبطال العقد. فمالك المحل التجاري اختار المستأجر بناء على معايير تضمن له المحافظة على عناصر محله وخاصة عنصر الاتصال بالعملاء⁷⁰.

2- شروط المادة 205 تجاري

إلى جانب الاعتبار الشخصي في شخص المستأجر نص المشرع في المادة 205 تجاري على شروط إلزامية تخص مؤجر المحل التجاري سواء كان شخص طبيعيا أو معنويا وهي:

⁶⁶ عبد الناصر توفيق العطار، شرح أحكام الإيجار، الطبعة 6، دون ذكر دار النشر، مصر، 1962، ص70
⁶⁷ قرار المحكمة العليا رقم 339953 الصادر بتاريخ 1986/10/25، المجلة القضائية، عدد 2 سنة 1989، ص 136 - 137. الجدير بالملاحظة ان المحكمة العليا استعملت مصطلح "القاعدة التجارية" لتمييزه عن المتجر كجدران ولم تنقيد بمصطلح المشرع "المحل التجاري" وهذا ما يسبب فوضى قانونية مما يجعل حتمية توحيد المصطلحات القانونية لأن المصطلح له مفهوم واحد يترتب عنه آثارا قانونية.

⁶⁸ تعليق ريبير لحكم محكمة Aix-en-Provence الصادر في 27 أبريل 1995 حيث تم بطلان عقد تسيير حر قامت به مستأجرة الاستغلال لصالح سيدة لم تتوفر فيها المؤهلات التي كانت في المستأجرة الأصلية التي على أساسها أجرت لها شركة "الموضة والروائح" التي اشتغلت معها مدة سمحت لها اكتساب مهارة احترافية في هذا الميدان وهذا غير موجود في المستأجرة الثانية، وبناء على قيام العقد على الاعتبار الشخصي فتم بطلان العقد لصالح الشركة. دالوز 1950 ص686

⁶⁹ RTDC 1950 , p 209, n°10, observation Jauffret

⁷⁰ علي حسن يونس، المحل التجاري، دار الفكر العربي، مصر، 1974، ص 326

■ ممارسة التجارة أو امتهان الحرفة لمدة خمس سنوات، أو ممارسة لنفس المدة أعمال مسير أو مدير تجاري أو تقني

■ استغلال لمدة سنتين على الأقل المحل الخاص بالتسيير

📌 **ملاحظة:** لا تضاف مدة السنتين للاستغلال الشخصي أو بواسطة مساعد على مدة خمس سنوات لممارسة النشاط التجاري، بل تحسب ضمن مدة خمس سنوات، ولا يهم أن تكون هذه المدة مباشرة قبل التأجير، فإلى جانب مدة السنتين يمكن له أن يؤجر محله أن بصفة متتالية لعدة مستأجرين⁷¹

3-الاستثناءات الواردة على مدة خمس سنوات

نص المشرع على استثناءات جوازيه واستثناءات إجبارية

● الاستثناءات الجوازية

أجازت المادة 206 تجاري أن تلغى أو تخفض المهلة خمس سنوات بموجب أمر من رئيس المحكمة وذلك بناء على مجرد طلب من المعني بالأمر وبعد الاستماع إلى النيابة العامة، خاصة إذا ثبت بأنه يعذر عليه استغلال محله التجاري شخصيا أو بواسطة مساعدين له.

الجدير بالذكر ان مسالة تقدير الاستحالة تبقى مسالة واقع⁷². كلما ثبت مالك المحل التجاري المؤجر استحالة ممارسة نشاطه التجاري شخصيا أو بواسطة مساعد له للقاضي السلطة التقديرية في تخفيف أو في إلغاء المدة بحسب ظروف الحال

● الاستثناءات الاجبارية

أستثنى المشرع في المادة 207 تجاري من شرط مدة خمس سنوات من ممارسة التجارة شخصيا أو بواسطة مساعد بصفة وجوبية الأشخاص التالية: الأشخاص المعنوية العامة كالدولة، الولايات والبلديات والمؤسسات العمومية، المؤسسات المالية، والأشخاص الطبيعية المحجور عليهم والمعتوهين المحجور عليهم أو الأشخاص الذين يعين لهم وصي قضائي وذلك فيما يتعلق بالمحل التجاري الذي كانوا يملكونه قبل فقدانهم الأهلية. الورثة والموصى لهم من تاجر أو من حرفي متوفى والمستفيدين أيضا من القسمة وذلك فيما يتعلق بالمحل التجاري المنتقل إليهم، مؤجر المحل التجاري إذا كان تأجير التسيير يهدف أصلا إلى ضمان تصريف المنتجات المجزأة المصنوعة أو المزروعة من طرفه بموجب عقد احتكار.

