وزارة التعليـــــم العالـــــي والبحـــــث العلمـــــي

جامعـــــة وهـــــران

كليـــــة الحقـــــوق

قســـــم القانـــــون الخـــــاص

شـــــروط تكويـــــن عقـــــد الاعتمـــــاد الإيجـــــاري

(دراســـــة مقارنـــــة)

مذكـــرة لنيـــل شهـــادة الماجستيـــر تخصـــص قانـــون الأعمـــال المقـــارن

مـــن إعـــداد الطالـــب
حسنـــي صـــلاح الديـــن

تحـــت إشـــراف الأستـــاذ
تشـــــوار جيـــــلالي

أعضـــاء لجنـــة المناقشـــة

الأستاذ كحلولة محمد..... أستاذ..... جامعة تلمسان.....رئيساً
الأستاذ تشوار جيلالي..... أستاذ..... جامعة تلمسان.....مشرفاً ومقرراً
الأستاذ مروان محمد..... أستاذ..... جامعة وهران.....عضواً مناقشاً
الأستاذ يقاش فراس.....أستاذ محاضر "أ".....جامعة وهران.....عضواً مناقشاً

العـــام الجامعـــي 2011-2012

شروط تكوين عقد الاعتماد الإيجاري

(دراسة مقارنة)

بسم الله الرحمن الرحيم

قال تعالى: ﴿... وقل ربي زدني علما... ﴾.

سورة طه، الآية 114 من القرآن الكريم

بسم الله الرحمن الرحيم

قال تعالى : ﴿...أَنُ اشكُرْ لي وَلِوَالديكَ... ﴾.

سورة لقمان الآية 14 من القرآن الكريم

شكر و إهـــــداء

إن الإنسان إن حاول أن يعدّ نعم الله عليه فلن يحصيها، فهو إن علم بعضاً مما علمه الله منها، غاب عنه أغلبها. أولم يؤتى الإنسان من العلم إلاَّ قليلا؟ لكنه في كل الأحوال يجب على العبد أن يحدّث بنعم ربه عليه، فالحمد لله على نعم ربي عليَّ ما علمت منها وما لم أعلم.

والحمد لله الذي بعث فينا عبده ورسوله الصادق الأمين محمد بن عبد الله صلى الله عليه وسلم، الذي بلَّغَ الرسالة وأدّى الأمانة ونصح الأمة وإنّا على ذلك لمن الشاهدين.

ثم أشكر لوالديَّ العزيزين اللّذان أهديهما هذا العمل، وكل أفراد عائلتي التي ساندتني.

شكر وتقدير

إلى الأستاذ تشوار جيلالي على قبوله تأطيري لإنجاز موضوع هذا البحث وعلى ما بذله من وقتٍ ونصح وتوجيه.

إلى كل الأساتذة أعضاء لجنة المناقشة على قبولهم مناقشة هذه المذكرة وعلى وقتهم ومجهودهم.

قائمة أهم المختصرات

ج.ر.....الجريدة الرسمية

ص.....الصفحة

****

Art .....Article

C. A.....Cour d'appel

Cass. com .....Cour de cassation, chambre commerciale

Cf.....Confer(Reporter-vous à)

C. fr. com .....Code français de commerce

D. G. I.....Direction générale des impots

C. fr. mon. fin.....Code français monétaire et financier

Éd.....Édition

J. O. R. F.....Journal officiel de la république Française

L.....Lois

L. G. D. J.....Librairie générale de droit et de jurisprudence

Loc. cit .....Loco citato(À l'endroit cité)

n°.....Numéro

Op. cit .....Opere citato(Dans l'ouvrage cité)

O. P. U .....Office de presse universitaire

P .....Page

P. U. F.....Presse universitaire de France

R.....Règlement

R. B. É.....Revue banque édition

Rép. Civ .....Répertoire de droit civil

Rép. Com.....Répertoire de droit commercial

S. É. F. I.....Société Éducative Financière Internationale

V.....Voir

مقدمة

إنَّ موضـــوع عقـــد الاعتمـــاد الإيجـــاري، تمَّ في الغالـــب تناولـــه في كتابات فقهية متفرقـــة، وذلـــك إمَّـــا ضـــمن القـــانون البنكـــي، الـــذي يخـــتص بدراسة القواعـــد المتعلقـــة بالعمليـــات المصـــرفية و كـــذا القـــائمين بهـــا علـــى وجه الاعتياد – محتـــرفي التجـــارة في المجـــال البنكـــي –، فَكُيِّـــفَ بـــذلك علـــى أنَّـــهُ قـــانونٌ مهـــنيٌ « Droit professionnel» [1]، وإمَّـــا ضـــمن قـــانون القرض، والذي يهـــتم بدراســـة وســـائل الـــدَّفع و الائتمـــان، وكـــذا العمليـــات المصرفية التي ينـــدرج ضِـــمْنَها الاعتمـــاد الإيجـــاري[2]، في حـــين فضَّـــل الـــبعض الآخر تناوله ضمن العقود الخاصة[3].

كمـــا أنَّ التطـــرق لموضـــوع شـــروط تكـــوين الاعتمـــاد الإيجـــاري ، يستوجب في البدايـــةً التعريـــف بهـــذا العقـــد وفي هـــذا الصـــدد يـــرى جانـــب من الفقه أنّ هذا العقد عبـــارة عـــن "اتفاقيـــة معقـــدة تقـــوم بموجبـــها مؤسســـة تمويلية ، بتأجير أصل لشـــخص يمتلـــك خيـــاراً مـــع نهايـــة مـــدة الإيجـــار غـــير القابلـــة للإلغـــاء"[4]. ولعـــل الـــبعض يؤكـــد علـــى هـــذه الطبيعـــة التمويليـــة ويربطهـــا بتلبيـــة الحاجـــات المهنيـــة للمســـتثمر[5] في حـــين يـــربط البعض الأخر التعقيد بمصدر هذا النوع من العقود[6].

---

[1] Cf. Jean-Louis RIVES-LANGE et Monique CONTAMINE-RAYNAUD, Droit bancaire, 6ème éd. Dalloz Delta, 1995, p.01.

[2] Cf. Sophie SABATHIER, Droit du crédit, Édition Ellipses, 2007, p. 186

[3] Cf. Alain BÉNABENT, Droit civil, Les contrats spéciaux civils et commerciaux, 7ème éd. Montchrestien, 2006, p.590.

[4] Cf. Philippe MALAURIE, Laurent AYNÈS et Pierre-Yves GAUTIER, Les contrats spéciaux, édition Defrénois, 2005, p.451.

[5] En ce sens, v. Jean-Louis RIVES-LANGE et Monique CONTAMINE-RAYNAUD, op.cit., p.572. : « *…Le crédit-bail est une technique de financement des investissements professionnels. Le chef d'entreprise choisit un équipement et convient avec le vendeur des conditions de l'achat…* ».

[6] En ce sens, v. Jean-Marc BÉGUIN, Arnaud BERNARD, L'essentiel des techniques bancaires, édition Eyrolles, 2008, p253. : « *…C'est un contrat complexe qui nous vient des États-unis. La loi du 2 juillet 1966 a introduit le « leasing » américain dans notre droit en lui donnant un cadre légal et un nom, le « crédit-bail »…* ».

و"القرض الإيجاري" كما سمَّاهُ المشرع الجزائري ضمن الأمر رقم 03-11 المتعلق بالنقد والقرض المعدَّل والمتمّم[7]، أو "الاعتماد الإيجاري" ضمن الأمر رقم 96-09 المتعلق بالاعتماد الإيجاري، وفي نسخته باللغة الفرنسية « Crédit-bail ou leasing »، أو كما سمَّاه المشرع الفرنسي « crédit-bail » ضمن القانون النقدي والمالي الفرنسي[8]، أو سمَّاه المشرع المصري "التأجير التمويلي" ضمن القانون رقم 1995/95 الصادر بتاريخ 01 يونيو 1995 في شأن التأجير التمويلي[9]، في اختار المشرع اللبناني تسميته" الإيجار التمويلي" ضمن القانون رقم 1999/160 الصادر بتاريخ 27 ديسمبر 1999 والمتعلق بتنظيم عمليات الإيجار التمويلي[10]. عموما، وإن كانت التسميات مختلفة إلاَّ أنها تدل على نفس العقد، فقط الأحكام المتعلقة به تختلف من تشريعٍ لآخر.

عرَّفَ المشرع الجزائري في المادة الأولى من الأمر رقم 96-09 المتعلق بالاعتماد الإيجاري، هذا العقد بقوله:" يعتبر الاعتماد الإيجاريّ، موضوع هذا الأمر، عمليّة تجاريّة وماليّة: يتمُّ تحقيقها من قبل البنوك والمؤسَّسات الماليّة أو شركة تأجير مؤهّلة قانوناً ومعتمدة صراحةً بهذه الصّفة، مع المتعاملين الاقتصاديّين الجزائريين أو الأجانب، أشخاصاً طبيعيّين كانوا أم معنويّين تابعين للقانون العام أو الخاصّ، تكون قائمة على عقد إيجار يمكن أن يتضمّن أو لا

[7] أنظر، المادة 68 فقرة 02 من الأمر رقم 03-11، المؤرخ في 26 غشت 2003، والمتعلق بالنقد والقرض، المعدّل والمتمّم.

[8] V. L'ordonnance n° 2000-1223 du 14 décembre 2000 relative à l'adoption de la partie législative du code monétaire et financier. Pour plus de détail sur les sources du droit bancaire, V. Thierry BONNEAU, Droit bancaire, 5ème édition. Montchrestien, 2003, p.09. :« *…le code monétaire et financier à été prévu par la loi n°99-1071 du 16 décembre 1999, portant habilitation du gouvernement à procédé, par ordonnance, à l'adoption de la partie législative de certains codes...promulgué en décembre 2000…celui-ci regroupe nombres de lois, notamment la loi bancaire du 24 janvier 1984…et la loi financière du 02 juillet 1996…il ne réalise toutefois pas une abrogation complète de ces textes, certaines de leurs dispositions restant en vigueur…* ».

[9] لأكثر تفصيل حول ظهور قانون التأجير التمويلي المصري، أنظر، عبد العزيز سمير محمد، التأجير التمويلي ومداخله –المالية – المحاسبية – الاقتصادية – التشريعية – التطبيقية، مكتبة الإشعاع– الإسكندرية، 2001، ص. 205.

[10] أنظر، إلياس ناصيف، العقود الدولية، عقد الليزنغ أو عقد الإيجار التمويلي، في القانون المقارن، منشورات الحلبي الحقوقية 2008، ص. 551.

يتضمّن حقّ الخيار بالشراء لصالح المستأجر، وتتعلق فقط بأصول منقولة أو غير منقولة ذات الاستعمال المهني أو بالمحلات التجارية أو بمؤسسات حرفية".

وينتج من استقراء المادة الأولى من الأمر رقم 96-09 سالف الذكر، أنّ الاعتماد الإيجاري قائم على عقد إيجار ويستوجب في تكوينه شرطيين أساسيين: أولاً وجود طرفين، وهما من جهة المؤجر أي (البنك أو المؤسسة المالية أو شركة تأجير)، ومن جهة أخرى المستأجر مأخوذاً في شخص المتعامل الاقتصادي؛ و ثانياً ضرورة الاستعمال المهني لمحل العقد مهما كانت طبيعة الأصل المكوِّن له منقولاً كان أو غير منقول.

فمن الناحية التاريخية ظهر الاعتماد الإيجاري في الولايات المتحدة الأمريكية[11] خلال فترة الحرب الأمريكية – الكورية، بين عامي(1950-1952) حيث قام السيد بوث «D.P. Booth Junior» مدير مصنع في كاليفورنيا، بالتعاقد مع الجيش الأمريكي في صفقة توريد مواد غذائية. لكنَّه أضاع هذه الصفقة المهمة لعدم توفره على الوسائل المادية أو المالية لتنفيذها. و بالمقابل، هذه الأزمة أخرجته من المفهوم المحدود الذي يربط الملكية بالثروة، بتصوره لإمكانية تأجير المعدات بدل امتلاكها[12]. وبالفعل ففي سنة 1952، ساهم السيد بوث في تأسيس أول شركة"ليزنغ" في الولايات المتحدة الأمريكية تحت تسمية «United States Leasing Corporation». ومع نجاح هذه الشركة تأسست شركات أخرى، بشكل أصبح فيه الليزنغ ظاهرة مستقرة في الاقتصاد الأمريكي. وبعد هذا التاريخ، وعقب ازدياد

[11] Cf. Marguerite BOUTELET-BOUCAILLE, Droit du crédit, éditions Masson, 1987, p.115.

[12] Cf. El Mokhtar BEY et Christian GAVALDA, Le crédit-bail immobilier, P.U.F, 1ère éd., 1983, p.03.

استثمارات رأس المال الأمريكي في أوروبا، ظهر بهذه الأخيرة عقد الليزنغ لاسيما في ستينات القرن العشرين[13].

إنَّ أول عقد اعتماد إيجاري للأصول المنقولة، أبرم في فرنسا عام 1962 من طرف شركة « Locafrance» وأخذ تسمية "ليزنغ- Leasing »[14]، أي حتى قبل أن يتم تنظيمه قانوناً عام 1966، أو تتم فرنسة « La francisation »[15] هذا المصطلح الأنجلوساكسوني في أصله[16]، بموجب القانون المتعلق باستعمال اللغة الفرنسية إلى مصطلح « Crédit-bail » وذلك عام 1975[17].

في حين أن أول نص قانوني فرنسي متعلق به كان في عام 1966 بموجب القانون رقم 66-455 المتعلق بالمؤسسات التي تمارس الاعتماد الإيجاري[18]، ولاحقاً تمم هذا القانون لاسيما بالنسبة لأحكام الاعتماد الإيجاري للأصول غير المنقولة، بموجب الأمر رقم 67-837 المؤرخ في 28 سبتمبر 1967[19].

كما أسَّسَ المرسوم المؤرخ في 04 يوليو 1972 لشهر عمليات الاعتماد الإيجاري[20]. في حين تمت إضافة المحل التجاري والمؤسسة

---

[13] أنظر، إلياس ناصيف، المرجع السابق، ص. 19.

[14] Cf. Chantal BRUNEAU, Le crédit-bail mobilier, la location de longue durée et la location avec option d'achat, Banque éditeur, 1999, p.16.

[15] Cf. Alain BÉNABENT, op.cit., p.590.

[16] Cf. Thierry BONNEAU, op.cit., p.366.

[17] Cf. Fatiha TALEB, Des techniques para-bancaires, O.P.U, 1997, p.05.

[18] V. Loi n° 66-455, du 02 juillet 1966, relative aux entreprises pratiquant le crédit-bail, J.O.R.F., 03 juillet 1966, p.5652.

[19] Cf. Pascal PHILIPPOSSIAN, Le crédit-bail et le leasing, Outils de financements locatifs, S.É.F.I, 1998, p.20

[20] Cf. Rose-Noëlle SCHŰTZ, Crédit-bail, Rép. Civ. Dalloz, Janvier 2007, p.04.

الحرفية كموضوع لعقد الاعتماد الإيجاري، بموجب القانون رقم 86-12 المؤرخ في 06 يناير 1986.

ليتم بعدها بموجب القانون رقم 89-1008 النص على قابلية أن يكون أحد عناصر المحل التجاري أو المؤسسة الحرفية محلاً للعقد[21]. ثمَّ أضيفت الأسهم والحصص الاجتماعية بموجب القانون المؤرخ في 02 أوت 2005[22]. وفي الأخير تم دمج المواد القانونية المتعلقة بالاعتماد الإيجاري ضمن القانون النقدي والمالي الفرنسي[23].

فالمشرع الفرنسي، ورغم أنه لم يخص عقد الاعتماد الإيجاري بنص خاص ومستقل، كما فعل المشرع الجزائري، فقد تطرق له من خلال المادة L313-7 من القانون النقدي والمالي الفرنسي، عبر العمليات التي بتحقق شروطها يتحقق الاعتماد الإيجاري كما حدد أنواع عمليات الاعتماد الإيجاري بناءً على أنواع الأصول التي تقع عليها. وركز على وجوب شراء الأصل من طرف المؤجر قبل تأجيره لمستعمله، وأيضاً على حق الخيار المكفول وجوباً للمستأجر في امتلاك الأصل المؤجر، مع الأخذ بعين الاعتبار ولو جزء من بدلات الإيجار السابق دفعها[24].

أما في الجزائر، فلا يوجد ما يؤكد على أنه تم التعاقد بموجب الاعتماد الإيجاري قبل التأسيس للإطار القانوني الذي يحكمه. ولقد ورد ذكر الاعتماد الإيجاري لأول مرة في التشريع الجزائري من خلال القانون رقم 90-10 المتعلق بالنقد والقرض[25]، لاسيما المادة 112 منه

[21] Cf. Olivier BARRET, Les contrats portant sur le fonds de commerce, L.G.D.J, 2001, p.318.

[22] Cf. Rose-Noëlle SCHŰTZ, Crédit-bail, op.cit., p.04.

[23] Cf. Stéphane PIEDELIÈVRE, Droit bancaire, Thémis, 1ère édition, 2003, p.364.

[24] Cf. Pascal PHILIPPOSSIAN, op.cit., p.20.

[25] أنظر، القانون رقم 90-10 المؤرخ في 14 أبريل 1990، المتعلق بالنقد والقرض، ج.ر.18 أبريل 1990، عدد 16، ص.520.

والتي تطرقت له تحت تسمية «الإقراض مع إيجار»، أمَّا في النسخة الفرنسية من هذا القانون فقد ورد تحت تسمية « Le crédit-bail ». ثم لاحقاً، الأمر رقم 96-09 المتعلق بالاعتماد الإيجاري[26]، تطرق له تحت تسمية "الاعتماد الإيجاري"، لكنه في النسخة الفرنسية منه استعمل عبارتي: « ...Le crédit-bail ou leasing» لأجل الدلالة عليه، ثم أعقبه النظام رقم 96-06 المحدد لكيفيات تأسيس شركات الاعتماد الإيجاري وشروط اعتمادها[27].إضافةً إلى وجود أحكام قانونية تتعلق بشهر الاعتماد الإيجاري، بموجب مرسومين تنفيذيين صادرين في 2006 بالنسبة للأصول المنقولة [28]، أو غير المنقولة[29].

أخيراً صدر الأمر رقم 03-11 المتعلق بالنقد والقرض، الذي ألغى أحكام القانون رقم 90-10 سالف الذكر، فيما فضَّلَ استعمال مصطلح "القرض الإيجاري" لأجل للدلالة على الاعتماد الإيجاري[30].

أما على صعيد التشريع الدولي، فلقد أعدت لجنة الأمم المتحدة للتنمية والتجارة الدولية، مشروع اتفاقية دولية لنشاط الليزنغ على المنقولات، والتي وُقِّعت بمدينة "أوتاوا" الكندية بتاريخ 1988/05/28، ودخلت حيز التنفيذ في 1995/05/01 بمجرد أن انضمت إليها دولة نيجيريا بعد كل من فرنسا وإيطاليا[31].

---

[26] أنظر، الأمر رقم 96-09 المؤرخ في 10 يناير 1996، المتعلق بالاعتماد الإيجاري، ج.ر.14 يناير1996، عدد 03، ص.25.

[27] أنظر، النظام رقم 96-06 المؤرخ في 03 يوليو 1996، المحدد لكيفيات تأسيس شركات الاعتماد الإيجاري وشروط اعتمادها، ج.ر.03 نوفمبر 1996، عدد 66، ص. 13.

[28] أنظر، المرسوم التنفيذي رقم 06-90 المؤرخ في 20 فبراير 2006، المحدد لكيفيات إشهار عمليات الاعتماد الإيجاري للأصول المنقولة، ج.ر. 26 فبراير 2006، عدد 10، ص.24.

[29] أنظر، المرسوم التنفيذي، رقم 06-91 المؤرخ في 20 فبراير 2006، المحدد لكيفيات إشهار عمليات الاعتماد الإيجاري للأصول غير المنقولة، ج.ر. 26 فبراير 2006، عدد 10، ص.28.

[30] أنظر، المادة 02 من الأمر رقم 03-11 المؤرخ في 26 غشت 2003، المتعلق بالنقد والقرض، المعدّل والمتمّم.

[31] أنظر، ناذر عبد الشافي ،عقد الليزنغ (دراسة مقارنة)، المؤسسة الحديثة للكتاب، 2004، ص 24.