حدد المشرع على سبيل الحصر الأشخاص الذين استثنوا من شرط المادة 205 تجاري وهي مطلقة بقوة القانون كما حددهم أيضا في المادة 210 تجاري التي تقضي بما يلي: " لا تسري أحكام المواد 205 و206 و209 على عقود التسيير المبرمة بين الوكلاء القضائيين المكلفين تحت أي عنوان كان بإدارة محل التجاري بشرط أن يرخص لهم لأغراض هذه العقود من السلطة التي أسندت لهم الوكالة وأن يتمموا إجراءات النشر ...".

📌 **ملاحظة:** لم يتصف المشرع بالدقة في استعمال المصطلحات لتنظيم أحكام عقد التسيير الحر حيث يستعمل تارة مصطلح "متجر" في المادة 205 تجاري للدلالة على المحل التجاري ونحن نعلم أن المتجر يشير إلى المكان le local. كما أنه يستعمل مصطلح عقد التسيير في المادة 2/208

⁷¹ Eismen, La location-gérance des fonds de commerce et établissements artisanaux, Gazette du palais (Gaz-Pal), 1956, 1, p42

⁷² راجع حكم محكمة Grenoble الفرنسية الصادر في 17 مارس 1965 حيث منح القاضي الإذن لتجارة بتأجير التسيير نظرا لحالتها الصحية التي منعتها من ممارسة النشاط التجاري J.C.P 65.II.14199

تجاري وعقد التأجير في المادة 209 تجاري، وهذا ما يؤدي إلى فوضى قانونية وخلق لبس في ذهن المخاطب بالقاعدة القانونية، كما أن ذلك يوحى إلى صعوبة تحديد مفهوم المحل التجاري وتمييزه عن المتجر. القانون لا يعرف المترادفات فمصطلح واحد له مفهوم واحد يترتب عنه الآثار القانونية، وبالتالي تغيير المصطلح يعني تغيير المفهوم يعني تغيير الآثار القانونية المترتبة عنه.

ثانياً: الشروط الشكلية

يعتبر عقد التسيير الحر من العقود الشكلية تشترط الرسمية (أ) والإشهار (ب)

أ- الكتابة الرسمية

طبقاً لنص المادة 203 تجاري يعتبر عقد التسيير الحر عقداً رسمياً حيث جاء في الفقرة 4 من هذه المادة ما يلي: "ويحرر كل عقد تسيير حر في شكل رسمي..." وكذلك المادة 79 تجاري التي تقضي بـ "...كل تنازل عن محل تجاري.... يجب إثباته بعقد رسمي وإلا كان باطلاً". فيشترط في عقد التسيير الحر أن يفرغ في شكل رسمي تحت طائلة بطلانه.

توفر الرسمية حماية للمؤجر وللمستأجر حيث تسمح لمالك المحل التجاري أن يثبت طبيعة عقده كما تمكن للمسير الحر أن يواجه من آلت إليه ملكية المحل التجاري.

ب- الإشهار

اشترط المشرع إلى جانب الرسمية القانونية في الفقرة 4 من المادة 205 تجاري على شهر عقد التسيير الحر في النشرة الرسمية للإعلانات القانونية خلال مدة خمسة عشر يوماً من تاريخ إبرام العقد على شكل مستخرج أو إعلام، وفضلاً على ذلك في جريدة مختصة بالإعلانات القانونية⁷³. يتبين أن هذا الإجراء الأخير أقل أهمية حيث لم يحدد له المشرع مدة معينة⁷⁴.

كما يتم إشهار عقد التسيير الحر أثناء سريانه حيث تقضي المادة 204 تجاري على التزام المستأجر على أن يشير في عناوين فواتيره ورسائله وطلبات البلعة والوثائق المصرفية والتعريفات أو النشرات وكذلك في عناوين جميع الأوراق الموقعة من طرفه أو باسمه رقم تسجيله في السجل التجاري ومقر المحكمة التي سجل لديها وصفته كمستأجر مسير للمحل التجاري زيادة على الاسم والصفة والعنوان ورقم التسجيل التجاري لمؤجر المحل التجاري.