و تُعَدُّ هذه الاتفاقية ثمرة جهد المعهد الدولي لتوحيد القانون الخاص والمعروفة اختصارا (UNIDROIT) والتي بدأ العمل عليها منذ عام 1974، إذ كانت فرنسا أول من صادق عليها بموجب القانون رقم 91-636 المؤرخ في 10 يوليو 1991 بعدما وقعت عليها بتاريخ 07 نوفمبر 1989[32]، ودخلت حيز التنفيذ في 1995/05/01 بتحقق شرط تصديق ثلاث دول عليها حسب نص البند 16 من ذات الاتفاقية[33]. وللإشارة؛ الجزائر ليست ضمن الدول التي صادقت على هذه الاتفاقية.

والاعتماد الإيجاري بناءً على نص القانون لاسيما الأمر رقم 96-09 وبصريح نص مادته الأولى تم اعتباره عملية تجارية ومالية. وهاتان الخاصيتان يمكن استخلاصهما بالرجوع إلى الصفة القانونية لأطراف العقد وموضوعه. إذ يعدُّ الاعتماد الإيجاري عملية تجارية بالنظر إلى كونه عملية مصرفية، ذلك أنّ كل العمليات التي تقوم بها مؤسسات القرض، أي البنوك أو المؤسسات المالية أو شركات الاعتماد الإيجاري هي في الأصل صادرة عن شركات تجارية، والتي تعتبر عمل تجاري بحسب شكله[34]. كما أنّ كل العمليات الصادرة عنها في تعاملها مع زبائنها تعد عمليات مصرفية[35]، والعمليات المصرفية تعد أعمالاً تجارية بحسب موضوعها[36].

[32] Cf. Chantal BRUNEAU, op.cit., p.83.

[33] Loc.cit.

[34] أنظر، المادة 03 من الأمر رقم 75-59 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون التجاري، المعدّل والمتمّم.

[35] أنظر، المادة 02 من النظام رقم 09-03 المؤرخ في 26 مايو 2009، المحدد للقواعد العامة المتعلقة بشروط البنوك المطبقة على العمليات المصرفية، ج.ر. 13 سبتمبر 2009، عدد 53، ص.24.

[36] أنظر، المادة 02 المطة 13 من الأمر رقم 75-59 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون التجاري، المعدّل والمتمّم.

أما عن كون الاعتماد الإيجاري عملية مالية، فالمؤجر في عقد الاعتماد الإيجاري يؤجر رأس المال ويتدخل هنا بناءً على طلب الراغب في استعماله. فيشتري هذا الأصل ويضعه تحت تصرف المستفيد منه بالتأجير، مُجنباً هذا الأخير تمويل استثماراته بأمواله الخاصة التي قد لا تكفي أو تثقله بالديون بشكل يؤثر على استمرار نشاطه. فالمؤجر يقوم بتمكين المستأجر من استغلال الأصل وربما شرائه عند نهاية العقد وذلك دون التدخل في الجوانب الفنية لتحقيق الاستثمار، فدور المؤجر يقتصر فقط على القيام بالوساطة المالية[37].

و يتميز الاعتماد الإيجاري بارتباطه بالمال موضوع عملية التمويل من خلال ثلاث نقاط على الأقل[38]:

- يعدُّ تمويلاً كاملاً بحيث يشمل ثمن الأصل بكامله؛
- مدة العقد يَحكُمها العمر الافتراضي للأصل أو قواعد ضريبية مرتبطة به؛
- ملكية المؤجر للأصل، ضمانة له على المال طيلة مدة العقد؛

ومن زاوية أخرى، ينبغي الإشارة إلى أنّ الاعتماد الإيجاري يقبل عدة تقسيمات، نظير تنوعه، وذلك تبعاً لموضوع أو طبيعة أو جنسية العقد[39].

فبحسب موضوعه، ينقسم العقد إلى اعتماد إيجاري "منقول" يقع على الأصول المنقولة تتشكل من تجهيزات أو مواد أو أدوات

[37] أنظر، هاني محمد دويدار، التأجير التمويلي من الوجهة القانونية، الجديد في أعمال المصارف من الوجهتين القانونية والاقتصادية، أعمال المؤتمر العلمي السنوي، لكلية الحقوق بجامعة بيروت العربية، الجزء الثاني، الجديد في التمويل المصرفي، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت– لبنان، 2002.

[38] أنظر، هاني دويدار، القانون التجاري، العقود التجارية–العمليات المصرفية–الأوراق التجارية–الإفلاس، منشورات الحلبي الحقوقية، 2008، ص. 219.

[39] Cf. La Lettre de la D.G.I, Le leasing, une alternative pour le financement de l'investissement, Bulletin d'information de la Direction Générale des Impôts, n° 32 Juin 2008, p. 02.

ضـــرورية لنشـــاط المتعامـــل الاقتصـــادي، و اعتمـــاد إيجـــاري "غـــير منقـــول " يقع على الأصول غـــير المنقولـــة والمتمثلـــة في أصـــول عقاريـــة مبنيـــة أو ســـتبنى لسد الحاجات المهنية الخاصة بالمتعامل الاقتصادي[40].

أمـــا بحســـب طبيعـــة العقـــد فينقســـم إلى اعتمـــاد إيجـــاري مـــالي« leasing financier » واعتمـــاد إيجـــاري عملـــي« leasing opérationnel »[41]. وفي هـــذا الصـــدد فـــإنّ لخيـــار الشراء أهميته في التفرقـــة بينـــهما، كـــون الاعتمـــاد الإيجـــاري المـــالي و الموافـــق للاعتماد الإيجاري للأصـــول المنقولـــة يشـــترط وجوبـــاً عـــرض خيـــار الشـــراء على المستأجر وذلك تحت طائلة فقدان صفته تلك[42].

وينقســـم أخـــيرا، بحســـب جنســـيته إلى عقـــد اعتمـــاد إيجـــاري دولي وعقد اعتماد إيجـــاري وطـــني[43]. و يكـــون المعيـــار في التفرقـــة بينـــهما، تـــوفر صفة المقـــيم أو غـــير المقـــيم حســـب الحالـــة في احـــد طـــرفي العقـــد، ســـواء كانـــت مؤسســـة القـــرض بوصـــفها المـــؤجر أو المتعامـــل الاقتصـــادي بوصـــفه المستأجر.

كما سيتم تنـــاول موضـــوع الاعتمـــاد الإيجـــاري مـــن خـــلال التركيـــز علـــى شـــروط تكوينـــه وتحديـــداً أركانـــه الـــتي لا يكـــون العقـــد بـــدونها. وتـــتلخص الشـــروط الداخلـــة في تكـــوين العقـــد بالنســـبة للتشـــريع الجزائـــري حســـب المـــادة الأولى مـــن الأمـــر رقـــم 96-09 المتعلـــق بالاعتمـــاد الإيجـــاري في ركنين أساسيين همـــا: أطـــراف العقـــد وموضـــوعه. ولقـــد تم التأكيـــد علـــى

[40] أنظر، المادتين 03 و04 من الأمر رقم 96-09، المؤرخ في 10 يناير 1996، المتعلق بالاعتماد الإيجاري.

[41] أنظر، المادة 02 من الأمر رقم 96-09، المؤرخ في 10 يناير 1996، المتعلق بالاعتماد الإيجاري.

[42] أنظر، المادة 11 من الأمر رقم 96-09.

[43] أنظر، المادة 05 من الأمر رقم 96-09.

أهمية هاذين الركنين في تكوين العقد من بعض الفقه الفرنسي[44] واللبناني[45].

غير أنَّه سيتم استبعاد ركنا الرضى و السبب لارتباطهما بالأحكام القانونية الواردة بالشريعة العامة والتي تطبق على عقد الاعتماد الإيجاري كما سائر العقود الأخرى كما هو محدد ضمن القانون المدني. أمَّا الشروط الشكلية المتعلقة بالاعتماد الإيجاري فسيتم التطرق لها ضمن موضوع العقد لارتباطها به، مع تبيان ما إذا كان أثرها يمتد للتأثير على صحة العقد أم يتوقف عند مجرد الحاجة للإثبات كما سوف يتم تبيانه خلال هذه الدراسة؟

أما بخصوص شرطي مدة العقد ومبلغ بدل الإيجار وحق الخيار بالشراء وبصريح نص القانون فهي تتعلق بالتكييف القانوني لعقد الليزنغ المستمد من التزامات الطرفين المتبادلة، إذ وتحت عنوان التكييف القانوني لعقد الاعتماد الإيجاري تنص المادة 10 من الأمر رقم 96-09 السالف الذكر: " لا يمكن أن يدعى العقد الإيجاري كذلك...إلاَّ إذا حرر بكيفية تسمح بالتحقق دون غموض بأنه: - يضمن للمستأجر الاستعمال والانتفاع بالأصل المؤجر خلال **فترة دنيا وبسعر محدد** مسبقاً...- يضمن للمؤجر قبض **مبلغ معين من الإيجار مدة** تدعى الفترة الغير قابلة للإلغاء...يسمح للمستأجر في حالة الاعتماد الإيجاري المالي فقط...في حالة ما إذا يقرر مزاولة **حق الخيار بالشراء...**" . ولعل هذا ما دفع بجانب من الفقه إلى إدراج عنصر مبلغ بدل الإيجار الذي يخضع في تحديده إلى عنصر مدة العقد ضمن التزامات الطرفين المتعلقة بتنفيذ العقد[46]. في حين تعتبر تلك الشروط أي مدة العقد غير القابلة

[44] Cf. Chantal BRUNEAU, op.cit., p. 39.

[45] أنظر، إلياس ناصيف، المرجع السابق، ص. 155 وما يليها.

[46] Cf. Chantal BRUNEAU, op.cit., p. 185.

للإلغاء ومبلغ بدل الإيجار و خيار الشراء بنوداً ملزمةً « Des clauses obligatoires » لكن فقط بالنسبة لعقد الاعتماد الإيجاري للأصول المنقولة الموافق للاعتماد الإيجاري المالي[47].

وفي هذا الشأن يظهر أنّ خيار الشراء في التشريع الفرنسي يعتبر إجبارياً في العقد[48]، وذلك على خلاف المشرع الجزائري الذي جعله جوازياً ماعدا في حالة الاعتماد الإيجاري المالي، وذلك تحت طائلة المساس بالتكييف القانوني للعقد بأن يفقد صفته كعقد اعتماد إيجاري للأصول المنقولة طبقاً للمادة 11 من الأمر رقم 96-09 أعلاه. كما يرى جانب من الفقه أنّ التكييف القانوني لهذا العقد يلعب دوراً مهماً في تحديد شروط صحته[49].

إنَّ أهمية الاعتماد الإيجاري، تنبع من المنفعة التي يحققها لأطراف هذا النوع من العقود بوصفه نوع جديد من القروض. فهو يسمح لمؤسسة القرض بتعزيز حمايتها ضد الخطر المحتمل بعدم قدرة المستأجر على الدفع كونها مالكة للأصل المؤجر وذلك طيلة مدة الإيجار. وفي هذه الحال يكون المؤجر بوصفه صاحب المال في مركز قانوني أقوى لاسترداد ماله، بدل أن يكون مجرد دائن يخضع ترتيبه لمدى قوة الضمانات التي يحوزها في مواجهة باقي الدائنين المحتملين للمستأجر[50].

كما يسمح هذا العقد بحصول المستأجر على الأصل دون دفع ثمنه مرة واحدة بل مقسماً على بدلات إيجار يسدد ثمنها من انتفاعه

[47] أنظر المواد من 11 إلى 15 من الأمر رقم 96-09.

[48] V. Art. L313-7 du C. fr. mon. fin.

[49] Cf. Rose-Noëlle SCHŰTZ, Les recours du crédit-preneur dans l'opération de crédit-bail, P.U.F, 1994, p.12.

[50] Cf. Chantal BRUNEAU, op.cit., p.31.

بذات الأصل، فيكون استغلال الأصل من المستأجر ليس فقط لسد حاجاته المهنية بل أيضاً يسهم في دفع بدلات الإيجار.

أيضاً، يسمح الاعتماد الإيجاري للمستأجر بشراء الأصل المستأجر أو تجديد إيجاره أو رده[51]. إذ تسمح له عائدات استغلال الأصل ليس فقط دفع بدلات الإيجار بل أيضا شراء الأصل الذي استأجره في حال قرر استعمال حقه في إعلان رغبته في الشراء، والذي تأخذ فيه بعين الاعتبار بدلات الإيجار في تحديد ثمن البيع[52]. في حين أنّ عدم رغبة المستأجر في تجديد تساعده على تجنب الاحتفاظ بالأصول المعرضة للقدم أو التطور التقني السريعين[53].

ومن ضمن ما يحققه الجانب الاقتصادي للاعتماد الإيجاري، فإنه يسمح أيضا للمورد كطرف في عملية الاعتماد الإيجاري من الاستفادة منه، إذ يمكنه أن يضمن توسيع مجال تسويق منتجاته لاسيما تلك التي كان يصعب على بعض زبائنه اقتنائها بسبب غلاء قيمتها. إضافةً إلى ضمان قبضه ثمنها كاملاً ودفعة واحدة من مؤسسة القرض، بل أنّ نجاعة هذه العملية بالنسبة للموردين دفعت ببعضهم لإنشاء شركات الاعتماد الإيجاري الخاصة بهم[54].

إنَّ الإشكالية التي قد يطرحها الاعتماد الإيجاري حين التطرق لتركيبه القانوني تطرحها طبيعته الهجينة، فهو وبصريح نص القانون قائم أساسا على عقد إيجار لكنه رغم ذلك يختلف عن عقدي الإيجار المدني أو التجاري؛ كما أنه يعد أيضاً نوعاً من أنواع القروض[55].

---

[51] أنظر، المادة 16 من الأمر رقم 96-09.

[52] أنظر، ناذر عبد الشافي، المرجع السابق، ص 15.

[53] Cf. Chantal BRUNEAU, op.cit., p.33.

[54] Loc.cit.

[55] أنظر، المادتين 1 و2 من الأمر رقم 96-09 المتعلق بالاعتماد الإيجاري، السالف الذكر.

إنَّ هذا معناه أنّ هذا العقد أصلا قائم على استعارة أحكام قانونية من عقدي القرض والإيجار معاً. لكن دون أن يكون عقد قرض أو عقد إيجار بالمفهوم الخالص والتقليدي. مما دفع بالبعض إلى التركيز على الطابع المركب لهذا العقد بسبب جمعه خصائص بعض العقود التقليدية[56].

لهذا فإنَّ أهم إشكالية يطرحها عقد الاعتماد الإيجاري هو معرفة مدى الانسجام الذي قد يقع فيه مع الشريعة العامة في إطار الأحكام القانونية التي تحفظ خصوصيته وتميُّزِهِ عنها. و بصفةٍ أقل مدى تلاؤم هذه الأداة القانونية مع الهدف من تشريعها لاسيما ما تعلق منه بالجانب الاقتصادي.

إنَّ من بين ما يتمخض جزئياً عن تلك الإشكالية وعلى سبيل المثال، لماذا جعل المشرع المؤسسة الحرفية موضوعاً لعقد الاعتماد الإيجاري رغم أنَّ المحل التجاري هو فقط من يتمتع بالاعتراف والحماية القانونيتين دون المحل الحرفي؟ أيضاً، لماذا قام مشرعنا باستبعاد تطبيق أحكام التسيير الحر على الاعتماد الإيجاري المتعلق بالمحل التجاري، رغم أنَّ التسيير الحر هو السند القانوني الوحيد لاستغلال المحل التجاري باسم ولحساب المستأجر؟

كما يلاحظ أنَّ مشرعنا لَّما تبنى الاعتماد الإيجاري لاسيما النوع الذي يخص "المحلات التجارية والمؤسسات الحرفية"، فإنَّه بتشريعه يكون قد تجاوز الجدوى الاقتصادية لهذا النوع من الأصول الذي لا يعرف رواجاً بل عزوفاً عنه من المؤجرين بسبب نسبة المخاطر العالية المتعلقة باستغلاله والتي بموجبها تخضع قيمة المحل المالية قبل وبعد تأجيره

[56] أنظر، علاء الدين عبد الله فواز الخصاونة، التكييف القانوني لعقد الإيجار التمويلي، الدار العلمية، 2002، ص. 15.

لعوامل غير مستقرة[57]، تتعلق أساساً بنوعية وطريقة تسيير المستأجر له[58].

إنَّ عقد الاعتماد الإيجاري الحديث الظهور نسبياً والقادم من أمريكا إلى أوروبا[59] والذي تبناه لاحقاً مشرعنا، لا يقوم فقط على استعارة بعض الأحكام القانونية بل يقوم أيضا بتغييرها لتتناسب مع طبيعته الخاصة، مما يوجب ملاحظة مدى ملائمة وانسجام بعض تلك التغييرات لاسيما المتعلقة منها بشروط تكوينه.

لهذا سوف يتم اللجوء إلى المنهج المقارن، حين التطرق إلى الأحكام المتعلقة بشروط تكوين عقد الاعتماد الإيجاري وذلك في التشريع الجزائري وبعض التشريعات المقارنة، وذلك بالتركيز على الركنين الأساسيين في هذا العقد وفق الخطة التالية:

الفصل الأول: الأطراف في عقد الاعتماد الإيجاري

الفصل الثاني: موضوع عقد الاعتماد الإيجاري

---

[57] Cf. Chantal BRUNEAU, op.cit., p.70. : «*En fait, le recours au crédit-bail sur fonds de commerce est très peu fréquent…l'opération est risquée pour la société de crédit-bail…la valeur du fonds va dépendre au moins en partie de son activité* ».

[58] Cf. Guy DURANTON, Crédit-bail mobilier, Rép. Com. Dalloz, Juin 2000, p.42. : « *Les risques inhérents à la cessation d'activité du crédit-preneur, pour quelque cause que ce soit, avant le terme contractuel fait redouter au crédit-bailleur de se retrouver avec un fonds de commerce difficilement rétrocédable, … La survie du fonds de commerce est conditionnée par son exploitation effective. La personnalité et la compétence de son exploitant infèrent, de manière notable, sur la valeur du fonds exploité, alors que ces critères ne sont pas pris en considération pour les autres crédits-bail mobiliers ou immobiliers* ».

[59] Cf. Stéphane PIEDELIÈVRE, op.cit., p.364.

الفصل الأول

الأطراف في عقد الاعتماد الإيجاري

إنَّ الاعتماد الإيجاري بوصفه عقدا في الأساس، لا يمكنه تخطي أركان العقد طبقاً للشريعة العامة من تراضٍ وأهليةٍ ومحلٍ وسبب، مع وجوب خلوا هذه الأركان عموماً من العيوب المؤثرة في صحة التعاقد. وأنَّه من بين أركان هذا العقد المحددة بموجب المادة الأولى من الأمر رقم 96-09 المتعلق بالاعتماد الإيجاري يوجد طرفي العقد ، وهما من جهة البنك أو المؤسسة المالية أو شركة الاعتماد الإيجاري المؤهلة قانوناً والمعتمدة صراحةً بهذه الصفة، ومن جهةٍ ثانية المتعامل الاقتصادي.

والجدير بالملاحظة أنَّ طرفي عقد الاعتماد الإيجاري يأخذ أحدهما وصف المؤجر بينما يأخذ الآخر وصف المستأجر. فالمؤجر هو البنك أو المؤسسة المالية أو شركة الاعتماد الإيجاري، أمَّا المستأجر فهو المتعامل أو العون الاقتصادي. ويعود وجود صفتي المؤجر والمستأجر ضمن عقد الاعتماد الإيجاري بسبب قيامه على عقد إيجار، بصريح نص المادة الأولى من الأمر رقم 96-09.

لكن يطرح السؤال حول معرفة هل يمكن أن يأخذ المورد صفة الطرف في هذا العقد للتأكيد على أنَّ الطابع الثلاثي « La relation triangulaire » يمس العقد [60]، أو العملية ككل من الناحية الاقتصادية[61]؟

فمن زاوية القانون يلاحظ أنّ المورد « Le fournisseur » سيتم استبعاده كطرف من العقد. فالمشرع الجزائري لم ينص عليه كطرف في عقد الليزنغ ضمن الأمر رقم 96-09 المتعلق بالاعتماد الإيجاري[62]. وحتى المشرع الفرنسي لم يجعل المورد طرفاً في عقد

[60] أنظر، ناذر عبد الشافي، المرجع السابق، الصفحة 94.

[61] Cf. Alain BÉNABENT, op.cit., p.591.