يتم النشر بمقابل رسوم معينة (حقوق نشر) تحدد بموجب قرار من الوزير المكلف بالتجارة. وتتم إجراءات النشر عن طريق التقدم إلى الفرع المحلي للسجل التجاري متواجد على مستوى كل ولاية، من أجل تقديم المعلومات موضوع النشر مع دفع رسوم النشر المتعلقة بها، وتختلف هذه الرسوم حسب حجم الإعلان وعدد السطور المتكون منها. ويمكن إدراجها بالطريقة الإلكترونية

⁷³ النشرة الرسمية للإعلانات القانونية BOAL، عبارة عن جريدة رسمية للإعلانات القانونية يصدرها المركز الوطني للسجل التجاري CNRC من أجل نشر كل المعلومات ذات طابع رسمي والتي يلزم القانون صاحبها بالنشر. وذلك لإعلام المتعاملين الاقتصاديين عن التغيرات التي طرأت عن إحالة القانونية للتجار والشركات التجارية.

⁷⁴ www.compta-213.com موضوع شامل خاص بالإعلانات القانونية الخاص بالسجل التجاري نشر في 26 ديسمبر 2021 تنص الفقرة 4 من المادة 205 تجاري بما يلي: "ويحرر كل عقد تسيير حر في شكل رسمي وينشر خلال خمسة عشر يوماً من تاريخه على شكل مستخرج أو إعلام في النشرة الرسمية للإعلانات القانونية وفضلاً عن ذلك في جريدة مختصة بالإعلانات القانونية".

وفي حالة عدم الامتثال لإجراءات النشر يتم فرض غرامات تتراوح بين 30.000 و 300.000 دينار جزائري مع إمكانية التسجيل في البطاقة الوطنية لمرتكبي أعمال الغش والمخالفات الخطيرة liste de fraudeurs التي بموجبها يتم حرمان المخالف من الامتيازات الجبائية والجمركية المتعلقة بتطوير الاستثمار ، الاستبعاد من المناقصات في الصفقات العمومية وكذا الاستبعاد في عمليات التجارة الخارجية⁷⁵ كما ينتهي تأجير التسيير بنفس الإجراءات التي تم بها النشر.

الفرع الثالث: آثار عقد التسيير الحر على طرفي العقد

يترتب على عقد التسيير الحر التزامات على عاتق المؤجر مالك المحل التجاري (أولا) وعلى المستأجر المسير الحر (ثانيا)

أولاً: التزامات مالك المحل التجاري المؤجر

يلتزم مالك المحل بالتسليم (أ) والمسؤولية التضامنية مع مستأجر المحل طيلة مدة ستة أشهر (ب)

أ-الالتزام بالتسليم (المحل وعنصر الاتصال بالعملاء)

يلتزم مؤجر المحل التجاري بتسليم المحل التجاري محل عقد التسيير كما تم الاتفاق عليه فيضع تحت تصرف المستأجر كل عناصر المحل التجاري⁷⁶. يسري على الالتزام بتسليم العين المؤجرة ما يسري من أحكام في تسليم المبيع⁷⁷. وعليه يجب وضع الشيء المؤجر تحت تصرف المؤجر وضعا يتمكن معه من حيازته والانتفاع به دون عائق مع إعلام المستأجر بهذا الوضع⁷⁸.

تتم معاينة الأماكن وجاهيا بموجب محضر أو بيان وصفي يلحق بعقد الإيجار وعند غياب هذا الإجراء يتم تسليم العين المؤجرة دون محضر أو بيان وصفي، يفترض في المستأجر أنه تسلمها في حالة حسنة ما لم يثبت العكس⁷⁹.

غني عن الذكر أن التسليم يقع على الشيء ذاته، فلا يجوز تسليم شيء آخر في مكانه وإن كان له مواصفات أحسن تطبيقا للقواعد العامة في البيع والإيجار. أما إذا تسلم العين المؤجرة في حالة لا تكون فيها صالحة للاستعمال مما يؤثر الاستغلال يجوز للمستأجر طلب فسخ العقد أو إنقاص بدل الإيجار بقدر ما نقص من الاستعمال مع التعويض عن الضرر في الحالتين إذا اقتضى الأمر ذلك.

⁷⁵ المرسوم التنفيذي رقم 16- 136 المؤرخ 17 رجب عام 1437 الموافق في 25 أبريل 2016 ج ر رقم 27 / 2016 يحدد بكيفيات ومصاريف إدراج الإشهارات القانونية في النشرة الرسمية للإعلانات القانونية، ألغت المادة 6 منه احكام المرسوم التنفيذي الصادر في فيفري 1992 المتعلق بالنشرة الرسمية للإعلانات القانونية.

⁷⁶ تنص الفقرة 1 من المادة 476 مدني: يلتزم المؤجر بتسليم العين المؤجرة للمستأجر في حالة تصلح للاستعمال المعد لها تبعا لاتفاق الطرفين. تقابل المادة 1720 مدني فرنسي حيث تنص بما يلي:

« Le bailleur est tenu de délivrer la chose en bon état de réparation de toute espèce »

الجدير بالذكر في عقد التسيير الحر يُطلق على مؤجر التسيير باللغة الفرنسية مصطلح le loueur تمييزا له من المؤجر للأماكن الذي يطلق عليه مصطلح le bailleur ومصطلح le local بالنسبة للمكان أي الجدران، ومصطلح fonds de commerce للمحل التجاري باعتباره منقول معنوي، وهذه الدقة في المصطلحات غير موجودة عند صياغة أحكام عقد التسيير الحر للمحل التجاري

⁷⁷ تنص المادة 478 مدني بما يلي: " يسري الالتزام بتسليم العين المؤجرة ما يسري على الالتزام بتسليم المبيع من أحكام، خاصة ما تعلق منها بتاريخ ومكان تسليم الشيء المؤجر "

⁷⁸ سليمان مرقس، المرجع السابق، ص 280

⁷⁹ الفقرتان 3/2 من المادة 476 مدني

كما على المؤجر تسليم ملحقات العين المؤجرة⁸⁰ والأصل أن يتم تحديدها، لكن تخضع المسألة للعرف الجاري وطبيعة الأشياء لتعيين ما يعتبر من الملحقات. لا تقتصر ملحقات العين على الأشياء المادية التي تكملها أو تتبعها بل تشمل كذلك الحقوق الثابتة لمالك العين⁸¹.

🚩 السؤال المطروح في هذا الصدد: كيف يتم تسليم عنصر الاتصال بالعملاء؟

مبدئياً يتم تسليم عنصر الاتصال بالعملاء بتمكين المستأجر الاطلاع على ما يمكن له من خلاله العرف بالعملاء كتقديم له البيانات، المراسلات، طريقة التعامل معهم، الامتيازات الخاصة بهم ، تسهيلات الدفع كل ما يمكن الاحتفاظ بالعملاء. لكن تسليم عنصر الاتصال بالعملاء لا يصل إلى درجة تزكية المستأجر شخصياً لدى العملاء إلا أنه من مصلحة المؤجر القيام بكل ما يساعد مستأجر الاستغلال لما لهذا العقد من أهمية على مستقبل المحل التجاري.

إذا كان المحل التجاري المؤجر استغلاله مقهى أو مطعم لا يكون التسليم حقيقي إلا إذا شمل الرخصة التي تسمح بهذا الاستغلال وتحوّل باسم المستأجر التي يلتزم بردها عند نهاية الإيجار. أما بالنسبة لبراءة الاختراع فلا يكون التسليم إلا بعد علم المستأجر بأسرار هذا الاختراع ووضعه تحت تصرف المستأجر. لكن لا يعني هذا أنه يتسلم صك البراءة المثبت له لأنه ملك للمالك فقط.

إذا لم يتم المؤجر بالتزاماته تجاه مستأجر الاستغلال فله الحق في طلب التنفيذ العيني أو فسخ العقد وفوق ذلك التعويض عما أصابه من ضرر بسبب إخلال المؤجر بالتزامه بالتسليم إلا إذا كان سبب عدم التنفيذ راجع للسبب الأجنبي كالقوة القاهرة.