[62] أنظر، المادة 01 من الأمر رقم 96-09 المؤرخ في 10 يناير 1996، المتعلق الاعتماد الإيجاري، ج.ر.14 يناير 1996.

الليزنغ. وهو ما تبناه بعض الفقه الفرنسي[63]، مستدلاً في ذلك بما ذهب إليه القضاء من خلال قرار الغرفة التجارية لمحكمة استئناف فرساي الصادر بتاريخ 1997/05/06[64]. والذي أكد مضمونه على استقلالية عقد الليزنغ الذي يجمع المؤجر بالمستأجر،عن عقد البيع الذي يربط المورد بمؤسسة القرض. فالمورد ولأنّه أجنبي عن عقد الاعتماد الإيجاري لا يمكنه إثارة شروط العقد التي تربط مؤسسة القرض بالمستأجر لإجبار المؤجر قبول العتاد ودفع ثمنه، بعد أن تراجع المستأجر عن الصفقة ورفض استلام العتاد.

كما أنَّ البنك لا يمكنه التمسك بفسخ عقد البيع مع المورد لعدم التسليم، ذلك أنه ورغم أنّ المستأجر هو من اختار الأصل الإنتاجي، ثمَّ نتيجة المشاكل المالية التي واجهته رفض إتمام الصفقة باستلام العتاد الذي وضعه المورد تحت تصرفه في الموعد المحدد، فإنّ البنك يظل هو المشتري. ومادام أنَّ عقد البيع تمَّ بين البنك والمورد ونشأ صحيحا، فإنه منتج لآثاره القانونية فيما بينهما، لاسيما إلزام البنك دفع ثمن العتاد دون تمكينه من الدفع ببنود عقد الاعتماد الإيجاري التي تجمعه بالمستأجر في مواجهة المورد. لأنّ هذا الأخير يعد أجنبياً عن عقد الليزنغ الذي يجمع المؤجر بالمستأجر.

إنَّ هذا الاتجاه من الفقه يرى أنَّ ثَمَّةَ فرقٌ بين عملية الاعتماد الإيجاري وبين عقد الاعتماد الإيجاري الذي يجمع فقط المؤجر بالمستأجر. فعملية الاعتماد الإيجاري ترتكز على مجموعة من العقود تجمع فقط بين طرفي العقد(كعقد الوكالة بين المؤجر و المستأجر لاختيار المورد والأصل واستلامه...)، أو بين أحد طرفي العقد والغير

[63] Cf. Chantal BRUNEAU, op.cit., p.61.

[64] V. **C.A,** Versailles 06 mai 1997, Dalloz Affaires 1997.1117, cité par Chantal BRUNEAU, op.cit., p.61.

(كعقد البيع بين المورد أو البائع والمؤجر، أو عقد التامين بين المستأجر وشركة التامين...)[65].

فهذه العقود الداخلة في عملية الاعتماد الإيجاري وإن كان أحد أطرافها مؤسسة القرض أو المتعامل الاقتصادي فإنها تظل رغم تنوعها أو تعدد أطرافها متعلقةً فقط بتنفيذ الالتزامات التي يرتبها عقد الليزنغ بين تلك الأطراف[66]. في حين أنّ عقد الليزنغ يجمع فقط بين طرفين هما: المستأجر(المتعامل الاقتصادي) والمؤجر(مؤسسة القرض) بهدف تمويل اقتناء الأصل الإنتاجي ضمن علاقة التأجير التي تجمع بين طرفي هذا العقد.

وبهذا يبدو من غير المجدي التطرق للمُوَرِدْ ضمن عقد الليزنغ، طالما لا يعد طرفاً فيه، و الاكتفاء بطرفي العقد وهما المؤجر و المستأجر. ذلك أنّ الطابع الثلاثي للعملية من الناحية الاقتصادية لا يمكنه بالضرورة أن يجعل من العقد من الناحية القانونية ثلاثي الأطراف[67]. لذلك سيكون من الضروري التعرف على طرفي هذا العقد، وذلك من خلال تحديد الإطار القانوني الذي يحكمهما معاً ويسمح لهما في نفس الوقت بإبرام عقد الاعتماد الإيجاري، وفق الشروط المطلوبة لصحته قانوناً.

لكن، تبقى الإشارة إلى أنه رغم عدم اعتداد المشرع الجزائري بالمورد كطرف في عقد الليزنغ، و هو ذات الموقف الذي أكده الفقه بالنسبة للتشريع الفرنسي [68]

---

[65] Cf. Rose-Noëlle SCHŰTZ, Les recours du crédit-preneur dans l'opération de crédit-bail, op.cit., p.05.

[66] أنظر، إلياس ناصيف، المرجع السابق ص 158.

[67] أنظر، هاني دويدار، المرجع السابق. ص 217.

[68] Cf. Brigitte HESS-FALLON et Anne-Marie SIMON, Droit des affaires, Dalloz, Édition 2003, p.287.

واللبناني[69] فإنّ الأمر يختلف بالنسبة للمشرع المصري الذي عرَّفَ المورد ضمن قانون التأجير التمويلي رقم 95/ 1995 الصادر بتاريخ 01 يونيو 1995 ولائحته التنفيذية رقم 1995/846 الصادرة بتاريخ 12 ديسمبر 1995، إذ يرى جانب من الفقه في هذا الإطار أنّ ثمة حالات يكون فيها المورد طرفا في عقد التأجير التمويلي[70].

المبحث الأول

المؤجر

إنّ طبيعة عقد الليزنغ المختلفة عن عقد الإيجار في الشريعة العامة يؤكدها محتوى الأمر رقم 96-09، الذي يعد نصاً خاصاً منظماً لأحكام الاعتماد الإيجاري. فبالرغم من كون العقد قائم على عقد إيجار، لم يمنع ذلك حيازته لمجموعة من الخصائص التي يتميز بها عنه. ومن الطبيعي أنّ الاختلاف الذي يمس العقدين يمتد إلى أطرافهما، مما يجعل المؤجر في عقد الليزنغ، يختلف عن المؤجر في القانون المدني.

لهذا سيتم التطرق للشروط والضوابط التي وضعها المشرع الجزائري وألزم بها كل من يرغب في الحصول على الصفة القانونية للمؤجر ضمن عقد الليزنغ. و لقد حدد الأمر رقم 96-09 المتعلق بالاعتماد الإيجاري من هو المؤجر في عقد الاعتماد الإيجاري من خلال العبارة : " ... يتم تحقيقها من البنوك والمؤسسات المالية أو شركة تأجير معتمدة صراحةً بهذه الصفة مع المتعاملين الاقتصاديين..."[71]. ويستنتج من هذا النص وجود طرفين المؤجر والمستأجر ضمن عقد

[69] أنظر، ناذر عبد الشافي، المرجع السابق، ص. 93.

[70] أنظر، عبد العزيز سمير محمد، ، المرجع السابق، ص. 197.

[71] أنظر، المادة الأولى من الأمر رقم 96-09 المؤرخ في 10 يناير 1996، المتعلق بالاعتماد الإيجاري.

إيجار[72]. لذلك ينبغي في بداية الأمر معرفة شروط تأهيل المؤجر واعتماده.

فلقد حصر مشرعنا صفة المؤجر في 03 أشخاص قانونية هي البنك، المؤسسة المالية وشركة الاعتماد الإيجاري والتي يطلق عليها اصطلاحا "مؤسسات القرض" وهو المصطلح الذي سبق لمشرعنا استعماله منذ سنة 1984 وتحديداً ضمن القانون المدني[73]، وذلك بدلاً عن مصطلح "المؤسسات المالية"[74]. في حين أنّ أول نص للمشرع الجزائري اهتم بتنظيم نشاط مؤسسات القرض هو القانون رقم 86-12 المتعلق بنظام البنوك والقرض[75]. حيث ورد مصطلح "مؤسسات القرض " ضمن المادة 15 منه، وذلك للدلالة على البنوك أو المؤسسات المالية.

و لاحقاً، أُلغِيَ القانون رقم 86-12 بموجب المادة 214 من القانون 90-10المتعلق بالنقد والقرض[76]، هذا الأخير الذي على خلاف سابقه لم يستعمل مصطلح "مؤسسات القرض" على الإطلاق، وأيضاً فعل القانون الذي خلفه أي القانون الحالي رقم 03-11 المتعلق بالنقد والقرض، المعدَّل والمتمّم.

---

[72] Cf. Fatiha TALEB, op.cit., p.06. : « le leasing…est utilisé, aussi, par certaines banques islamiques, sous la forme de IDJAR».

[73] أنظر، المادة رقم 455 من الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر1975، المتضمن القانون المدني، المعدّل والمتمّم.

[74] أنظر، المادة 22 من القانون رقم 84-21 المؤرخ في 24 ديسمبر 1984، المتضمن لقانون المالية لعام 1985، ج.ر.31 ديسمبر1984، عدد 72، ص. 2544، و التي عدلت المادة 455 من الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون المدني، واستبدلت فيها مصطلح "المؤسسات المالية" بمصطلح "مؤسسات القرض".

[75] أنظر، القانون رقم 86-12 المؤرخ في 19 أوت 1986، المتعلق بنظام البنوك والقرض، ج.ر.20 أوت 1986، عدد 34، ص. 1425.

[76] أنظر، القانون رقم 90-10 المؤرخ في 14 أبريل 1990، المتعلق بالنقد والقرض، ج.ر.18 أبريل 1990، عدد 16، ص. 520.

لكن، حافظ على هذا المصطلح النظام رقم 92-01 والمتضمن تنظيم مركزية الأخطار وعملها[77]، والصادر بناءاً على القانون 90-10 أعلاه والذي جاء في نص المادة الثانية فقرة 02 منه ما يلي: " يقصد بمؤسسة قرض في مفهوم هذا النظام، البنوك والمؤسسات المالية، وأية مؤسسة قرض أخرى".

إنَّ المادة الأولى من الأمر رقم 96-09 المتعلق بالاعتماد الإيجاري، قد حددت وصف المؤجر ضمن عقد الليزنغ في ثلاثة أشخاص قانونية يمكنها جميعاً إبرام هذا النوع من العقود، والتي تم تسميتها مؤسسات القرض وتشمل (البنوك، المؤسسات المالية، وشركات الاعتماد الإيجاري). فتشترك هذه الأنواع الثلاثة من مؤسسات القرض في أنّ لها الحق في إبرام عمليات مصرفية. و أنَّ العملية المصرفية تشمل كل تعامل يتم بين البنوك أو المؤسسات المالية وبين زبائنهما[78]. كما يندرج ضمن العمليات المصرفية ما يسمى "بعمليات القرض"[79]،والتي يعتبر الاعتماد الإيجاري أحد أنواعها[80]. ومن هنا يظهر أنّ المؤجر ضمن عقد الاعتماد الإيجاري لا يقوم بعملية تأجير عادية. كما لا يمنح قرضاً بالمفهوم التقليدي، فهو يجمع بين مفهوم القرض والإيجار، ولعل هذا ما يفسر تسميته بالقرض الإيجاري ضمن الأمر رقم 03-11 المتعلق بالنقد والقرض، المعدَّل والمتمّم.

إنَّ جميع مؤسسات القرض تشترك في حق إبرام عقود الاعتماد الإيجاري، لكنها تختلف من حيث أنواعها. فبعض الفقه يرى أنَّ البنك

---

[77] أنظر، النظام رقم 92-01 المؤرخ في 22 مارس1992، المتضمن تنظيم مركزية الأخطار وعملها، ج.ر.07 فبراير1993،عدد 08، ص12.

[78] أنظر، المادة الثانية من النظام رقم 09-03، المؤرخ في 26 مايو 2009، المحدد للقواعد العامة المتعلقة بشروط البنوك المطبقة على العمليات المصرفية، ج.ر. 13 سبتمبر 2009، عدد 53، ص.24.

[79] أنظر، المادة 66 من الأمر رقم 03-11 المتعلق بالنقد والقرض، المعدّل والمتمّم.

[80] أنظر المادة 68 فقرة 02 من الأمر رقم 03-11 المتعلق بالنقد والقرض، المعدّل والمتمّم ، والمادة 02 من الأمر رقم 96-09 المتعلق بالاعتماد الإيجاري.

يعرَّف فقط على أساس معيار النشاط الذي بموجبه يقوم بكل العمليات المصرفية[81]، ولعل هذا التعريف ينسجم مع قيام المشرع الجزائري بتحديد مجال العمليات المصرفية(تلقي الأموال من الجمهور،عمليات القرض، إدارة وسائل الدفع ووضعها تحت تصرف الزبائن) وجعله البنوك تختص حصراً في القيام بها جميعها [82]. والمشرع الفرنسي أيضاً عدد أنواع العمليات المصرفية[83] كما أكد على أنّ البنوك تستطيع القيام بجميع تلك العمليات المصرفية[84].

في حين أنَّ المؤسسات المالية هي تلك التي لا يمكنها القيام بجميع العمليات المصرفية، ماعدا تلك المسندة لها بموجب أحكام تشريعية أو تنظيمية[85]، وهو ما يتوافق تماماً مع ما جاء به المشرع الفرنسي ضمن القانون النقدي والمالي[86]. في حين أنَّ المشرع الجزائري ومن بين جميع العمليات المصرفية أبقى للمؤسسات المالية عمليات القرض لكنه منعها من تلقي الأموال من العموم و إدارة أو وضع وسائل الدفع تحت تصرف الزبائن[87].

---

[81] En ce sens, V. Jean-Louis RIVES-LANGE et Monique CONTAMINE-RAYNAUD, op.cit., p.37 : « …*Les banques se définissent seulement par le critère de l'activité : elles peuvent accomplir toutes les opérations de banque : réception de fonds du public quelqu'en soit le terme, opération de crédit, gestion et mise à disposition de moyens de paiement*… ».

[82] أنظر، المادتين 66 و 70 من الأمر رقم 03-11 أعلاه.

[83] V. Art. L311-1 du C. fr. mon. fin. : « *Les opérations de banque comprennent la réception de fonds du public, les opérations de crédit, ainsi que les services bancaires de paiement* ».

[84] V. Art. L511-9 du C. fr. mon. fin. : «*…Les banques peuvent effectuer toutes les opérations de banque…* »

[85] Cf. Étienne MICHELLE, Banques et établissement de crédit, Rép. Com. Dalloz, avril 1994, n° 191.

[86] V. Art. L515-1 du C. fr. mon. fin. : «*…Les sociétés financières ne peuvent effectuer que les opérations de banque résultant soit de la décision d'agrément qui les concerne, soit des dispositions législatives et réglementaires qui leur sont propres.* ».

[87] أنظر، المادة 71 من الأمر رقم 03-11 المتعلق بالنقد والقرض، المعدّل والمتمّم.

أخيراً، فإنّ شركات الاعتماد الإيجاري متخصصة في نوع واحد من عمليات القرض التي تختص بها المؤسسات المالية عموماً وهو الاعتماد الإيجاري، أي أنّ لها مجال نشاط أضيق من ذلك المخصص مبدئياً للمؤسسات المالية، لكنها تعتبر رغم ذلك مؤسسات مالية بدليل إدراجها قانوناً ضمن هذه الفئة[88].

وعموماً، بعد أن تمَّ التعرف على من هو المؤجر في عقد الاعتماد الإيجاري، والذي ليس في الواقع إلا مؤسسة القرض مأخوذةً في أحد أنواعها الثلاثة أي البنوك أو المؤسسات المالية أو شركات الاعتماد الإيجاري، بقيَّ معرفة ما هي الشروط المرتبطة باكتساب صفة المؤجر من خلال معرفة شروط تأسيسه و شروط نشاطه ؟

المطلب الأول

الشروط المتعلقة بمرحلة التأسيس

إنَّ المؤجر في عقد الاعتماد الإيجاري ما هو إلاَّ مؤسسة القرض، وطالما أنه ليس لأي شخص قانوني أن يكون مؤسسة القرض، بالنظر إلى الإطار القانوني والتنظيمي الذي يحكم هذه الأخيرة، وجب معرفة من يحق له التمتع بوصف مؤسسة القرض حتى يحوز الحق بأن يوصف بالمؤجر ضمن عقد الاعتماد الإيجاري؟

[88] أنظر، على سبيل المثال، المقرر رقم 10-01 المؤرخ في 24 يناير 2010، المتضمن نشر قائمة البنوك وقائمة المؤسسات المالية المعتمدة في الجزائر، ج.ر.10 فبراير 2010، عدد 11، ص. 33.

الفرع الأول

الشروط العامة

إنَّ الشروط العامة تتعلق بتحديد نوعية الأشخاص القانونية التي يحق لها من حيث المبدأ التمتع بوصف المؤجر ضمن عقد الاعتماد الإيجاري. وفي هذا الإطار يتم التطرق أولاً للأشخاص الطبيعية، و ثانياً لنوعية الأشخاص المعنوية التي يمكنها ذلك.

أولاً.ـ استبعاد الأشخاص الطبيعية لصالح الأشخاص المعنوية

إنّ المبادئ العامة المتعلقة بحرية التعاقد تسمح بأن يكون المؤجر شخصا طبيعياً أو معنوياً [89]، لكن الأمر يختلف مبدئياً بالنسبة لعقد الاعتماد الإيجاري، وذلك حسب تنظيم كل مشرع لهذا العقد . فالمشرع الجزائري من خلال الأمر 96-09 حصر صفة المؤجر في أشخاص البنوك و المؤسسات المالية بما فيها شركات التأجير المؤهلة قانوناً والمعتمدة صراحةً بهذه الصفة [90]، هذه الأخيرة التي أفرد لها نصٍ خاصٍ بها[91]. و بالتالي لا يستبعد قانوناً الشخص الطبيعي فقط بل أكثر من ذلك يتطلب مبدئياً أن يتخذ الشخص المعنوي وصف الشركة التجارية وهو ما يكسبه صفة التاجر بالشكل، في إطار النظام القانونيَ للشركات التجارية ضمن القانون التجاري[92].

---

[89] أنظر،إلياس ناصيف، المرجع السابق، ص 159.

[90] أنظر،المادة الأولى من الأمر رقم 96-09 المؤرخ في 10 يناير 1996، المتعلق بالاعتماد الإيجاري، ج.ر.14 يناير 1996، عدد 03، ص.25.

[91] أنظر،المادة الثالثة من النظام رقم 96-06 المؤرخ في 3 يوليو 1996، المحدد لكيفيات تأسيس شركات الاعتماد الإيجاري وشروط اعتمادها، ج.ر.03 نوفمبر 1996، عدد 66، ص. 15.

[92] أنظر،المادة 544 من الأمر رقم 75-59 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون التجاري، المعدّل والمتمّم.

كما يلاحظ أنه ليس أي شركة تجارية يمكنها أن تكون مؤجراً ضمن عقد الليزنغ، إذ تستبعد الشركات ذات المسؤولية المحدودة ومن باب أولى المؤسسة ذات الشخص الوحيد وذات المسؤولية المحدودة، إضافةً إلى استبعاد شركات التضامن وشركات التوصية بالأسهم أو التوصية البسيطة. فهذه الشركات التجارية والتي طبقاً لأحكام القانون التجاري[93] أدرجت ضمن الأعمال التجارية بحسب شكلها[94]،دون الحاجة للبحث في موضوعها ، كما تؤكده المادة 544 من القانون التجاري. غير أنّ مشرعنا خص نوعاً واحداً منها ليحوز صفة المؤجر– كمؤسسة قرض– في عقود الاعتماد الإيجاري وهو شركات المساهمة[95].

أما المشرع الفرنسي ومنذ صدور القانون رقم 66-455 [96]، وتحديداً في المادة الثانية منه – قبل أن تدمج الأحكام المتعلقة بالاعتماد الإيجاري، ضمن التقنين النقدي والمالي الفرنسي –، حصر القيام بعمليات الاعتماد الإيجاري على الشركات التجارية. و فرض على التي تقوم منها بهذه العمليات على وجه الاعتياد، أن تتخذ وجوباً شكل بنك أو مؤسسة مالية [97]، وذلك تحت طائلة الحكم ببطلان العقد قضاءً بسعي من المستأجر. وهو ما جاء في قرار محكمة النقض الفرنسية الصادر عن الغرفة التجارية بتاريخ 1991/11/19[98].

---

[93] أنظر، المادة 03 من الأمر رقم 75–59 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون التجاري، المعدّل والمتمّم.

[94] أنظر، فرحة زراوي صالح، الأعمال التجارية– التاجر– الحرفي، ص. 91.