ب- التعديل أو الشطب من السجل التجاري والمسؤولية التضامنية

يلتزم مؤجر المحل التجاري أن يعدل أو يشطب من السجل التجاري عند إبرامه عقد تسيير حر حيث لم يعد يباشر الاستغلال باسمه ولحسابه، ويشير بأنه مؤجر التسيير لمحله ليظهر لدى الغير أنه تنازل عن استغلال المحل لحساب المستأجر للتسيير الحر. يكتسي هذا الإجراء أهمية بالغة خاصة في إعلام الغير أنه لم يعد هو المستغل للمحل التجاري، ولهذا قرّر المشرع في المادة 209 تجاري على المسؤولية التضامنية مع مستأجر التسيير عن الديون التي يعقدها هذا الأخير بمناسبة استغلال المحل التجاري وذلك لغاية نشر عقد التسيير وطيلة مدة 6 أشهر من تاريخ النشر.

تقع المسؤولية التضامنية بالنسبة للديون التي نشأت بمناسبة الاستغلال التجاري ولمواجهة ضرورة الاستغلال وفي نطاق هذا الاستغلال. اعتبر الفقه الفرنسي أن الديون التي تدخل في مجال المسؤولية التضامنية تشمل كل الديون التعاقدية مثل ديون الضمان الاجتماعي والديون الناشئة من المسؤولية التقصيرية طالما هي مرتبطة بالاستغلال التجاري⁸²

أما عند انقضاء عقد التسيير تصبح ديون الاستغلال طبقاً للمادة 211 واجبة الوفاء فوراً حيث تنص : " إن انتهاء تأجير التسيير يجعل الديون التي قام بعقدها المستأجر المسير طيلة مدة التسيير والخاصة باستغلال المحل التجاري أو المؤسسة الحرفية حالة الوفاء فوراً".

⁸⁰ ملحقات العين هي كل شيء أعد بصفة دائمة لاستعمال العين طبقاً لما تنص به طبيعة الأشياء وعرف المهنة وقصد المتعاقدين، أنظر تفصيلاً في ذلك، سليمان مرقس، المرجع السابق، ص 299

⁸¹ فمثلاً إذا اشتهرت العين المؤجرة باسم معين اعتبر حق استعمال هذا الاسم من ملحقاتها ما لم يكن هو محل الإجارة الأصلي أنظر تفصيلاً في ذلك، سليمان مرقس، المرجع السابق، ص 306

⁸² Jauffret (A), Houin (R) , obs., RTDC, 1970 p 54-55 , RTDC, 1973, p 73 , Dalloz 1973, annexe p1431

ثانياً: التزامات مستأجر التسيير

سنتناول أهم الالتزامات التي تقع على المستأجر وهي : الالتزام بالاستغلال حيث طبقا للقواعد العامة يلتزم المستأجر أيضا بالعناية طبقا للمادة 494 مدني (أ) والالتزام بدفع بدل الإيجار (ب)

أ-الالتزام بالاستغلال

يلتزم مستأجر التسيير الحر باستغلال المحل التجاري في حدود التي تحفظ للمحل عملاءه وسمعته التجارية

والنشاط المخصص له⁸³ إما على النحو المتفق عليه، وإما بحسب طبيعة العين ولما أعدت له إذا لم يكن اتفاق وهذا بديهي ، لكن ليس على مستأجر التسيير أن يغيّر في النشاط الأصلي للمحل التجاري⁸⁴ وإلا تعرض للمسؤولية المدنية والجزائية. ولكن لا مانع بعد إذن المؤجر مالك المحل أن يحدث بالعين المؤجرة بعض التغييرات من شأنها أن تزيد في قيمة المحل، كتبديل بعض المواد الاستهلاكية لتساير أذواق العملاء أو إدخال تكنولوجيا حديثة، أو إضافة على واجهة المحل التجاري لافتة ضوئية جذابة. لكن ليس له عند انتهاء الإيجار أن يطلب من المؤجر التعويض بسبب تلك التحسينات.

لكن هل يمكن لمستأجر التسيير أن يوسع في النشاط ويفتح فروعاً أخرى؟ ليس للمستأجر أن ينشأ فروعاً جديدة دون الإذن المسبق من المؤجر مالك المحل التجاري.

ب-الالتزام بدفع الأجرة

من خصائص عقد التسيير الحر أن ملكية المحل التجاري تبقى للمؤجر مالك القاعدة التجارية، إلا أنه يتنازل عن الاستغلال للمستأجر الذي يستغل النشاط التجاري باسمه ولحسابه مقابل أجرة يدفعها لمالك المحل. وجرت العادة أن الأجرة تخضع لمتقلبات الظروف الاقتصادية، لهذا تقترن بشرط المقياس المتغير لتحديدها.

تنص المادة 213 تجاري بما يلي : " يجوز أن يكون الثمن المحدد في عقد تأجير التسيير محلاً لإعادة النظر فيه كل ثلاث سنوات على غرار مادة الإيجار ". لكن لمراجعة الأجرة على الطرف الذي يرغب في طلب إعادة النظر أن يبلغ الطرف الآخر بموجب رسالة موصى عليها مع طلب علم الوصول أو بموجب إجراء غير قضائي⁸⁵.

أما الالتزام بالتسجيل في السجل التجاري فطالما يباشر مستأجر التسيير الحر النشاط التجاري باسمه ولحسابه فعليه التزامات التجار كمسك الدفاتر التجارية والتسجيل في السجل التجاري بصفته مسير محر. كما ينقضي عقد التسيير الحر للمحل التجاري لأسباب قانونية كحلول الأجل، البطلان، الفسخ وقد ينتهي لأسباب تتعلق بشخص المستأجر كما يجب القيام بإجراءات شهر انقضاء عقد التسيير الحر.

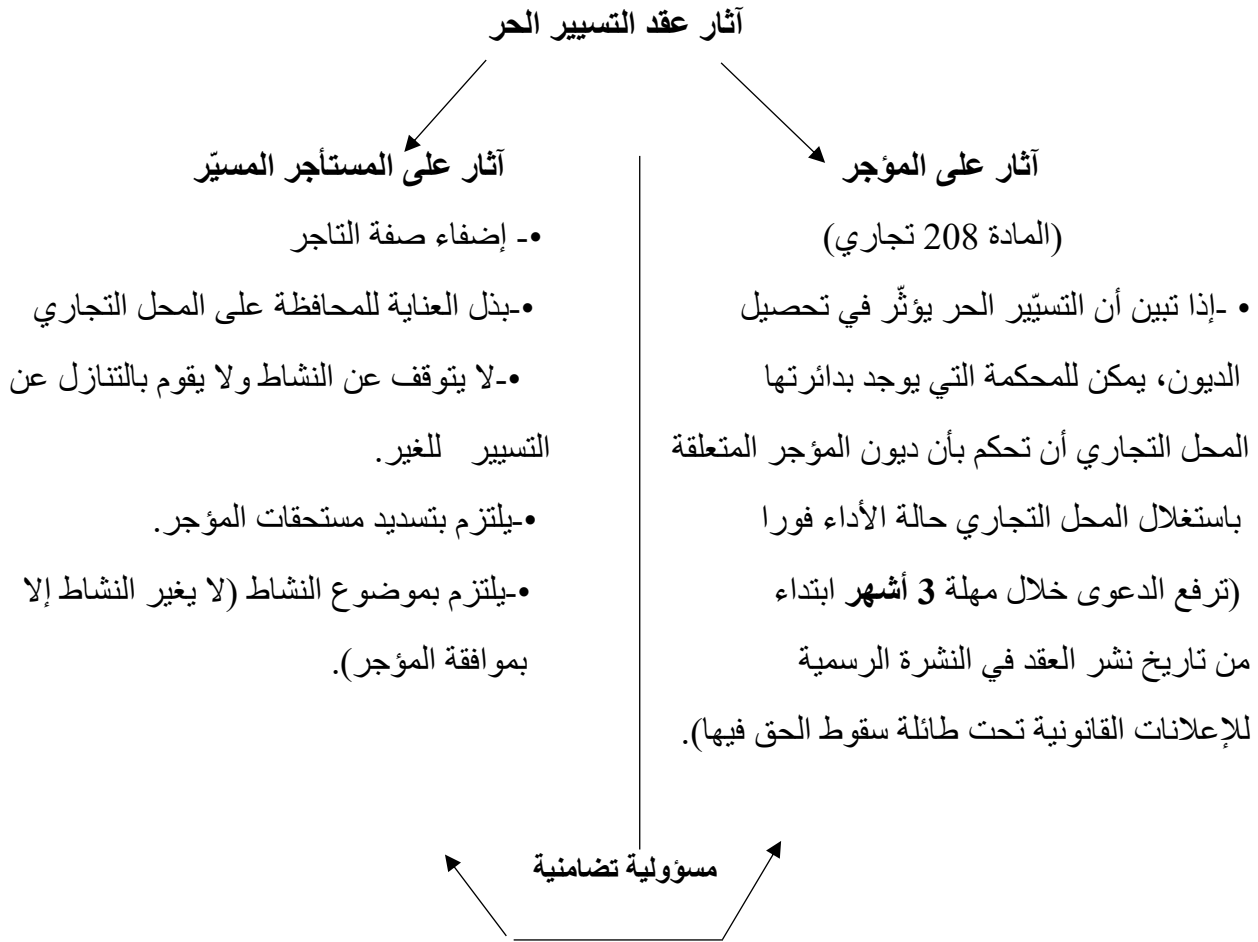
⁸³ تنص المادة 491 مدني بما يلي : " يلتزم المستأجر بأن يستعمل العين المؤجرة حسبما وقع الاتفاق عليه، فإن لم يكن هناك اتفاق وجب على المستأجر أن يستعمل العين المؤجرة بحسب ما أعدت له".