[95] انظر المادة 83 من الأمر رقم 03–11 المتعلق بالنقد والقرض، المعدّل والمتمّم.

[96] V. La loi n°66-455 du 2 juillet 1966 relative aux entreprises pratiquant le crédit-bail, J.O.R.F, du 03 juillet 1966, p, 5652.

[97] أنظر، إلياس ناصيف، المرجع السابق، ص.160.

[98] V. Cass. com., 19 nov.1991, cité par Philippe SIMLER, Le crédit & ses garanties, Édition du Juris-Classeur, 2004, p.344.

إنَّ الشخص الطبيعي يتم استبعاده وبشكل صريح من ممارسة نشاط الاعتماد الإيجاري، بدليل استبعاد المؤسسات الفردية لعدم تلاؤمها مع وجوب كون مؤسسة القرض شخص معنوي، كما يشترط مبدئيا على هذا الشخص المعنوي النشاط كشركة تجارية[99]. في حين أنّ قيامه بعمليات الليزنغ على وجه الاعتياد يستدعي خضوعه للنظام القانوني لمؤسسات القرض تحت طائلة بطلان العقد. لأنَّ الاعتماد الإيجاري يعدّ عملية مصرفية تحتكرها مؤسسات القرض دون غيرها.

أما بالنسبة للمشرع اللبناني، ومن خلال القانون رقم 99/160 لاسيما المادة 13 منه والتي تنُصُّ على أنَّه :« يحظر احتراف أعمال "الإيجار التمويلي" في لبنان إلاَّ:

1- لشركات مغفلة لبنانية مختصة، محصور موضوعها "بالإيجار التمويلي" وبالعمليات المتممة له.

2- لفروع الشركات المغفلة الأجنبية، التي يكون موضوعها الأساسي القيام بعمليات "الإيجار التمويلي".

3- للمؤسسات المالية المسجلة لدى مصرف لبنان.

من أجل تطبيق أحكام هذه المادة، لا تعتبر مؤسسات أو شركات "إيجار التمويلي"، المؤسسات أو الشركات التجارية، التي تمارس عمليات "الإيجار التمويلي"، بصورة تابعة لموضوعها التجاري الأساسي ».

إنَّ هذه المادة تؤكد على أنَّ المؤجر في القانون اللبناني لا يمكن أن يكون إلاَّ أحد الشخصين القانونين التاليين: إمَّا شركة مغفلة مختصة

[99] Cf. Thierry BONNEAU, Droit bancaire, Montchrestien, 5ème édition, 2003, p. 124.

بهذا النشاط أساساً ضمن غرضها الاجتماعي وليس بشكل تبعي، وإمَّا مؤسسة مالية مسجلة لدى بنك لبنان، مما يستبعد معه الأشخاص الطبيعية والمصارف على حدٍ سواء[100].

لكن المشرع المصري وعلى النقيض من المشرعين الجزائري، الفرنسي واللبناني، فإنه سمح للشخص الطبيعي والمعنوي على حدٍ سواء بممارسة ما يسميه نشاط "التأجير التمويلي"[101]، حسب ما يظهر من نص المادة الأولى من القانون رقم 1995/95 في شأن التأجير التمويلي، والتي عرفت المؤجر بأنه: «كل شخص طبيعي أو اعتباري يباشر عمليات التأجير التمويلي بعد قيده طبقاً لأحكام هذا القانون، ويجوز أن يكون المؤجر بنكاً، إذا رخص له في ذلك مجلس إدارة البنك المركزي، بالشروط والأوضاع التي يحددها قرار الترخيص بذلك ». لكن يبقى على المؤجر الالتزام بشرط القيد في سجل المؤجرين بالقطاع المختص بالتأجير التمويلي في وزارة الاقتصاد والتجارة الخارجية. وذلك تحت طائلة حظر النشاط للمخالفين لهذا الشرط بموجب المادة 31 من ذات القانون والمادة 08 من اللائحة التنفيذية رقم 1995/846 لقانون التأجير التمويلي المصري[102].

ثانياً ـ اشتراط الشكل القانوني لشركات المساهمة في الشخص المعنوي

إنّ الشرط المتعلق بوجوب كون المؤجر شخصاً معنوياً تاجراً مؤسس في شكل شركة تجارية، يعد ضرورياً لكنه غير كافٍ، بدليل اشتراط المشرع الجزائري أن يتم تكوين هذه الشركة ـ مؤسسة

[100] أنظر، سامي منصور،خصائص عقد الليزنغ في القانون اللبناني، مجلة العدل، العدد الثاني، 2009، ص.430.

[101] أنظر، ناذر عبد الشافي، المرجع السابق، الصفحة 104.

[102] أنظر، إبراهيم الدسوقي أبو الليل، تطورات حديثة في التأجير التمويلي،الجديد في أعمال المصارف من الوجهتين القانونية والاقتصادية، أعمال المؤتمر العلمي السنوي، لكلية الحقوق بجامعة بيروت العربية، الجزء الثاني، الجديد في التمويل المصرفي، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت- لبنان، 2002، الصفحة 150.

القرض بنكاً كانت أو مؤسسة مالية ــ حصراً في الشكل القانوني لشركة مساهمة[103]. إنَّ هذا الشرط القانوني مؤسس بالنظر للأمر رقم 03-11 المتعلق بالنقد والقرض المعدَّل والمتمّم[104]، وتتعلق به أحكام الأمر رقم 96-09 المتعلق بالاعتماد الإيجاري[105]، وكذا النظام رقم 96-06 المتعلق بكيفيات تأسيس شركات الاعتماد الإيجاري، وشروط اعتمادها[106].

كما أنّ شركات المساهمة تلك، ملزمة من الناحية القانونية باحترام كل الأحكام القانونية المقررة لها وتجنب تلك المحظورة عليها بصفتها تلك، لاسيما الالتزام بشروط التأسيس العامة بوصفها شركة تجارية أو تلك الخاصة بوصفها شركة مساهمة، مع ما يترتب عليها من التزامات كتنظيم وثائقها الحسابية [107] أو إلزامها بمسك محاسبة مالية بما أنها شركة خاضعة لأحكام القانون التجاري[108]. أيضاً، تلزم شركات المساهمة باحترام القواعد المطبقة على الممارسات التجارية [109]، وتلك الخاصة بشروط ممارسة الأنشطة التجارية لاسيما واجب القيد في السجل التجاري لاكتساب الحق في الممارسة الحرة

---

[103] أنظر، فرحة زراوي صالح، الأعمال التجارية، المرجع السابق، ص.226.

[104] أنظر، المادة، 83 من الأمر رقم 03-11 المؤرخ في 26 أوت 2003، المتعلق بالنقد والقرض، المعدّل والمتمّم.

[105] أنظر، المادة الأولى من الأمر رقم 96-09 المؤرخ في 10 يناير 1996، المتعلق بالاعتماد الإيجاري، ج.ر.14 يناير1996، عدد 03، ص.25.

[106] أنظر، المادة الثالثة من النظام رقم 96-06 المؤرخ في 03 يوليو 1996، المحدد لكيفيات تأسيس شركات الاعتماد الإيجاري وشروط اعتمادها، ج.ر.03 نوفمبر 1996، عدد 66، ص. 15.

[107] أنظر، المواد 716 و ما يليها من الأمر رقم 75-59 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون التجاري، المعدّل والمتمّم.

[108] أنظر، المادة، 04 من القانون رقم 07-11 المؤرخ في 25 نوفمبر 2007، المتضمن النظام المحاسبي المالي، ج.ر. 25 نوفمبر2007، عدد 74، ص. 03.

[109] أنظر، القانون رقم 04-02 المؤرخ في 23 يونيو 2004، المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية، المعدّل والمتمّم.

للنشاط التجاري[110]. ذلك أنه إذا كانت الشركة التجارية لا تثبت إلا بعقد رسمي تحت طائلة البطلان طبقا للمادة 545 من القانون التجاري، فإنّ تاريخ قيدها في السجل التجاري يمثل بدء اكتسابها الشخصية المعنوية طبقا للمادة 549 من نفس القانون.

غير أنَّ تسجيل الشخص الاعتباري لا يكون حجةً على الغير إلاَّ بعد يومٍ واحد من تاريخ نشره القانوني طبقاً للمادة 11 فقرة 02 من القانون 04-08 المتعلق بشروط ممارسة الأنشطة التجارية، كما تلزم مؤسسة القرض بعد قيدها باحترام شروط المنافسة [111] والتي يرى جانب من الفقه أنها تخضع لما تحدده القواعد العامة[112]. كما يجب عليها أن تنشط في إطار شفافية نظام محاسبة مطابق للمعايير القانونية[113] والطرق المحاسبية المعتمدة [114]، وذلك تماشياً مع متطلبات محاربة الفساد[115] والوقاية من تبييض الأموال وتمويل الإرهاب[116].

وعموماً، فواجب القيد من حيث المبدأ يشمل على حدٍ سواء الشخص المعنوي أو الطبيعي الراغب في ممارسة نشاط تجاري طبقا للمادة 04 من القانون 04-08. لكن طالما أنّ قانون العقوبات [117]

---

[110] أنظر، المادة 04 من القانون رقم 04-08 المؤرخ في 14أوت 2004، المتعلق بشروط ممارسة الأنشطة التجارية، المعدّل والمتمّم.

[111] أنظر، الأمر رقم 03-03 المؤرخ في 19 يوليو 2003، المتعلق بالمنافسة، المعدّل والمتمّم.

[112] Cf. Thierry BONNEAU, op.cit., p. 139.

[113] أنظر، القانون رقم 07-11 المؤرخ في 25 نوفمبر2007، المتضمن للنظام المحاسبي المالي، ج.ر.25 نوفمبر 2007، عدد 74، ص.03.

[114] أنظر، المرسوم التنفيذي رقم 08-156 المؤرخ في 26 ماي 2008، المتضمن تطبيق أحكام القانون رقم 07-11 المؤرخ في 25 نوفمبر2007، والمتضمن النظام المحاسبي المالي، ج.ر.28 مايو2008، عدد 27، ص. 11.

[115] أنظر، المادة 14 من القانون رقم 06-01 المؤرخ في 20 فبراير2006، المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته، المعدّل والمتمّم.

[116] أنظر، القانون رقم 05-01 المؤرخ في 06 فبراير2005، المتعلق بالوقاية من تبييض الأموال وتمويل الإرهاب ومكافحتهما، ج.ر.09 فبراير 2005، عدد 11، ص.03.

[117] أنظر، الأمر رقم 66-155 المؤرخ في 08 يونيو 1966، المتضمن قانون العقوبات، المعدّل والمتمّم.

ومنذ عام 2004 لاسيما في مادته 18 مكرر المتممة[118] والمعدَّلة في 2006[119]، يعدد قائمة العقوبات القابلة للتطبيق على الشخص المعنوي في مواد الجنح والجنايات. وأنّ قانون الإجراءات الجزائية [120]يعطي الحق في إمكانية طلب رد الاعتبار لكل شخص حكم عليه بجناية أو جنحة. فلماذا المشرع الجزائري حين أقر بشرعية عقوبة الشخص المعنوي بموجب المادة 51 مكرر من قانون العقوبات لم يقم بالموازاة مع ذلك بتعديل قانون الإجراءات الجزائية، حتى يسمح بشكل صريح للشخص المعنوي لاسيما الشركات التجارية بالاستفادة من رد الاعتبار بوصفها محكومٌ عليها جزائياً؟

إنَّ من ضمن جملة الشروط أعلاه، قد يطرح الإشكال بخصوص شروط القيد في السجل التجاري حتى تكتسب الشركة الشخصية المعنوية[121]. فالمادة 08 من القانون رقم 04-08 المتعلق بشروط ممارسة الأنشطة التجارية قامت بجرد قائمة الجنايات والجنح، التي على المحكوم عليهم بها أن يردوا اعتبارهم بخصوصها قبل طلب القيد في السجل التجاري. و بهذا الخصوص يلاحظ أنَّ رد الاعتبار "التجاري" للتاجر الشخص الطبيعي أو الشخص المعنوي تمت معالجته ضمن القانون التجاري[122]. لكنه يخص فقط التجار الذين خضعوا

---

[118] أنظر، المادة 18 مكرر من الأمر رقم 66-156 المؤرخ في 08 يونيو 1966، المتضمن قانون العقوبات، المعدّل والمتمّم، والمحدثة بموجب المادة 04 من القانون رقم 04-15 المؤرخ في 10 نوفمبر 2004، المعدّل والمتمّم للأمر 66-156،ج.ر.10 نوفمبر 2004، عدد 71، ص. 08.

[119] أنظر، المادة 18 مكرر من الأمر رقم 66-156 المؤرخ في 08 يونيو 1966، المتضمن قانون العقوبات، المعدّل والمتمّم، المعدّلة بموجب المادة 10 من القانون رقم 06-23 المؤرخ في 20 ديسمبر 2006، المعدّل والمتمّم للأمر رقم 66-156، ج.ر.24 ديسمبر 2006، عدد 84، ص. 15.

[120] أنظر، المادة 676 من الأمر رقم 66-155 المؤرخ في 08 يونيو 1966، المتضمن قانون الإجراءات الجزائية المعدّل والمتمّم.

[121] Cf. Philippe MERLE, Droit commercial, Sociétés commerciales, Dalloz, 10e édition, 2005, p.88. : «*…la société accède à la vie juridique grâce à son immatriculation au registre de commerce et des sociétés qui lui confère la personnalité morale…* ».

[122] أنظر، المادة 358 و ما يليها من القانون رقم 75-59 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون التجاري، المعدّل والمتمّم.

للإفلاس أو التسوية القضائية وبشرط أنهم أوفوا ديونهم، ليستفيدوا من رد الاعتبار بقوة القانون. كما أنَّ تلك المواد لا تعالج رد الاعتبار لكل الحالات التي تمنع التاجر لاسيما الشخص المعنوي أي الشركة التجارية من القيد في السجل التجاري، بل فقط رد الاعتبار عن حالتي الإفلاس والتسوية القضائية، إضافة إلى أنّ المادة 366 من القانون التجاري تستثني من رد الاعتبار التجاري كل من أدين بجنحة أو جناية نتج عنها منعه من مزاولة التجارة.

لكن هناك حالات أخرى متعلقة بجرائم تمنع مزاولة النشاط التجاري، منها (اختلاس الأموال، الرشوة، السرقة والاحتيال، إخفاء الأشياء،خيانة الأمانة، إصدار شيك بدون رصيد، التزوير و استعمال المزور...)[123] . فإذا حكم على الشركة التجارية لارتكابها إحدى تلك الجرائم، فكيف يمكنها بوصفها شخص معنوي تاجر رد اعتبارها للتمكن من إعادة قيدها في السجل التجاري لمزاولة نشاطها من جديد، في غياب نص صريح ضمن قانون الإجراءات الجزائية؟

إنَّ الإشكالية المتعلقة برد الاعتبار للشركات التجارية لا تطرح لتلك التي تتكون لأول مرة كمؤسسة قرض، لكنها تمس شركات المساهمة لاسيما تلك الشهيرة منها وذات السمعة، والتي تريد رد اعتبارها قبل أن تغير غرضها الاجتماعي وتتخصص في المجال المصرفي.

أمّا بالنسبة للمشرع اللبناني، فلقد حصر على وجه الإلزام وجود المؤجر في شكل شركة مغفلة، حسب نص المادة 13 من القانون99/160 المؤرخ في 1999/12/27 المتعلق بتنظيم عمليات الإيجار التمويلي[124].

[123] أنظر، المادة 08 من القانون رقم 04-08 المؤرخ في 14 أوت 2004، المتعلق بشروط ممارسة الأنشطة التجارية، المعدّل والمتمّم.

[124] أنظر، سامي منصور، المرجع السابق، ص.430.

غير أنَّ المشرع الفرنسي يقيد مؤسسات القرض بوجوب اختيار شكل قانوني معين للشركة التجارية المراد تأسيسها لتكون مؤسسة القرض[125]. لكن جانب من الفقه يرى أنَّ هذا المبدأ يخضع للاستثناء بخصوص الشركات ذات المسؤولية المحدودة[126].

كما يلاحظ أنَّه في التشريع المصري ومن استقراء المادة 11 من اللائحة التنفيذية رقم 846 لعام 1995، يبدو بوضوح أنّ الشخص المعنوي الراغب في ممارسة نشاط التأجير التمويلي، يمكن أن يكون شركة تضامن أو شركة توصية بسيطة أو حتى شركة ذات المسؤولية المحدودة. في حين أنَّ المادة 12 من نفس اللائحة سمحت بطلب القيد بالنسبة لشركات المساهمة وشركات التوصيات بالأسهم[127].

وعموماً، وبعد أن بيَّنت الشروط العامة المركز القانوني للشخص الطبيعي والمعنوي على حدٍ سواء بالنسبة للنشاط كمؤجر ضمن عقد الاعتماد الإيجاري، بقي التعرض للشروط الخاصة المتعلقة بممارسة نشاط الاعتماد الإيجاري بوصفه نشاطاً مصرفياً تحكمه العديد من الضوابط القانونية الصارمة.

الفرع الثاني

الشروط الخاصة

إنّ مؤسسات القرض وباختلاف نوعيها تعتبر الإطار القانوني الوحيد للقول بوجود المؤجر ضمن عقد الاعتماد الإيجاري. و في هذا الشأن يخضع تأسيس البنك أو المؤسسة المالية لمجموعة من الشروط الخاصة والتي يجب على الملتمس استيفائها قبل تقديم طلب الترخيص

[125] Cf. Jean-Louis RIVES-LANGE et Monique CONTAMINE-RAYNAUD, op.cit., p.97.

[126] Cf. Thierry BONNEAU, op.cit., p. 124.

[127] Cf. Thierry BONNEAU, op.cit., p. 125.

بالتأسيس إلى مجلس النقد والقرض، المختص في ذلك بموجب المادة 62 من الأمر رقم 03-11 المتعلق بالنقد والقرض، المعدَّل والمتمّم.

أولاً.ـــ التزام الشروط القانونية لطلب تأسيس البنوك أو المؤسسات المالية أو إقامة فروعها الأجنبية

إنّ النظام رقم 06-02 المحدد لشروط تأسيس بنك ومؤسسة مالية، وشروط إقامة فرع بنك ومؤسسة مالية أجنبية، يمثل الإطار العام لتأسيس و نشاط مؤسسات القرض وفروع تلك الأجنبية منها.وعموماً، فإنّ أغلب الشروط التي تخضع لها مؤسسات القرض التي يقع مقرها الاجتماعي الرئيس بالجزائر تخضع لها أيضاً فروع مؤسسات القرض الأجنبية العاملة بالجزائر، مع بعض الاختلافات المرتبطة بطبيعة كلٍ منهما. فمثلاً حسب المادة 03 من النظام رقم 06-02 أعلاه يتضمن ملف طلب الترخيص لمؤسسة القرض، الكائن مقرها الرئيس بالجزائر تقديم مشروع قانونها الأساسي[128].لكن، مصطلح مشروع القانون الأساسي بالنسبة لشركات المساهمة يتعلق أساساً بتلك التي تلجأ منها للادخار العلني في تأسيسها قبل أن تعرض مشروع قانونها الأساسي للتصويت عليه من طرف الجمعية العامة التاسيسية[129]، في حين لا يمكن تصور تأسيس بنك او مؤسسة مالية في الجزائر باللجوء العلني للإدخار وذلك في ظل اشتراط مشرعنا للتحرير الكلي لرأس المال بموجب المادة 88 من الأمر رقم 03-11 المتعلق بالنقد والقرض، المعدَّل والمتمّم. أمَّا فرع مؤسسة القرض الأجنبية فيلزم بتقديم القانون الأساسي للشركة الأم، حتى يمكنه القيد

[128] En ce sens et sur la notion de projet de statut, v. Francis LEMEUNIER, Société anonyme, édition Dalloz, 2001, p.139. : « *…s'il s'agit d'une société constituée avec appel public à l'épargne, les statuts primitivement établis ne constitue qu'un projet qui sera soumis à l'approbation de l'assemblée constitutive …* ».

[129] أنظر، المادتين 595 و600 من الأمر رقم 75-59 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون التجاري، المعدّل والمتمّم.

في السجل التجاري حسب ما تفرضه المادة 06 من القانون 04-08 المتعلق بشروط ممارسة الأنشطة التجارية، مع خضوع هذا الترخيص بإقامة فروع مؤسسات القرض الأجنبية لمبدأ المعاملة بالمثل[130].

كما يراعى في طلب تأسيس البنوك والمؤسسات المالية أو إقامة فروعٍ بالجزائر[131] لتلك الأجنبية منها، استيفاء مجموعة من الشروط تتعلق بالقوانين الأساسية وشروط تعديلها ورأس المال والمسيرين إضافةً إلى استيفاء شرطي الترخيص والاعتماد.

لكن، بالنسبة للتشريع المصري يحظر مبدئياً نشاط التأجير التمويلي على البنوك لكون طبيعة النشاط تقتضي تملك الأصل موضوع العقد، وهو ما يتنافى مع الحظر المفروض على تعامل البنوك في المنقول أو العقار بالشراء أو البيع[132]، ولا يرفع هذا الحظر إلا بترخيص من مجلس إدارة البنك المركزي المصري[133]. كما أنّ المشرع المصري يسمح للأشخاص الطبيعية كما المعنويين ممارسة نشاط التأجير التمويلي دون رقابة من المصرف المركزي، رغم كون الليزنغ من أعمال الائتمان وهو ما دفع بالفقه إلى انتقاده[134]. لكن أيضا التشريع المصري أسس لوجود شركات التمويل الإيجاري والتي تخرج بطبيعتها أيضاً عن رقابة البنك المركزي المصري[135].

---

[130] أنظر، إلياس ناصيف، المرجع السابق ، ص.168.

[131] أنظر، المادة 85 من الأمر رقم 03-11 المؤرخ في 26 أوت 2003، المتعلق بالنقد والقرض، المعدّل والمتمّم.

[132] أنظر، عبد العزيز سمير محمد، المرجع السابق، ص. 252.

[133] أنظر، إبراهيم الدسوقي أبو الليل، المرجع السابق، ص. 151.

[134] أنظر، إلياس ناصيف، المرجع السابق ، ص.165 .

[135] أنظر، عبد العزيز سمير محمد، المرجع السابق، ص. 255.

أمـــا بالنســـبة للتشـــريع الفرنســـي، وماعـــدا عـــدم إلزامـــه مؤسســـات القرض اختيـــار الشـــكل القـــانوني للشـــركات المغفلـــة، فـــإنَّ بـــاقي الأحكـــام القانونية تبدو متقاربـــة مـــع التشـــريع الجزائـــري مـــن حيـــث المبـــدأ بخصـــوص الشروط التي تحكم مؤسسات القرض.

I- القوانين الأساسية وتعديلها

إنَّ مشـــرعنا بموجـــب النظـــام رقـــم 06-02 ســـالف الـــذكر، اشـــترط علـــى مؤسســـات القـــرض الـــتي تتأســـس بـــالجزائر تقـــديم مشـــاريع قوانينـــها الأساســـية فيمـــا تلـــزم تلـــك الكـــائن مركزهـــا الـــرئيس بالخـــارج والراغبـــة بإقامة فـــروعٍ لهـــا بـــالجزائر تقـــديم القـــوانين الأساســـية ـــ للمؤسســـة الأم ـــ [136]، لأجـــل إدراجهـــا ضـــمن طلـــب التـــرخيص الـــذي يمكِّنُهـــا مـــن التأســـيس[137]. و في حالـــة الموافقـــة علـــى الطلـــب يـــدخل مقـــرر التـــرخيص حيز التنفيـــذ بمجـــرد تبليغـــه لهـــا قانونـــاً[138]. في حـــين أنّ كـــل تعـــديل يمـــس مؤسســـات القـــرض، بنوكـــاً كانـــت أو مؤسســـات ماليـــة في قوانينـــها الأساسية، لاسيما ما تعلـــق منـــه بموضـــوعها أو رأسمالهـــا بعـــد الحصـــول علـــى الترخيص بالتأســـيس وقبـــل أو بعـــد الحصـــول علـــى الاعتمـــاد فإنَّـــه يخضـــع لمجلس النقد والقرض[139].

كما أنّ التعـــديلات في القـــوانين الأساســـية الـــتي تطـــرأ بعـــد الحصـــول علـــى التـــرخيص وقبـــل أو بعـــد الاعتمـــاد بالنســـبة لموضـــوع الشـــركات الأم – أي "مؤسســـات القـــرض الأجنبيـــة" الـــتي لهـــا فـــروع بـــالجزائر–، أو

---

[136] أنظر، المادة 03 من النظـــام رقـــم 06-02 المـــؤرخ فـــي 24 ســـبتمبر 2006، المحـــدد لشـــروط تأســـيس بنـــك ومؤسســـة ماليـــة، وشـــروط إقامـــة فـــرع بنـــك ومؤسســـة ماليـــة أجنبيـــة، ج.ر.02 ديسمبر2006، عدد 77، ص. 67.

[137] أنظر، المادة 92 من الأمر رقم 03-11 المؤرخ في 26 أوت 2003، المتعلق بالنقد والقرض، المعدّل والمتمّم.

[138] أنظر، المادة 06، من النظام، رقم 06-02.

[139] أنظر، المادة 10، فقرة أولى، من النظام، رقم 06-02.

بالنسبة لتخصيص رأسمال فروعها العاملة بالجزائر، فإنها فلا تقبل التنفيذ في الجزائر إلاّ بمصادقة مجلس النقد والقرض عليها[140].

بالنسبة للتشريع الفرنسي القوانين الأساسية تلعب دور مهم بالنسبة لمؤسسات القرض حيث تسمح بمراقبة أهم مكوناتها لاسيما رأسالمها الاجتماعي وشكلها القانوني...، وذلك قبل اعتمادها[141].

II – رأس المال الاجتماعي لمؤسسة القرض

يشترط بالنسبة لمؤسسة القرض أن يتم التحرير الكامل لرأس المال نقداً ودون أن يقل عن الحد الأدنى المشترط قانونا عند تأسيس أو إقامة فرع لمؤسسة قرض أجنبية، إضافة إلى أنّ الأسهم ــ والتي تمثل جزء من رأسمال الشركة[142] ــ لا يتم التصرف فيها بحرية خلافاً للمبدأ العام [143]، إذ تخضع في ذلك لقيود قانونية مرتبطة بكون شركة المساهمة تلك، عبارة عن مؤسسة قرض. ذلك أنَّ كل تعديل يمس القوانين الأساسية للبنوك أو المؤسسات المالية يخضع لترخيص مسبق من محافظ بنك الجزائر، مادام لا يمس رأسمال الشركة أو المساهمين فيها أو غرضها الاجتماعي[144].

أ– رأسمال مبرأ كليةً ولا يقل عن الحد القانوني الخاص

إنَّ الأمر رقم 03-11 المتعلق بالنقد والقرض ،المعدَّل والمتمّم، يوجب على البنوك والمؤسسات المالية أن تملك رأسمال مبرأ كلياً ونقداً

---

[140] أنظر، المادة 10 فقرة أخيرة من النظام رقم 06–02، أعلاه.

[141] Cf.Jean-Louis RIVES-LANGE et Monique CONTAMINE-RAYNAUD, op.cit., p.97.

[142] أنظر، المادة 715 مكرر 40 من الأمر رقم 75–59 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون التجاري، المعدّل والمتمّم.

[143] Mohamed SALAH, les valeurs mobilières émises par les sociétés par actions, EDIK, 2001, p.42.

[144] أنظر، المادة 94 من الأمر رقم 03–11 المتعلق بالنقد والقرض، المعدّل والمتمّم.

بما يعادل على الأقل المبلغ الذي يحدده بموجب نظام، مجلس النقد والقرض، و هو التزام يسري على البنوك والمؤسسات المالية جميعها بما فيها فروع تلك الكائن مقرها الرئيس بالخارج[145]. و هذا معناه أنّ مؤسسة القرض أو فروع تلك الأجنبية منها بوصفها شركة مساهمة، يتم تأسيسها بالتحرير الكلي لرأسمال الشركة نقداً، وذلك خلافاً لما تجيزه القواعد العامة المقررة في القانون التجاري. وبالتالي يبدو من غير الممكن أن يكون الرأسمال التأسيسي مكون من مقدمات عينية بل فقط النقدية منها، كما لا يمكن تصور تحرير رأسمال مؤسسة القرض على دفعات مما يستبعد معه التأسيس باللجوء العلني للادخار.

كما أنّه وبموجب الصلاحيات المخولة لمجلس النقد والقرض في تحديد الحد الأدنى لرأسمال البنوك والمؤسسات المالية بموجب نظام[146]. فقد تم النص على الحد الأدنى لرأسمال البنوك والمؤسسات المالية العاملة في الجزائر والذي يؤكد على وجوب أن تملك مؤسسة القرض عند تأسيسها في شكل شركة مساهمة رأسمال محرر كلياً ونقداً طبقاً لما يحدده مجلس النقد والقرض. وذلك بمبلغٍ يساوي على الأقل مبلغ عشرة ملايير دينار(10.000.000.000,00 دج) بالنسبة للبنوك .

أما بالنسبة للمؤسسات المالية –بما فيها شركات الاعتماد الإيجاري–، فيجب أن يكون رأسمالها لا يقل عن مبلغ ثلاثة ملايير وخمسمائة مليون دينار(3.500.000.000,00 دج)[147]. ويستعان بهذين الحدين للتأكد من أنّ مؤسسة القرض و حسب فئتها تحترم دائماً

[145] أنظر، المادة 88 من الأمر رقم 03-11.

[146] أنظر، المادتين 62 و 88 من الأمر رقم 03-11 المؤرخ في 26 أوت 2003،المتعلق بالنقد والقرض المعدّل والمتمّم.

[147] أنظر، المادة 02 من النظام رقم 08-04 المؤرخ في 23 ديسمبر 2008، المتعلق بالحد الأدنى لرأسمال البنوك والمؤسسات المالية العاملة في الجزائر، ج.ر.24 ديسمبر2008، عدد 72، ص. 34.

الإلتزام القانوني بأن تفوق دوماً أصولُهَا خصومَها بفارق مالي يعادل على الأقل الحد القانوني الأدنى،[148].

إنَّ هذا الالتزام الخاص بالحد الأدنى لرأسمال مؤسسات القرض يسري بنفس المبلغ على البنوك المؤسسة في الجزائر أو الفروع التي تقيمها البنوك الأجنبية. في حين أنّ نفس المبلغ المتعلق بالمؤسسات المالية التي تأسست بالجزائر يسري على فروع تلك الأجنبية منها[149].

أيضاً، المشرع الفرنسي ألزم مؤسسات القرض بحد أدنى لرأسمالها[150] يحدده الوزير المكلف بالاقتصاد[151]. ويظهر من خلال النظام رقم 92-14 المؤرخ في 23 ديسمبر 1992 أنّ الحد الأدنى لرأسمال مؤسسات القرض يخضع لنوع كلٍ منها[152].كما ألزمها بأن تفوق أصولها فعلياً بمبلغ يساوي على الأقل الحد القانوني الأدنى لرأسمالها[153]، ولقد برر جانب من الفقه هذا الشرط بحماية رأس المال من أن تستهلكه خسائر الاستغلال[154].

---

[148] المادة 89 من الأمر رقم 03-11، أعلاه.

[149] أنظر، المادة 03 من النظام رقم 08-04، أعلاه.

[150] Cf. Jean-Louis RIVES-LANGE et Monique CONTAMINE-RAYNAUD, op.cit., p.98.

[151] V. Art. L511-11 du C. fr. mon. fin.: « *Les établissements de crédit doivent disposer d'un capital libéré ou d'une dotation versée d'un montant au moins égal à une somme fixée par le ministre chargé de l'économie* ».

[152] Cf. Thierry BONNEAU, op.cit., p. 125.

[153] V. Art. L511-40 du C. fr. mon. fin.: « *Tout établissement de crédit doit justifier à tout moment que son actif excède effectivement d'un montant au moins égal au capital minimum mentionné à l'article L. 511-11 le passif dont il est tenu envers les tiers* ».

[154] Cf. Étienne MICHELLE, op.cit., n° 302.

ب- مدى حرية التصرف في الأسهم والتحكم في نوعية المساهمين

إنَّ الأسهم تمثل جزء من رأسمال شركات المساهمة والمبدأ العام الوارد في القانون التجاري يقضي بحرية تداول الأسهم [155]، لكن الأمر يختلف بالنسبة لشركات المساهمة متى كانت مؤسسات قرض. إذ لا بد من احترام عدد من الشروط القانونية منها على وجه الخصوص[156] عدم إمكانية التنازل عن أي سهم دون ترخيص مسبق من محافظ بنك الجزائر و أنَّ كل تنازل يتم خارج التراب الوطني وخلافاً للتشريع المعمول به يعد لاغياً وعديم الأثر.

كما أنَّه لا يمكن الترخيص للمساهمين في البنوك أو المؤسسات المالية رهن أسهمهم، وكذا وجوب حفظ حق الدولة في الشفعة على كل تنازل عن الأسهم أو السندات المماثلة من طرف البنوك أو المؤسسات المالية. في حين كل تنازل عن سهم بنك أو مؤسسة مالية يجب أن يكون محل طلب ترخيص مسبب يوجه لرئيس مجلس النقد والقرض[157]. وهذا ما يجعل صفة المساهم الجديد تخضع للتدقيق الشديد من طرف مشرعنا.

أما في التشريع الفرنسي، فإنَّ الشروط المتعلقة بنوعية المساهمين، يبررها حسب رأي جانب من الفقه التخوف من حدوث وضعية هيمنة من بعض المساهمين بشكل يهدد استمرار مؤسسة القرض[158].

---

[155] أنظر، المادة 715 مكرر 40 من الأمر رقم 75-59 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون التجاري، المعدّل والمتمّم.

[156] أنظر، المادة 94 من الأمر رقم 03-11 المتعلق بالنقد والقرض، المعدّل والمتمّم.

[157] أنظر، المادة 14 من النظام رقم 06-02 المؤرخ في 24 سبتمبر 2006، المحدد لشروط تأسيس بنك ومؤسسة مالية، وشروط إقامة فرع بنك ومؤسسة مالية أجنبية، أعلاه.

[158] Cf. Thierry BONNEAU, op.cit., p. 126.

ج- المساهمات

إنَّ المساهمات « Les participations » تمثل الإجراء الذي بموجبه تقوم الشركة المُسَاهِمة، بامتلاك نسبة مساوية أو تقل عن 50% في رأسمال شركة أخرى[159]. لكن المشرع الجزائري منع الترخيص بالمساهمات الخارجية في مؤسسات القرض التي يحكمها القانون الجزائري، إذا تمت خارج إطار شراكة تمثل فيها المساهمة الوطنية المقيمة نسبة 51% على الأقل من رأس المال[160]. وهذا معناه أنه لا يمكن لمؤسسات القرض أو فروع تلك الأجنبية أن تكون شركات تابعة «Des filiales» لشركات أجنبية تحوز أكثر من 50% من رأسمالها.

و لقد تمَّ إدخال هذا الشرط على الأمر رقم 03-11 المتعلق بالنقد والقرض، المعدَّل والمتمّم، في المادة 83 منه وذلك بموجب ثاني تعديل له[161] ليتماشى مع شرط المساهمة الوطنية المقيمة بنسبة 51 % على الأقل من رأس المال الاجتماعي في إطار الاستثمارات الأجنبية المنجزة بالجزائر، والمدرج بموجب قانون المالية التكميلي لعام 2009[162] ضمن الفقرة الثانية من المادة 04 مكرر 01 من الأمر 01-03 المتعلق بتطوير الاستثمار، المعدَّل والمتمّم.

أمَّا بخصوص تأثير المساهمات في مؤسسة القرض "الشركة الأم"، الكائن مركزها الرئيس في الخارج على الفرع المقام في الجزائر، فإنه فقط التعديلات التي تمس الغرض الاجتماعي للشركة الأم هي التي

---

[159] أنظر، المادة 729 فقرة 02 من الأمر 75-59، المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون التجاري، المعدّل والمتمّم.

[160] أنظر، المادة 83 من الأمر رقم 03-11 المؤرخ في 26 أوت 2003، المتعلق بالنقد والقرض، المعدّل والمتمّم.

[161] أنظر، المادة 06 من الأمر رقم 10-04 المؤرخ في 26 أوت 2010، يعدل ويتمم الأمر رقم 03-11 المؤرخ في 26 أوت 2003، والمتعلق بالنقد والقرض، ج.ر. 01 سبتمبر 2010، عدد 50. ص. 12.

[162] أنظر، المادة 58 من الأمر رقم 09-01 المؤرخ في 22 يوليو 2009، المتضمن قانون المالية التكميلي لعام 2009، ج.ر.26 يوليو 2009، عدد 44، ص.13.

تعرض على مجلس إدارة مجلس النقد والقرض لأجل نفاذها بالجزائر[163]. وهذا الشرط يبدو منطقياً بالنظر لكون الفروع « Les succursales » التي تقيمها مؤسسات القرض الأجنبية بالجزائر وإن كانت تتبعها من الناحية القانونية[164] فإنها تتمتع باستقلال مالي عنها، لذلك فأية مساهمة مالية في الفرع تخضع حتماً لشرط المساهمة الوطنية المقيمة.

أما عن كون عدم وجود ما يمنع قانوناً شركات المساهمة من أن تحوز مساهمات في شركة أخرى، فالأمر يختلف لما يتعلق بوصفها مؤسسات قرض ترغب بالمساهمة في رأسمال شركة تأمين، إذ أنها تخضع للقانون الذي يسمح لها بالمساهمة في رأسمال شركة تامين و/أو إعادة التأمين، لكن في حدود مبلغ لا يتجاوز نسبة 15 % منه[165].

كما أنّ مشرعنا، وفي أول تعديل[166] يمس الأمر رقم 03-11 المتعلق بالنقد والقرض، المعدَّل والمتمّم، وبموجب الفقرة الأولى من المادة 104 منه ، جعل نسبة 25% هي الحد الأقصى لمبلغ القروض التي يمكن أن تمنحها مؤسسات القرض من أموالها الخاصة الأساسية، لمؤسسة تمتلك مساهمة في رأسمالها.

أما بالنسبة للمشرع الفرنسي، فإنه لا ينظم إلاَّ المساهمات المؤثرة والتي تفوق نسبتها 10% من رأس المال أو من حقوق

---

[163] أنظر، المادة 94 فقرة أخيرة من الأمر رقم 03-11، أعلاه.

[164] Cf. Raymond GUILLIEN et Jean VINCENT, Lexique des termes juridiques, Dalloz, 13ème éd., p527.

[165] أنظر، المادة 02 من القرار الصادر عن وزير المالية والمؤرخ في 20 فبراير 2008، المحدد للنسبة القصوى لمساهمة بنك أو مؤسسة مالية، في رأسمال شركة تأمين و/أو إعادة التأمين، ج.ر. 30 مارس 2008، عدد 17، ص. 25.

[166] Cf. Jean-Louis RIVES-LANGE et Monique CONTAMINE-RAYNAUD, op.cit., p.97.

التصويت[167]، في حين تستثنى من تلك القيود مساهمات مؤسسات القرض في شركات التأمين[168].

III – المسيرين

إنَّ المسيرين في مؤسسة القرض هم المؤسسون و أعضاء مجلس الإدارة والممثلون والأشخاص المخولة لهم سلطة التوقيع [169]، وبما أنّ مؤسسة القرض هي في الأساس شركة مساهمة، فلابد من التطرق لشروطهم الواردة بالشريعة العامة، مع تلك الخاصة بهم لمَّا يتعلق الأمر بمؤسسات القرض.

لكن، المشكلة بالنسبة لهاته الفئة هي أنه تم اعتبارهم تجاراً من الناحية القانونية بحكم المناصب التي يشغلونها في الشركة، إذ أنَّ القول بأنهم تجار يجعلهم يلتزمون بكل ما على التجار من التزامات قانونية، لاسيما تفادي الموانع القانونية بالنسبة للمحكوم عليهم جزائياً، وتجنب حالات التنافي[170] والتي لا تكون إلاَّ بنص[171]...، وغيرها من الشروط القانونية.

و عموماً، وكمبدأ عام لابد لكل شخص معنوي من نائب يعبر عن إرادته[172]. لكن مادام الأمر يتعلق بمؤسسات القرض والواجب تأسيسها ضمن الشكل القانوني لشركة المساهمة دون تمييز بين نظامي

[167] Cf. Étienne MICHELLE, op.cit., n° 345.

[168] أنظر، المادة 107 من الأمر رقم 09-01، أعلاه.

[169] أنظر، المادة 104 من الأمر رقم 03-11 المتعلق بالنقد والقرض، المعدّل والمتمّم.