⁸⁴ Rossignol (A), Observation Juriscl.com, 8, 1982, n°28 : « l'exploitation du fonds doit avoir lieu en conformité de la destination et de l'objet que lui a fixé le propriétaire bailleurs il ne peut donc pas changer la nature du commerce exploité ».

وبضيف Rossignol (A) في تعليقه للحكم الصادر من المحكمة المدنية Le Havre الصادر في 27 أكتوبر 1923 ، Gaz. Pal 5.1.1928 : « Il semble même qu'il faille refuser au locataire le droit de modifier la destination du fonds loué, quand bien même qu'il n'en résulterait en fait aucun dommage pour le propriétaire du fonds ».

⁸⁵ المادة 214 تجاري

جدول استدلالي عن آثار عقد التسيير الحر



• - **مسؤولية تضامنية** بين مؤجر المحل التجاري ومستأجر الاستغلال (أي المسيير الحر) عن الديون التي يعقدها هذا الأخير بمناسبة استغلال المتجر وذلك لغاية نشر عقد التسيير الحر وطيلة مدة 06 أشهر من تاريخ النشر. (المادة 209 تجاري).

• - **وأداء الديون فوراً** إذا شعر القاضي تهديداً لتحصيله عند إبرام عقد التسيير وذلك بنص المادة 108 تجاري حيث تجيز للمحكمة التي توجد بدائرتها المحل التجاري، أن تحكم حين تأجير التسيير، بأن ديون مؤجر المحل التجاري المتعلقة باستغلاله حالة الأداء فوراً إذا رأت أن تأجير التسيير يعرض تحصيل الديون للخطر.

خاتمة

تم انجاز هذه المجموعة من المحاضرات لطلبة جامعة الجزائر 1 كلية الحقوق لمقياس القانون التجاري. تناولت كل المحاور مع تنقيحها وتحيينها لمواكبة التطورات الميدانية لهذا القانون ويبقى العمل مستمرا باستمرار الحياة. فأني بحث يحتاج إلى تحيينه وذلك بحكم المستجدات خاصة ونحن نعيش عصر العولمة واقتصاد المعرفة والذكاء الاصطناعي والرقمنة وتهاطل الأحكام القانونية التي تسعى إلى ضبطها لكن بصعوبة كبيرة.

فالعوض في ميدان قانون التجارة، إذا لم يفترض التردد فيمن يعتزم المجازفة في الإقدام عليه، فإنه يفترض الحذر نظرا لاتساع المادة، ومواكبتها لميادين الحياة المعقدة من قانونية واقتصادية وتجارية وعملية، وأن يقتنع الباحث أنه مهما حاول أن يلم بالموضوع فإنه سيبقى دائما بعيدا عن بلوغ هذا المبتغى. أتمنى أن يستفيد كل طالب وباحث من هذا العمل الذي حاولت تبسيطه قدر المستطاع لتكون قراءته ممتعة وسهلة.

الله ولي التوفيق