[170] أنظر، المادتين 08 و 09 من القانون رقم 04-08 المؤرخ في 14 أوت 2004، المتعلق بشروط ممارسة الأنشطة التجارية، المعدّل والمتمّم.

[171] أنظر، الأمر رقم 07-01 المؤرخ في 01 مارس 2007، المتعلق بحالات التنافي والالتزامات الخاصة ببعض المناصب والوظائف، ج.ر.07 مارس 2007، عدد 16، ص.03.

[172] أنظر، المادة 50 المطة 06 من الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون المدني، المعدّل والمتمّم.

الإدارة فيهـــا، أي ذات مجلـــس الإدارة أو تلـــك ذات مجلـــس المـــديرين ومجلس المراقبة، فإنـــه يتوجـــب معرفـــة شـــروط المســـير ضـــمنها، وذلـــك قبـــل التطرق إلى الشروط القانونية المتطلبة فيه لما يتعلق الأمر بمؤسسة قرض.

أ- شروطهم العامة المتعلقة بصفتهم التجارية

إنَّ معرفة الصفة القانونيـــة الـــتي يتمتـــع بهـــا المســـيرين لمؤسســـة القـــرض بوصـــفها شـــركة مســـاهمة، تســـاعد في التعـــرف علـــى الشـــروط القانونيـــة المتعلقـــة بهـــم والمتطلبـــة فـــيهم بعنـــوان ممارســـة مهـــامهم، باســـم ولحســـاب الشخص المعنوي الذي يمثلونه في علاقاته مع الغير.

إنَّ المشـــرع الجزائـــري مـــن خـــلال المـــادة 31 مـــن القـــانون 90-22[173]، المتعلـــق بالســـجل التجـــاري، المعـــدَّل والمـــتمّم، اعتـــبر أنّ أعضـــاء مجلـــس الإدارة ومجلـــس المراقبـــة في الشـــركات التجاريـــة لهـــم صـــفة التـــاجر. رغـــم أنّ أعضـــاء مجلـــس الإدارة لا يملكـــون في الواقـــع صـــفة التـــاجر فهـــم لا يديرون الشركة، بـــل ينتمـــون لهيئـــة إداريـــة جماعيـــة. فـــلا يحـــق لهـــم تمثيـــل الشركة أو اتخـــاذ القـــرارات بشـــكل فـــردي. كمـــا أنَّ رئـــيس مجلـــس الإدارة يتولى الإدارة العامـــة للشـــركة وتمثيلـــها في علاقاتهـــا مـــع الغـــير بـــأن يتصـــرف باسمها طبقاً للمادة 638 مـــن القـــانون التجـــاري. وهـــو لـــيس بتـــاجر كونـــه لا يمارس التجارة باسمـــه ولحســـابه الشخصـــي بـــل باســـم ولحســـاب الشـــخص المعنـــوي – أي شـــركة المســـاهمة الـــتي تتمتـــع بالصـــفة التجاريـــة بحســـب الشكل –[174].

[173] أنظر، المادة 31 من القانون رقم 90-22 المؤرخ في 18 أوت 1990، المتعلق بالسجل التجاري، المعدّل والمتمّم، ـــ والذي باستثناء المواد1 و8 و15 مكرر1 و15 مكرر2 والمواد 18، 25،31، 32 و33 منه، فقد ألغيت باقي مواده بموجب المادة 43 من القانون رقم 04-08 المؤرخ في 14 أوت 2004، المتعلق بشروط ممارسة الأنشطة التجارية، المعدّل والمتمّم ـــ.

[174] أنظر، فرحة زراوي صالح، الأعمال التجارية، المرجع السابق، ص.171 وما يليها.

كما أنّ أعضاء مجلس الرقابة في شركة المساهمة ذات مجلس المديرين ومجلس المراقبة لهم فقط مهمة الرقابة على أعمال مجلس المديرين حسب نص المادتين 643 و 654 من القانون التجاري. و لا يمكنهم الانتماء إلى مجلس المديرين طبقاً للمادة 661 من نفس القانون. وأنّ مجلس المديرين هو من يقوم جماعياً بإدارة الشركة وفقاً للمادة 643 من القانون التجاري، وهو من يمثل الشركة في علاقاتها مع الغير بواسطة رئيس مجلس المديرين. و أنّ نفس سلطة التمثيل التي يتمتع بها رئيس مجلس المديرين قد يتم منحها لعضو أو أكثر من مجلس المديرين بموجب القانون الأساسي للشركة حسب المادة 652 من القانون التجاري. كما يبقىً لمجلس المديرين التمتع بالسلطات الواسعة للتصرف باسم الشركة في كل الظروف طبقاً للمادة 648 من القانون التجاري[175].

وعموماً، بالرغم من إلغاء المادة 02 في فقرتها الأولى من القانون 90-22 المتعلق بالسجل التجاري، المعدَّل والمتمّم بموجب المادة 43 من القانون رقم 04-08 المتعلق بشروط ممارسة الأنشطة التجارية، المعدَّل والمتمّم – والتي كانت تؤكد على شرط قيام الشخص بالأعمال التجارية، باسمه ولحسابه الخاص لاعتباره تاجراً–[176]، فإنَّ المادة 38 من القانون 04-08 تؤكد بأنه : " لا يمكن أن يمارس النشاط التجاري، إلاَّ صاحب السجل التجاري ". وعليه، فإنَّ أعضاء مجلس الإدارة أو أعضاء مجلس المديرين ليسوا هم أصحاب السجل التجاري، بل الشخص المعنوي الذي يتصرفون باسمه ولحسابه. فهم لا يتمتعون بمبدأ الاستقلال في ممارسة التجارة باسمهم الشخصي و لحسابهم

[175] Loc.cit.

[176] أنظر، فرحة زراوي صالح، الأعمال التجارية، المرجع السابق، ص. 167.

الخاص[177]. أما أعضاء مجلس المراقبة فيستبعدون أصلا لمهمتهم الرقابية البعيدة تماماً عن التسيير.

غير أنَّه مادام أنّ المشرع أعطى أولئك الأشخاص صفة التاجر من باب اعتقاده أنهم تجار بحكم دورهم في تأسيس أو تسيير أو تمثيل الشخص المعنوي الذي يعملون لصالحه، كما تؤكده صراحةً في حق الأجانب القائمين على تلك المهام المادة 31 فقرة 02 من القانون 90-22 أعلاه، فإنَّه يبقى من الآثار القانونية المترتبة عن صفتهم تلك واجب القيد في السجل التجاري، وتجنب الموانع وحالات التنافي القانونية المتعارضة معه.

أمَّا بالنسبة للقانون الفرنسي و رغم أنه لا يشترط حصرا الشكل القانوني للشركات المغفلة في مؤسسات القرض، إلا أنه وعلى سبيل المقارنة مع شركات المساهمة في التشريع الجزائري، فإنَّه لا يبدو مختلفاً عن تشريعنا في هذا الشأن. وهذا أدى إلى انتقاده من طرف جانب من الفقه[178] والذي يؤكد بأنّ القائمين على الإدارة في الشركة المغفلة ليسوا تجاراً[179]، وأنهم لا يكتسبون هذه صفة التجارية من ممارسة مهامهم تلك. ذلك أنهم لا يتعاقدون باسمهم ولحسابهم الخاص بل أنّ الشركة الشخص المعنوي هي من تقوم بذلك، كما أنَّ كونهم

[177] Loc.cit.

[178] Cf. George RIPERT et René ROBLOT, Traité de droit commercial, Paris L.G.D.J., Tome 1, 18 ème éd., 2002, par Louis VOGEL, volume n°1, p. 147 : «*…les administrateurs d'une société anonyme … ne sont pas des commerçants. Seule la société, personne morale, a cette qualité et les administrateurs…sont les représentants de la société…pourtant la loi …sur les sociétés anonymes avait décidé que le président-directeur général devait être considéré comme commerçant…par cette formule assez maladroite. Le législateur avait voulu le soumettre aux déchéances de la faillite, exclusivement. La solution a été reprise, par la loi du 25 janvier 1985 qui menace de la faillite personnelle et des peines de banqueroute tous les dirigeants de droit ou de fait, rémunérés ou non. Ces mesures sont destinées principalement à sanctionner les fautes des dirigeant et éviter l'utilisation abusive de la personnalité morale à des fins personnelles, mais les dirigeants ne deviennent pas commerçants pour autant*».

[179] Cf. George RIPERT et René ROBLOT, Traité élémentaire de droit commercial, Paris L.G.D.J., Tome 1, 18 ème éd., 2002, par M.GERMAIN, volume n°2,p. 410.

مساهمين يستفيدون من تحديد التزاماتهم في حدود مبلغ تقديماتهم ماعدا في حالة خطأهم[180]. كما أنّ رئيس مجلس الإدارة ليس تاجراً فهو يمثل الشركة لكن ذلك لم يمنع القانون من إخضاعه لإجراءات التقويم القضائي « Redressement judiciaire » وتعريضه لعقوبات شخصية في حال توقف الشركة التي يديرها عن الدفع[181].

ب- شروطهم الخاصة بكفاءتهم و شرفيتهم

إنّ المسيرين حسب الأمر رقم 03-11 المتعلق بالنقد والقرض، المعدَّل والمتمّم، هم: المؤسسين، أعضاء مجلس الإدارة الممثلون والأشخاص المخول لهم حق التوقيع[182]. أما النظام رقم 92-05 المتعلق بالشروط التي يجب أن تتوفر في مؤسسي البنوك والمؤسسات المالية، ومسيريها وممثليها[183]. فقد جاء في مادته الثانية بمجموعة من التعريفات منها:

أ- **مؤسسات:** « شركات المساهمة التي تتمثل مهمتها في الأعمال المصرفية أو المؤسسات المالية... ».

ب-**المؤسسون:**« هم الأشخاص الطبيعيون، وممثلو الأشخاص المعنويين، الذين يشاركون مشاركة مباشرة، أو غير مباشرة في أي عمل، غرضه تأسيس مؤسسة».

---

[180] Cf. Yves GUYON, Droit des affaires, Tome 1, droit commercial général et société, Economica, 6ème édition, 1990. p.323.

[181] Cf. Yves GUYON, op.cit., p. 343.

[182] أنظر، المادة 104 من الأمر 03-11 المؤرخ في 26 أوت 2003، المتعلق بالنقد والقرض، المعدّل والمتمّم

[183] أنظر، النظام رقم 92-05 المؤرخ في 22 مارس 1992، المتعلق بالشروط التي يجب أن تتوفر في مؤسسي البنوك والمؤسسات المالية ومسيريها وممثليها، ج.ر.07 فبراير 1993، عدد 08، ص. 14.

ج-**المتصـــرفون الإداريـــون:**« هـــم الأشـــخاص الطبيعيـــون، الأعضـــاء في مجلـــس إدارة المؤسســـات، والأشـــخاص الطبيعيـــون الـــذين يمثلـــون الأشـــخاص المعنويين، في مجلس إدارة مثل هذه المؤسسات، ورؤسائها».

د-**المســـير:**« هـــو كـــل شـــخص طبيعـــي، لـــه دور تســـيري، في مؤسســـة...، يتمتع بســـلطة إتخـــاذ بإســـم المؤسســـة، التزامـــات تصـــل إلى صـــرف الأمـــوال أو المجازفة، أو الأوامر بالصرف... ».

ه-**الممثل:**« كل شخص يمثـــل مؤسســـة ولـــو مؤقتـــاً، ســـواء أكـــان لـــه حـــق التوقيع أم لا ».

و-**المســـتخدمون المســـيرون:**« هـــم مجمـــوع الأشـــخاص، المنصـــوص علـــيهم في الفقرة من ج إلى ه... ».

وعليه، يظهر مـــن خـــلال أحكـــام الأمـــر رقـــم 03-11 والنظـــام رقـــم 92-05 أعـــلاه، أنّ صـــفة المســـير تشـــمل المؤسســـين و كـــل مـــن لـــه دور في تسيير أو تمثيل الشركة أو لـــه الحـــق في التوقيـــع باسمهـــا ولحســـابها. أمـــا المـــادة 04 مـــن النظـــام رقـــم 92-05 فقـــد أكـــدت علـــى ضـــرورة أن تتـــوفر في الفئـــات المـــذكورة أعـــلاه الشـــروط العامـــة المطلوبـــة بالقـــانون التجـــاري بخصـــوص المؤسســـين والمســـتخدمين المســـيرين للشـــركات، إضـــافة للشـــروط الخاصـــة – عـــدم مخالفـــة القـــانون أو صـــدور أحكـــام جزائيـــة في حقهـــم – الواردة بالمـــادة 125 مـــن القـــانون 90-10 المتعلـــق بالنقـــد والقـــرض. وأيضـــاً شـــروط أخـــرى واردة بالمـــادتين 05 و 06 مـــن النظـــام رقـــم 92-05 أعـــلاه، ومتعلقة بكفاءتهم و شرفيتهم[184].

[184] Cf. Thierry BONNEAU, op.cit., p. 125 et 126. : «*…la direction d'un établissement de crédit doit être assurée par deux personne au moins…ils doivent posséder l'expérience adéquate ainsi que la compétence et l'honorabilité nécessaire a leurs fonction…la condition d'honorabilité, elle impose que les dirigeants n'aient pas fait l'objet de diverses condamnations…pour crime ou d'une mesure de faillite personnelle…* ».

وعموماً، فالقانون رقم 90-10 المتعلق بالنقد والقرض تم إلغاؤه بموجب الأمر رقم 03-11 المتعلق بالنقد والقرض، المعدَّل والمتمّم. وانه بموجبه تم التأكيد مجدداً على ضرورة إثبات نزاهة وأهلية وتجربة المسيرين في العمل المصرفي[185]. كما يمنع أن يكون مؤسساً لبنك أو مؤسسة مالية، أو عضو في مجلس الإدارة، أو يتولى مباشرةً أو بوساطة شخص آخر، الإدارة أو التسيير أو التمثيل، أو يخول حق التوقيع....إذا حكم عليه بسبب جناية، أو اختلاس، أو غدر، أو سرقة، أو نصب، إصدار شيك بدون رصيد أو خيانة الأمانة...الإفلاس، التزوير...مخالفة قوانين الشركات...جرائم الاتجار بالمخدرات، والفساد، وتبييض الأموال والإرهاب...[186]. و عموماً فالشروط الواردة بالمادة 80 أعلاه لا تختلف كثيراً عن الجرائم التي تشكل موانع القيد في السجل التجاري أو ممارسة النشاط التجاري دون أن يتم ردُّ الاعتبار بشأنها[187]، وكأنَّه تأكيد على الصفة التجارية لمسيري مؤسسات القرض تماماً كما مسيري أية شركة مساهمة.

فزيادةً على الكفاءة المشترطة في المسيرين والمتعلقة بأهليتهم وتجربتهم المصرفية، فإنه يشترط فيهم أيضاً متطلبات الشرف والأخلاق أو ما يعرف بالشرفية « l'honorabilité » وذلك قبل تعيينهم وأثناء ممارسة وظائفهم[188]. وهذا الشرط وارد أيضا في التشريع الفرنسي ضمن القانون النقدي والمالي[189]، إذ يرى جانب من الفقه أنّ هذه

[185] أنظر، المادة 91 من الأمر 03-11 المؤرخ في 26 أوت 2003، المتعلق بالنقد والقرض، المعدّل والمتمّم

[186] أنظر، المادة 80 من الأمر 03-11.

[187] أنظر، المادة 08 من القانون رقم 04-08 المؤرخ في 14 أوت 2004، المتعلق بشروط ممارسة الأنشطة التجارية، المعدّل والمتمّم.

[188] أنظر، المادة 06 من النظام رقم 92-05، أعلاه.

[189] V. Art. L511-10 du C. fr. mon. fin. : «*Avant d'exercer leur activité, les établissements de crédit doivent obtenir l'agrément délivré par l'Autorité de contrôle prudentiel mentionné… L'Autorité peut, en outre, refuser l'agrément si les personnes mentionnées à l'article L.511-13 ne possèdent pas l'honorabilité et la compétence nécessaires ainsi que l'expérience adéquate à leur fonction* ».

الشـــرفية يجـــب أن لا تقبـــل الشـــك [190]، ويـــرى الـــبعض أنّ هـــذه الشـــرفية تعتـــبر شـــرطاً أخلاقيـــاً « Condition de moralité » .بمقتضـــاه يجـــب أن لا يكـــون قـــد حكـــم علـــى المســـيرين جزائيـــاً بـــبعض الجـــرائم المعينـــة، وأن لا يكونـــوا تعرضـــوا للإفـــلاس دون إعـــادة الاعتبـــار لهـــم [191] . إضـــافةً إلى الكفاءة التي يجب أن تتلاءم مع الوظائف المخولة لهم[192].

IV- اعتماد قائمة المسيرين

إنَّ القانون يفـرض ضـرورة اعتمـاد المسـيرين، ويـتم ذلـك بإرسـال قائمـة أعضـاء مجلـس الإدارة أو مجلـس المراقبـة الـذين عينـوا مـن الجمعيـة التأسيسـية للبنـوك أو المؤسسـات الماليـة مرفقـةً بسـيرتهم المهنيـة وبملفهـم الإداري إلى محافظ بنـك الجزائـر، وذلـك قصـد اعتمـادهم. وتـتم المصـادقة علـى صـفة عضـو في مجلـس الإدارة أو في مجلـس المراقبـة حسـب الحالـة، قبل تسليم التـرخيص بإنشـاء مؤسسـة القـرض. وأنَّ أي تعـديل يمـس هـذه القائمة قبل أو بعـد حصـول مؤسسـة القـرض علـى مقـرر الاعتمـاد يجـب أن يكون محل مصادقة مسبقة من محافظ بنك الجزائر[193].

إنَّ النظـام رقـم 06-02 المـذكور أعـلاه جعـل أعضـاء مجلـس المراقبـة ضـمن شـركة المسـاهمة ذات مجلـس المـديرين ومجلـس الرقابـة في نفـس مسـتوى أعضـاء مجلـس الإدارة كمسـيرين، رغـم أنّ مجلـس المراقبـة ممنـوع مـن التسـيير أصـلاً. و أنّ دوره رقـابي فقـط علـى أعمـال مجلـس المديرين ضمن شـركة المسـاهمة ذات مجلـس المـديرين ومجلـس الرقابـة. لكـن

---

[190] Cf. Étienne MICHELLE, op.cit., n° 304.

[191] Cf. Jean-Louis RIVES-LANGE et Monique CONTAMINE-RAYNAUD, op.cit., p.95.

[192] Cf. Luc BERNET-ROLLAND, principes de techniques bancaire, Dunod, 25e édition, 2008, p. 06.

[193] أنظر، المادة 12 من النظام رقم 06-02 المؤرخ في 24 سبتمبر 2006، المحدد لشروط تأسيس بنك ومؤسسة مالية، وشروط إقامة فرع بنك ومؤسسة مالية أجنبية، أعلاه.

نفس النظام أدرج بموجب المادة 13 منه أعضاء مجلس المديرين – ربما لاستدراك إغفاله أعضاء مجلس المديرين كهيئة جماعية للتسيير–، ضمن المسيرين الخاضعين للالتزام الوارد بالمادة 12 أعلاه بخصوص إعداد قائمة المسيرين، الواجب إرسالها إلى محافظ بنك الجزائر للمصادقة على أعضائها واعتمادهم بصفتهم تلك.

إنّ مشرعنا يوجب قبل اعتماد المسيرين أن تتوفر فيهم الشروط المتعلقة بقيدهم في السجل التجاري بوصفهم تجاراً، تماماً كما هو الشأن بالنسبة لمسيري شركات المساهمة في القانون التجاري. لكنّه لم يقف عند اعتبار هؤلاء تجاراً بحكم الوظائف القائمين عليها، بل راح يمزج بين وظيفة التسيير ووظيفة الرقابة المختلفتين تماماً عن بعضهما. وذلك بأن جعل اعتماد المسيرين يشمل أعضاء مجلس المراقبة في مؤسسة القرض المؤسسة ضمن الشكل القانوني لشركة المساهمة ذات مجلس المديرين ومجلس المراقبة. لذلك فمشرعنا قرر اعتماد المسيرين

أمَّا بالنسبة للتشريع الفرنسي وبالرجوع إلى أحكام القانون التجاري المتعلقة بالشركات المغفلة لاسيما ما خلص له بعض الفقه بخصوصه في هذا الشأن، وكما سبق التأكيد عليه، فإنَّ القائمين بالإدارة هم كباقي المساهمين ليسوا تجاراً وبالتالي لا تتطلب فيهم الشروط المتعلقة بالتجار. فهم بوصفهم مساهمين لا يلزمون مبدئياً بديون الشركة إلاَّ في حدود مقدماتهم. لكن الأمر يختلف في حال ارتكابهم لأخطاء في التسيير[194] والتي تجعلهم مسؤولين في أموالهم

[194] Cf. Philippe MERLE, op.cit., p.433 : « *Les administrateurs…Comme les autres actionnaires, ils ne sont pas personnellement responsables du passif social, et leur responsabilité est limitée à leur apport. Cependant, en cas de redressement ou de liquidation judiciaire de la société, ils peuvent être actionnés en comblement du passif s'ils ont commis une faute de gestion, se voire condamnés à la faillite personnelle en cas de faute grave* ».

الشخصية عن ديون الشركة[195]. أيضاً رئيس مجلس الإدارة كما أعضاء مجلس الإدارة ليس تاجراً لمجرد شغله هذا المنصب، لكنه يسأل مثله عن الصعوبات التي قد تمس الشركة[196].

أما أعضاء مجلس المديرين ضمن النظام الجديد للشركات المغفلة فهم بصفتهم ليسوا تجاراً، لكنهم يخضعون للإسقاطات والموانع المتعلقة بممارسة النشاطات التجارية[197]. كما أنّ أعضاء مجلس المراقبة ليسوا تجاراً و مهمتهم رقابية فقط ولا علاقة لها بالتسيير[198]، لكن تبقى الإشارة إلى أنّ كون أعضاء مجلس المراقبة ليسوا بأي حال من الأحوال مسيرين قانونين « Des dirigeants de droit »، لكن ذلك لا يمنع من خضوعهم لنفس الإجراءات التي تخضع لها هيئات التسيير أعلاه في حال تعرض الشركة لمصاعب مالية، وذلك في حالة ثبت تدخلهم في التسيير كمسيرين فعليين « Des dirigeants de fait »[199].

---

[195] V. Art. L651-2 du C. fr. com. : « *Lorsque la liquidation judiciaire d'une personne morale fait apparaître une insuffisance d'actif, le tribunal peut, en cas de faute de gestion ayant contribué à cette insuffisance d'actif, décider que le montant de cette insuffisance d'actif sera supporté, en tout ou en partie, par tous les dirigeants de droit ou de fait, ou par certains d'entre eux, ayant contribué à la faute de gestion. En cas de pluralité de dirigeants, le tribunal peut, par décision motivée, les déclarer solidairement responsables…* ».

[196] Cf. Philippe MERLE, op.cit., p.491 : « *Comme l'administrateur, le président du conseil d'administration n'est pas, à ce titre, commerçant. Seule la société a cette qualité. Cependant, si la société qu'il dirige est mise en redressement ou en liquidation judiciaire, lui-même peut se voir appliquer à titre personnel les dispositions du livre VI du code de commerce relatif aux difficulté des entreprises* ».

[197] Cf. Philippe MERLE, op.cit., p.521.

[198] Cf. André JACQUEMONT, Droit des entreprises en difficulté, Litec, 5ème édition, 2007, p.464 : «*…Dans une société anonyme, sont dirigeants…mais pas les membres du conseil de surveillance qui n'ont qu'un pouvoir de décision limité à certaines opérations pour lesquelles ils doivent donner leur autorisation* ».

[199] Cf. Philippe MERLE, op.cit., p.453 : « *…En cas de redressement ou de liquidation judiciaire de la société, la responsabilité aggravée qui pèse sur les dirigeants ne joue pas contre les membres du conseil de surveillance, sauf si leur immixtion est telle qu'ils puissent être considérés comme des dirigeant de fait* ».

وعموماً، وكخلاصة فالمشرع الفرنسي لم يجعل من القائمين على هيئات التسيير تجاراً بحكم الوظائف التي يشغلونها، لكنه شدد عليهم في حال الأخطاء التي يرتكبونه في التسيير لاسيما التي تؤثر على استمرار الشركة وتسبب عجزها المالي. وذلك بأن أخضعهم للإجراءات المرتبطة بتوقف التاجر عن الدفع، وذلك لا يمنحهم صفة التاجر، كون قصد المشرع كان منعهم من التهاون أو التلاعب بمصير الشركة التي يديرونها أو جعلها في خدمة أغراضهم الشخصية. لذلك تطبق عليهم إجراء التقويم القضائي الذي تخضع له المؤسسة التي تكون في وضعية صعبة« Enterprise en difficulté»[200].

أ- شرط تعيين شخصين على الأقل لتحمل أعباء التسيير:

لولا الاستدراك، الوارد بالمادة 13 من النظام 06-02 أعلاه، والذي أدرج أعضاء مجلس المديرين ضمن قائمة المسيرين الخاضعة لاعتماد محافظ بنك الجزائر، لكان الالتزام المتعلق بضرورة أن يتولى شخصان على الأقل تحمل أعباء التسيير[201] يشمل أعضاء مجلس المراقبة ويجبرهم على القيام بمهام التسيير بما يناقض أحكام القانون التجاري.

ذلك أنّه بموجب المادة 90 من الأمر رقم 03-11 المتعلق بالنقد والقرض، المعدَّل والمتمّم. فإنّ البنوك والمؤسسات المالية بما فيها فروع الأجنبية منها، ملزمة بتعيين شخصين على الأقل، يتوليان تحديد الاتجاهات الفعلية لنشاط البنوك والمؤسسات المالية و يتحملان أعباء التسيير.

---

[200] Cf. Yves GUYON, Entreprise en difficulté, Rép. Com. Dalloz, mars 1996, n° 01. : « *Le droit des entreprises en difficulté a des objectifs ambitieux et généraux qui dépassent ceux du droit traditionnel des faillites. Il tend d'abord, par des mesures extrajudiciaires, à prévenir les difficultés, c'est-à-dire à éviter qu'une entreprise se trouve en état de cessation des paiements. Lorsque cette prévention a échoué, il organise une procédure collective de traitement, dont le but est à la fois l'apurement du passif, la sauvegarde des emplois et le redressement de l'entreprise. Enfin, ce droit édicte des sanctions et des mesures de sûreté, applicables aux débiteurs et aux dirigeants malhonnêtes ou notoirement incapables, afin de les éliminer de la vie des affaires* ».

[201] أنظر، المادة 90 من الأمر رقم 03-11 المتعلق بالنقد والقرض، المعدّل والمتمّم.

لكن طالما القانون يشترط تأسيس البنك أو المؤسسة المالية وفق الشكل القانوني لشركة المساهمة، وأنّ هذه الأخيرة قائمة على نظام إدارة جماعي سواء تعلق الأمر بالنظام الكلاسيكسي أو الحديث. فإنَّ شرط تحديد شخصيين لتحمل أعباء التسيير يبدو وكأنّه يهدف فقط لحصر المسؤولية المباشرة لهاذين الشخصين، وذلك بدل تبديدها بين أعضاء مجلس الإدارة أو مجلس المديرين حسب الحالة.

كما أنَّه وحسب التعليمة رقم 05-2000 الصادرة عن بنك الجزائر، والمتضمنة شروط ممارسة مهام مسيري البنوك والمؤسسات المالية وكذا الممثليات وفروع البنوك والمؤسسات المالية الأجنبية. فإنه تم تحديد من يمكنه التمتع بصفة المسير وذلك اعتماداً على النظام رقم 92-05 سالف الذكر واعتماداً على نظام الإدارة المعتمد من شركة المساهمة. وأنّ على هؤلاء المتمتعين بصفة المسير الحصول على الترخيص من محافظ بنك الجزائر قبل بدء مهامهم ، ومنهم رئيس مجلس الإدارة وعلى الأقل أحد المديرين العامين المساعدين له بالنسبة لشركة المساهمة ذات مجلس الإدارة، أو رئيس مجلس المديرين وباقي الأعضاء الذين يقاسمونه سلطة الإدارة بالتساوي طبقاً للمادة 653 من القانون التجاري، بالنسبة لشركة المساهمة ذات مجلس المديرين ومجلس المراقبة. كما أنه على المسيرين تقديم ملفهم بحسب ما تحدده هذه التعليمة.

وتجدر الإشارة إلى أنّ عدد مسيري شركات المساهمة ذات النظام الكلاسيكسي يشمل مابين 03 كحد أدني إلى 12 عضواً على الأكثر في مجلس الإدارة. أمَّا في شركة المساهمة ذات النظام الحديث فعدد المسيرين أعضاء مجلس المديرين يقع بين 03 أعضاء على الأقل و05 على الأكثر[202].

[202] أنظر، المادتين 610 و 643 من الأمر رقم 75-59 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون التجاري، المعدّل والمتمّم.

وهـــذا معنـــاه أنّ المســـيران المقصـــودان أعـــلاه لا يشـــكلان اســـتثناءاً على القواعـــد العامـــة المقـــررة في القـــانون التجـــاري بالنســـبة لعـــدد مســـيري شركة المساهمة، طالمـــا لا يوجـــد نـــص صـــريح بهـــذا. لكـــن المـــادة 639 مـــن القـــانون التجـــاري تســـمح بالنســـبة لشـــركة المســـاهمة ذات النظـــام الكلاسيكي بـــأن يـــتم مـــن طـــرف مـــن طـــرف مجلـــس الإدارة بنـــاءاً علـــى اقتراح الرئيس تعـــين مـــدير أو مـــديرين عـــامين يســـاعدونه واللـــذان يتمتعـــان بـــنفس ســـلطاته[203]. أمّـــا بالنســـبة لشـــركة المســـاهمة ذات النظـــام الحـــديث، فالمادة 652 فقرة 02 تـــنص علـــى إمكانيـــة قيـــام مجلـــس المراقبـــة بمـــنح ســـلطة تمثيل الشركة لعضـــو أ أكثـــر مـــن أعضـــاء مجلـــس المـــديرين وذلـــك بموجـــب بند خاص في القانون الأساسي[204].

لكـــن تعـــيين مـــديرين إلى جانـــب رئـــيس مجلـــس الإدارة أو رئـــيس مجلـــس المـــديرين حســـب الحالـــة اعتمـــاداً علـــى القواعـــد العامـــة المتعلقـــة بشركات المساهمة والـــواردة بالقـــانون التجـــاري، يجعـــل تعينـــهم يـــأتي لاحقـــاً لتأســـيس الشـــركة. وهـــذا في حـــد ذاتـــه يطـــرح إشـــكالاً بـــالنظر لأحكـــام النظام رقم 06-02 المحـــدد لشـــروط تأســـيس بنـــك ومؤسســـة ماليـــة وشـــروط إقامة فرع بنك ومؤسسة مالية أجنبية.

ذلـــك أنَّ المـــادة 03 مـــن النظـــام رقـــم 06-02 مـــن جهـــة توجـــب تعـــيين شخصـــين لتحمـــل أعبـــاء التســـيير ضـــمن مشـــاريع القـــوانين الأساســـية للشـــركة – فيعتـــبران بـــذلك مســـيرين تأسيســـيين « Dirigeants statutaires » – الـــتي تقـــدم ضـــمن ملـــف طلـــب الترخيص، والذي يسبق صدوره تأسيس الشركة كمؤسسة قرض.

[203] أنظر، بوجلال مفتاح، ممثل الشخص الاعتباري في قانون الشركات التجارية، مجلة المؤسسة والتجارة، ابن خلدون للنشر والتوزيع، عدد 02-2006، ص. 79.

[204] أنظر، بوجلال مفتاح، نفس المرجع، ص. 81.

ومن جهة أخرى وضمن نفس المادة فإنه وبغض النظر عن طلب فتح فروع لمؤسسات القرض الأجنبية، فإنّ تأسيس بنك أو مؤسسة مالية في الجزائر يتطلب تقديم مشاريع القوانين الأساسية ضمن طلب الترخيص.وهذا معناه أنه لا يمكن أن تقوم شركة سبق تأسيسها أن تعدل قانونها الأساسي وتقدمه ضمن طلب الترخيص لها بأن تصبح مؤسسة القرض.إذ يستخلص من ظاهر هذه المادة، تأكيدها على أنّ المسيران المقصودان يتم تعيينهما بدايةً ضمن مشروع القانون الأساسي للشركة وليس لاحقاً بعد تأسيسها.

أمَّا المشرع الفرنسي والذي لا يشترط حصراً الشكل القانوني لشركات المغفلة في تأسيس مؤسسة القرض، أيضا يوجب تعيين شخصين على الأقل لتولي مهام التسيير لمؤسسة القرض[205]. ويرى جانب من الفقه أنّ هذا الشرط مستعار من القانون الألماني الذي يحبذ نوع الإدارة الجماعية[206]. كما يرى البعض الآخر أن الهدف من هذا الشرط هو منع الاستئثار بالقرار في حالة وجود مسير واحد، وأنَّ تعيين مسيرين على الأقل يضمن استمرار الشركة في حالة عجز أحدهما، ويضمن تواصل مؤسسة القرض مع السلطات البنكية بتقديم المعلومات التي تطلبها[207].

[205] V. Art. L511-13 du C. fr. mon. fin. : «*L'administration centrale de tout établissement de crédit soumis au présent agrément doit être située sur le même territoire national que son siège statutaire. La détermination effective de l'orientation de l'activité des établissements de crédit doit être assurée par deux personnes au moins qui doivent satisfaire à tout moment aux conditions prévues à l'article L. 511-10. Les établissements de crédit dont le siège social est à l'étranger désignent deux personnes au moins auxquelles ils confient la détermination effective de l'activité de leur succursale en France* ».

[206] Cf. Jean-Louis RIVES-LANGE et Monique CONTAMINE-RAYNAUD, op.cit., p.97.

[207] Cf. Thierry BONNEAU, op.cit., p. 125.

ب- شرط المقيم بالنسبة للمسيرين

.بموجب المادة 90 من الأمر 03-11 المتعلق بالنقد والقرض المعدَّل والمتمّم والمادة 03 من النظام رقم 06-02 سالف الذكر، فإنّه يجب أن يتمتع الشخصان القائمان بالتسيير بصفة "مقيمين".

فوفقاً للشريعة العامة، لاسيما نص القانون رقم 08-11 المتعلق بشروط دخول الأجانب إلى الجزائر وإقامتهم بها، تم تقديم عدة تعريفات يستنتج منها أنّ الشخص الطبيعي الأجنبي، والذي تم تعريفه بأنه كل « فرد - Individu » يحمل جنسية غير جزائرية أو عديم الجنسية[208]، هو فقط من يتمتع بصفة المقيم. ذلك أنّ صفة المقيم « Le résident » تطلق على "الأجنبي" الذي يرغب في تثبيت إقامته الفعلية والمعتادة والدائمة في الجزائر، ورخص له ذلك بتسليمه بطاقة المقيم مدة صلاحيتها سنتان[209]، والذي عليه لكي لا يفقد صفة المقيم أن لا يغيب بعدها عن الإقليم بصفة مستمرة لمدة سنة[210].

أمَّا غير المقيم: فهو "الأجنبي" العابر للإقليم الجزائري، أو الذي يأتي إليه للإقامة به لمدة لا تتجاوز تسعين(90) يوم دون أن يكون له القصد في تثبيت إقامته أو ممارسة نشاط مهني أو نشاط مأجور به[211]. و عليه فإنّ شرط المقيم وفقاً للشريعة العامة لا يطبق إلا بكون المسيرين أجانب، وهو أمر غير ممنوع مبدئيا، لكن بشرط أن يكون على الأقل، اثنان من بين المسيرين الرئيسين يتمتعان بصفة مقيم.

[208] أنظر، المادة 03 من القانون رقم 08-11 المؤرخ في 25 يونيو 2008، المتعلق بشروط دخول الأجانب إلى الجزائر وإقامتهم بها وتنقلهم فيها، ج.ر. 02 يوليو 2008، عدد 36، ص.05.

[209] أنظر، المادة 16 من القانون رقم 08-11.

[210] أنظر، المادة 21 من القانون رقم 08-11.

[211] أنظر، المادة 10 من القانون رقم 08-11.

أمّا بالنسبة للأحكام القانونية الخاصة، لاسيما تلك الواردة ضمن الأمر رقم 03-11 المتعلق بالنقد والقرض، المعدَّل والمتمّم، فإنّ "المقيم في الجزائر"، هو كل شخص طبيعي أو معنوي يكون المركز الرئيسي لنشاطاته الاقتصادية في الجزائر. في حين أنّ غير المقيم في الجزائر، هو كل شخص طبيعي أو معنوي يكون المركز الرئيسي لنشاطاته خارج الجزائر[212].

وعموماً الإشكال القانوني الذي قد يطرحه شرط المقيم بالنسبة للمسيرين، قد يرجع للنظام رقم 06-02 المحدد لشروط تأسيس بنك ومؤسسة مالية وشروط إقامة فرع بنك ومؤسسة مالية أجنبية[213] – واللاحق في تاريخ صدوره عن الأمر رقم 03-11 المذكور أعلاه–، حين اكتفى باشتراط تمتع المسيرين الرئيسيين بصفة "مقيمين" لكن دون اشتراط أن تكون الإقامة "بالجزائر"، على خلاف الأمر رقم 03-11.

لهذا هل يطبق شرط المقيم على المسيرين الرئيسيين، حسب معيار الجنسية الوارد بالقواعد العامة – القانون رقم 08-11 المتعلق بدخول الأجانب إلى الجزائر – وذلك على أساس أنه يمس فقط الأشخاص الطبيعية؟ فالإجابة بنعم تتلائم مع كون كل أعضاء مجلس المديرين أشخاص طبيعية[214] بقوة القانون طبقاً للمادة 644 من القانون التجاري. وذلك في حال كانت مؤسسة القرض شركة مساهمة ذات مجلس المديرين ومجلس المراقبة.

---

[212] أنظر، المادة 125 من الأمر رقم 03-11 المؤرخ في 26 أوت 2003، المتعلق بالنقد والقرض، المعدّل والمتمّم.

[213] أنظر، المادة 03 المطة 08 من النظام رقم 06-02 أعلاه.

[214] Cf. George RIPERT et René ROBLOT, op.cit., Tome 1, volume n°2, p. 459. : « *à peine de nullité de la nomination. Les membres du directoire ou le directeur unique sont des personnes physiques …* ».

أم هل يطبق معيار مكان المركز الرئيسي للنشاط الاقتصادي للمقيم والوارد بالأمر رقم 03-11 أعلاه، والذي لا يفرق بين كون المقيم شخص طبيعي أو شخص معنوي؟ والذي من نتائجه عدم إهمال وجود احد المسيرين الرئيسيين لاسيما المدير العام المساعد شخص معنوي بوصفه عضواً في مجلس الإدارة كما في حالة كون مؤسسة القرض شركة المساهمة ذات مجلس الإدارة حسب المادة 612 من القانون التجاري، ذلك أنه يستحيل أن يكون كل من المسيرين الرئيسيين أشخاصاً معنوية لاسيما بوجود المادة 635 من القانون التجاري، والتي بموجبها رئيس مجلس الإدارة – المختار من بين أعضاء مجلس الإدارة –، والذي يتمتع بسلطة تمثيل الشركة لا يمكن أن يكون إلاّ شخصاً طبيعياً[215].

أم هل وفقاً للمبدأ القانوني القاضي بأنّ الخاص يقيد العام، يتم تطبيق أحكام الأمر رقم 03-11 المتعلق بالنقد والقرض، المعدَّل والمتمّم، بوصفه نصاً خاصاً، في مواجهة النص العام مأخوذاً في القانون رقم 08-11 المتعلق بشروط دخول الأجانب إلى الجزائر وإقامتهم بها وتنقلهم فيها؟

لكن من جهة أخرى، ألا يعتبر النظام رقم 92-05 المتعلق بالشروط التي يجب أن تتوفر في مؤسسي البنوك والمؤسسات المالية وممثليها[216] هو النص الخاص بالنسبة للأمر رقم 03-11 المتعلق بالنقد والقرض؟ والذي بموجب المادة 02 النقطة "د" منه، فإنّ

[215] Cf. George RIPERT et René ROBLOT, op.cit., Tome 1, volume n°2, p. 444. : « *Il doit être choisi obligatoirement parmi les membres du conseil d'administration. Il doit être une personne physique, à peine de nullité de la nomination. Cette règle ne permet plus les sociétés composées exclusivement de sociétés…* ».

[216] النظام رقم 92-05 المؤرخ في 22 مارس 1992، المتعلق بالشروط التي يجب أن تتوفر في مؤسسي البنوك والمؤسسات المالية ومسيريها وممثليها، يبقى ساري المفعول بموجب المادة 141 من الأمر 03-11 المؤرخ في 26 أوت 2003، المتعلق بالنقد والقرض، المعدّل والمتمّم، طالما لم يلغى بنظام آخر.

المسير هو فقط شخص طبيعي، مما يدفع مباشرةً إلى تطبيق أحكام القانون رقم 08-11 أعلاه، خصوصاً وأنّ هذا الأخير لا يقبل التطبيق إلاّ على الأشخاص الطبيعية.

مما سبق، يبدو بأنّ مشرعنا يشترط الجنسية الجزائرية بشكل غير مباشر في المسيرين المذكورين؟ ذلك أنه ولو تم الأخذ بمعيار المركز الرئيسي للنشاط الاقتصادي في تحديد من هو المسير المقيم. وهو المعيار الذي لا يفرق بين الشخص الطبيعي و الشخص المعنوي حسب نص المادة 125 من الأمر رقم 03-11 المتعلق بالنقد والقرض، المعدَّل والمتمّم. فإنه يلاحظ من جهة عدم إمكانية تطبيق هذا المعيار لأنَّ المسير لا يمارس نشاطاً اقتصاديا باسمه ولحسابه الخاص. ومن جهة أخرى، فإنَّ التعريف الوارد بنفس هذه المادة يقتصر فقط على الكتاب السابع من ذات الأمر والمعنون " الصرف وحركات رؤوس الأموال". وبالتالي هذا التعريف يخص عمليات الصرف ولا يطبق على المسير لمؤسسة القرض، وإلاّ كيف يفسر مطابقته لتعريف المقيم والوارد بحذافيره بالنظام رقم 07-01 المتعلق بالقواعد المطبقة على المعاملات الجارية مع الخارج والحسابات بالعملة الصعبة[217].

أما المشرع الفرنسي وبعد أن كان يشترط الجنسية الفرنسية أو جنسية أحد الدول الأعضاء في السوق الأوروبية المشتركة في مسيري مؤسسات القرض، ما لم يصدر استثناء فردي يمنحه وزير المالية، فإنه حالياً لا توجد أية أحكام خاصة تتعلق بشروط تسيير مؤسسات القرض يتم تطبيقها على الأجانب، ماعدا اشتراط بطاقة التاجر الأجنبي وحالة مبدأ المعاملة بالمثل[218].

---

[217] أنظر، المادة 02 من النظام رقم 07-01 المؤرخ في 03 فبراير 2007، يتعلق بالقواعد المطبقة على المعاملات الجارية مع الخارج والحسابات بالعملة الصعبة، ج.ر.13 ماي 2007، عدد 31، ص. 15.

[218] Cf. Jean-Louis RIVES-LANGE et Monique CONTAMINE-RAYNAUD, op.cit., p.102.

ثانياً.ــ الحصول على الترخيص لإجراء القيد في السجل التجاري

إنّ العمليات المصرفية تعد جوهر نشاط مؤسسات القرض و تعد عملاً تجارياً بحسب موضوعه طبقاً للمادة 02 من الأمر رقم 75-59 المتضمن القانون التجاري، المعدَّل والمتمّم. في حين، أنّ الشركات التجارية –لاسيما شركات المساهمة كإطار قانوني وحيد لمؤسسات القرض –، تعد عملا تجارياً بالشكل طبقاً للمادة 03 من نفس القانون. ومنطقي أنَّ هذا العمل التجاري الصادر عن تاجر يستوجب منه الخضوع لأهم التزامات التاجر لاسيما القيد في السجل التجاري[219]. لكن تبقى الإشارة إلى أنّ القيد في السجل التجاري المقرر بموجب القانون رقم 04-08 المتعلق بشروط ممارسة الأنشطة التجارية[220] ، المعدَّل والمتمّم[221]، ينتج عنه مبدئياً الحق في مزاولة النشاط التجاري المرغوب فيه.

كما أنّ التشريع الفرنسي يقرر واجب القيد في سجل التجارة والشركات بالنسبة لكل من يحوز صفة التاجر في القانون الفرنسي إذا مارس نشاطاً تجارياً على الإقليم الفرنسي، سواء كان شخص طبيعي أو معنوي وبغض النظر عن جنسيته[222]. كما يعد هذا القيد بالنسبة للشركات التجارية شرطاً لميلاد شخصيها المعنوية[223].

---

[219] أنظر، فرحة زراوي صالح، الأعمال التجارية،المرجع السابق، ص.367.

[220] أنظر،المادة 04 من القانون رقم 04-08، المؤرخ في 14 أوت 2004، المتعلق بشروط ممارسة الأنشطة التجارية، المعدّل والمتمّم.

[221] أنظر، المادة 58 من الأمر رقم 10-01، المؤرخ في 26 أوت 2010، المتضمن قانون المالية التكميلي لعام 2010، والتي بموجبها تم تعديل وتتميم المادة 02 من القانون رقم 04-08، المتعلق بشروط ممارسة الأنشطة التجارية، بخصوص قابلية تحديد مدة صلاحية مستخلص السجل التجاري لبعض الأنشطة، ج.ر.29 أوت 2010، عدد 49، ص.17.

[222] Cf. George RIPERT et René ROBLOT, op.cit., Tome 1, volume n°1, p. 230.

[223] Cf. Pascal BEDER, Registre de commerce et des sociétés, Rép. Com. Dalloz, juin 2001, n° 03.

إنَّ المبدأ العام يقضي بأنّ مجرد القيد في السجل التجاري يسمح بالممارسة الحرة للنشاط التجاري، باستثناء النشاطات المقننة والخاضعة للقيد في السجل التجاري والتي يشترط فيها الحصول على ترخيص أو اعتماد قبل البدء في النشاط[224]. و لقد تم تعريف النشاطات والمهن المقننة« Les activités et les professions réglementées» قانوناً على أنَّها كل ما يخضع للقيد في السجل التجاري، ويستوجب بطبيعته أو مضمونه توفر شروط خاصة للسماح بممارسة كل منهما[225]. وأنّ شروط و كيفيات ممارستها تخضع للقواعد الخاصة الواردة بالقوانين أو التنظيمات التي تحكم الأنشطة أو المهن المقننة، لاسيما الحصول على الاعتماد النهائي للشروع الفعلي بالنشاط[226].

أما في التشريع الفرنسي فلا يوجد بالنسبة لمؤسسات القرض ما يعرف بالترخيص « L'autorisation » وإنما يوجد فقط الاعتماد « L'agrément » كشرط لولوج المجال المصرفي[227].

إنّ القول بأنّ المؤجر ضمن عقد الاعتماد الإيجاري بوصفه مؤسسة قرض سواء كان بنك أو مؤسسة مالية بما فيها شركات الاعتماد الإيجاري، يحتاج إلى الترخيص حتى يتم قيده في السجل التجاري وذلك كأي نشاط مقنن. يستوجب في البداية معرفة الشروط القانونية المتعلقة بمنح هذا الترخيص الذي يسمح للمؤجر بالتأسيس، ثم معرفة ما إذا كان هذا الإجراء كافياً لبدء المؤجر بالنشاط الفعلي؟

---

[224] أنظر، المادة 04 فقرة 02 من القانون رقم 04-08.

[225] أنظر المادة 02 من المرسوم التنفيذي رقم 97-40 المؤرخ في 18 يناير 1997، المتعلق بشروط بمعايير تحديد النشاطات والمهن المقننة الخاضعة للقيد في السجل التجاري و تأطيرها، المتمم.

[226] أنظر، المادتين 24 و25 من القانون رقم 04-08.

[227] Cf. Thierry BONNEAU, op.cit., p. 122. : «*…l'accès à la profession bancaire est subordonné à un agrément délivré par la comité des établissements de crédit et des entreprises d'investissements…ce contrôle est indispensable afin de protéger le public et, plus généralement, d'assurer la stabilité du système bancaire* ».

إنَّ الترخيص « l'autorisation » يعد من صميم صلاحيات مجلس النقد والقرض، وهو إجراء يصدر عنه في شكل مقرر ، و يمثل استيفاء الملتمس لجميع الشروط القانونية المطلوبة[228] لاسيما تلك المحددة بالمادة 03 من النظام رقم 06-02 السالف الذكر، والتي من بين الشروط المتطلبة فيها، إعداد أو تقديم مشاريع القوانين الأساسية أو القوانين الأساسية حسب الحالة...نوعية وشرفية المساهمين و ضامنيهم المحتملين وكذا متانة القدرة المالية لكليهما و جرد قائمة المسيرين الرئيسين مع التركيز على تبرير مصدر المال[229]. و عموماً بعد تقديم طلب الترخيص وفقاً لمقتضيات المادة 05 من النظام 06-02، فإنّ الترخيص يصدر عن مجلس النقد والقرض بعد دراسة الملف والمصادقة على قائمة المسيرين واعتمادهم[230].

ففي حالة الرفض وفقط بعد تقديم طلبين متتاليين، يمكن للملتمس اللجوء إلى القضاء الإداري، وبالضبط مجلس الدولة للطعن في قرار الرفض، شريطة أن تفصل بين تاريخ تبليغ قرار رفض الطلب الأول وتاريخ تقديم الطلب الثاني مدة 10 أشهر[231].

أما في حالة موافقة مجلس النقد والقرض على الطلب، وصدور قرار الترخيص، فإنّ هذا الأخير لا يدخل حيز التنفيذ إلا من تاريخ تبليغه للمعني به[232]. كما أنه لا يسمح للملتمس الإشهار به بغرض إحداث اللبس حسب مقتضيات المادة 82 من الأمر 03-11 المتعلق

[228] أنظر، المواد 62 و82 و 92 من الأمر رقم 03-11 المتعلق بالنقد والقرض، المعدّل والمتمّم.

[229] أنظر، المادة 91 فقرة 02 من الأمر 03-11.

[230] أنظر، المادة 12 من النظام 06-02.

[231] أنظر، المادة 87 من الأمر 03-11.

[232] أنظر، المادة 06 من النظام رقم 06-02.

بالنقد والقرض، بل يسمح له فقط بالإشارة إلى أنّ الأمر يتعلق بمشروع في مرحلة الاعتماد[233].

وبالتالي، فالترخيص ضروري لتأسيس شركة مساهمة طالما يشترط قبل قيدها بالسجل التجاري[234] لأجل القيام بنشاطها المقنن[235] المتمثل في العمليات المصرفية، التي سوف تحتكر القيام بها قانوناً بوصفها بنك أو مؤسسة مالية أو فرع لبنك أو مؤسسة مالية أجنبية. غير أنّ هذا الترخيص وإن سمح بقيد الشركة في السجل التجاري فهو غير كافي للبدء فعلياً بالقيام بأي عملية مصرفية موضوع قرار الترخيص، مما يجعل هذا الأخير شرط جوهري لحصول مؤسسة القرض على قرار الاعتماد الذي يسمح لها بالبدء فعليا بالنشاط.

أما بالنسبة للمشرع الفرنسي فتقريبا الشروط التي نص عليها بخصوص الاعتماد تشبه على حدٍ بعيد الشروط القانونية للحصول على الترخيص في القانون الجزائري، لهذا سوف يتم تناولها ضمن المطلب الثاني أدناه والمتعلق بمرحلة النشاط.

أمَّا التشريع المصري فلم ينص على الترخيص لتأسيس المؤجر ضمن عقد التأجير التمويلي طالما يمكن لأي شخص طبيعي أومعنوي ممارسة هذا النشاط، لكنه أوجب في حقهم القيد في سجل المؤجرين التمويلين، ويشترط في هذا الشأن بالنسبة للشخص الطبيعي أن يكون كامل الأهلية بالنسبة للقانون المصري، وأن لا يكون قد حكم عليه بعقوبة جنائية أو مقيدة للحرية في جريمة مخلة بالشرف أو الأمانة أو أشهر إفلاسه ما لم يرد له اعتباره.

---

[233] أنظر، المادة 04 من النظام رقم 06-02.

[234] أنظر، فرحة زراوي صالح، الأعمال التجارية،المرجع السابق، ص.450.

[235] أنظر، المادة 25 من القانون 04-08 المؤرخ في 14 أوت 2004، المتعلق بشروط ممارسة الأنشطة التجارية، المعدّل والمتمّم.

أمَّا بالنسبة للأشخاص الاعتبارية فيشترط أن يكون عقد أو سند إنشائه مشهراً قانوناً وأن يكون نشاط التأجير التمويلي من بين أغراضه باستثناء البنوك[236].

المطلب الثاني

الشروط المتعلقة بمرحلة النشاط

إنَّ استيفاء الملتمس لجميع الشروط القانونية التي تمكنه من الحصول على الترخيص بتأسيس بنك أو مؤسسة مالية يُمَّكِنُهُ من قيد الشركة في السجل التجاري، لكنه غير كافي للبدء الفعلي بالنشاط المصرفي. فلابد من الحصول على الاعتماد كمؤسسة قرض سواء تعلق الأمر ببنك أو مؤسسة مالية لاسيما شركات الاعتماد الإيجاري.

كما يجب المحافظة على هذا الاعتماد طيلة استمرار مؤسسة القرض حتى يمكنها مواصلة نشاطها في هذا المجال. أيضاً المساس بعنصر الاعتياد في ممارسة النشاط المصرفي وذلك بتجاوز الفترة الزمنية المسموح بها قانوناً يؤدي إلى سحب الاعتماد.

وأخيراً يبرز دور الاعتماد من خلال حماية الاحتكار القانوني للتسمية المقرر لمؤسسات القرض، إضافة إلى الاحتكار في ممارسة العمليات المصرفية وهذا سواءً كان الاحتكار عاماً في مواجهة الغير، أم خاصاً فيما بين مؤسسات القرض بحسب أنواعها.

[236] أنظر، عبد العزيز سمير محمد، ، المرجع السابق، ص. 211 و 212.

الفرع الأول

الحصول على الاعتماد لبدء النشاط

لقد سبق القول بـأنّ التـرخيص يسـمح للطـرف الـذي يريـد القيـام بعمليات مصـرفية مـن أن يقـوم بالقيـد في السـجل التجـاري، كمـا يجـب على هذا الطرف أن يتخذ وجوباً الشكل القانوني لشركة مساهمة.[237]

كمـا أنـه وبـالرغم مـن أنَّ التـرخيص الصـادر عـن مجلـس النقـد والقرض يعتبر ضـروري لتأسـيس شـركة المسـاهمة كمؤسسـة قـرض لكنـه غـير كـافي لبـدء نشـاطها، ذلـك أنـه و في غيـاب الاعتمـاد يمنـع القيـام بالعمليـات المصـرفية[238]. فقبـل الاعتمـاد يوجـد فقـط مشـروع بنـك أو مشروع مؤسسـة ماليـة، بـدليل أنـه طبقـاً للمـادة 04 مـن النظـام 06-02 فإنه في حال تقـرر نشـر أي معلومـة بشـأن أحـدهما وجـب التأكيـد علـى أن الأمـر يتعلـق "بمشـروع في مرحلـة الاعتمـاد"، ودون اسـتعمال أي صفة أو تسمية توحي بغـير ذلـك، لتجنـب اللـبس الـذي حظرتـه المـادة 81 من الأمر رقم 03-11 السالف الذكر.

وعمومـاً بمجـرد دخـول التـرخيص حيـز التنفيـذ بتبليغـه للملـتمس بموجب المادة 06 من النظـام 06-02 أعـلاه يـتعين علـى هـذا الأخـير بعـد تأسيس الشـركة أن يرسـل طلـب الاعتمـاد مرفقـا بالمسـتندات والمعلومـات المتطلبـة قانونـاً، مـع مـا يثبـت تحصـله علـى التـرخيص وذلـك في أجـل(12 شهراً) من تاريخ تبليغه قانوناً بالترخيص[239].

---

[237] أنظر، المادة 83 من الأمر رقم 03-11 المتعلق بالنقد والقرض، المعدّل والمتمّم.

[238] أنظر، المادة 08 فقرة أخيرة من النظام رقم 06-02 المؤرخ في 24 سبتمبر 2006، المحدد لشروط تأسيس بنك ومؤسسة مالية و شروط إقامة فرع بنك أو مؤسسة مالية أجنبية.

[239] أنظر، المادة 8 فقرة 02 من النظام رقم 06-02.

و تجدر الملاحظة بأنّ الاعتماد يصدر بمقرر عن محافظ بنك الجزائر وينشر بالجريدة الرسمية طبقاً للمادة 92 من الأمر03-11 المتعلق بالنقد والقرض المعدَّل والمتمّم، و يرتب الاعتماد الآثار القانونية التالية:

- أنه يسمح بممارسة العمليات المصرفية في حدود الترخيص الذي يشَكِّلُ إطاره القانوني، مع الأخذ بعين الاعتبار مجال النشاط لكل مؤسسة من مؤسسات القرض على حدى، مع إمكانية تحديد مجالها [240] ضمن فئتها.

- أنه يسمح لكل مؤسسة قرض طلب الحصول على صفة الوسيط المعتمد، وهو أمر جوازي يُمكِنُها من القيام بعمليات الصرف والتجارة الخارجية[241].

وبالنسبة للمشرع الفرنسي، يلعب الاعتماد دوراً في السماح لمؤسسة القرض بالبدء في نشاطها والقيام بالعمليات المصرفية. وهو ما تؤكده المادة L511-10 من القانون النقدي والمالي. كما يرى بعض الفقه[242] أنّ الاعتماد يشكل تتويجاً لاستيفاء الملتمس لكل الشروط القانونية التي تمكنه من أن يحوز صفة مؤسسة قرض. إذ يقدم المسيرون طلب الاعتماد باسم المؤسسة الراغبة في الحصول على المركز القانوني لمؤسسة قرض إلى لجنة مؤسسات القرض ومؤسسات الاستثمار، والتي تفصل في الطلب في غضون أجل أقصاه 12 شهراً من تاريخ استلام الطلب. فإذا تم رفض الطلب، فإنَّ قرار الرفض يبلغ قانوناً للطرف الملتمس، وتختلف الحالات التي تستدعي الرفض منها ما يتعلق بشرفية المسيرين أو قدرتهم وكفاءتهم وخبرتهم الغير متناسبة مع وظائفهم...،

[240] أنظر، المادة 09 الفقرة الثانية من النظام رقم 06-02.

[241] أنظر، المادة 11 النظام رقم 07-01، المؤرخ في 03 فبراير 2007، يتعلق بالقواعد المطبقة على المعاملات الجارية مع الخارج والحسابات بالعملة الصعبة، ج.ر.13 ماي 2007، عدد 31، ص. 16.

[242] Cf. Jean-Louis RIVES-LANGE et Monique CONTAMINE-RAYNAUD, op.cit., p.104.

ويبقى للملتمس في هذه الحالة اللجوء على القضاء الإداري للطعن في قرار الرفض بوصفه عملاً إدارياً وذلك من خلال دعوى تجاوز السلطة. أمَّا في حالة الموافقة وصدور الاعتماد فيجب أن يتضمن هذا الخير الفئة التي تنتمي لها مؤسسة القرض المعتمدة والتي تكون محل نشر في الجريدة الرسمية[243].

وفي هذا يظهر أنّ الحكام المتعلقة بالترخيص في القانون الجزائري متشابهة نوعاً بالأحكام المتعلق بالاعتماد في القانون الفرنسي، لاسيما من حيث الإجراءات والآجال واختصاص القضاء الإداري بنظر الطعون في قرارات الرفض.

أما في القانون المصري و بموجب القانون التأجير التمويلي رقم 95-1995 الصادر بتاريخ 01 يونيو 1995 واللائحة التنفيذية المتعلقة به والصادرة تحت رقم 846 بتاريخ 12 ديسمبر1995، فلقد سمح لكل من الأشخاص الطبيعية والمعنوية على حدٍ سواء بممارسة نشاط التأجير التمويلي شرط القيد في سجل المؤجرين[244]. كما يكون للمؤجر بموجب المادة 16 من ذات اللائحة التنفيذية الحق بالقيد في سجل المستوردين بالنسبة لما يستورده بقصد تأجيره. وَكما يكون له الحق في القيد في السجل التجاري بالنسبة لما يزاوله من نشاط التأجير المالي. في حين أنّ البنوك تحتاج على ترخيص من البنك المركزي حتى يتم قيدها في سجل المؤجرين[245].

كما أنَّ المشرع اللبناني وإن لم يسمح للأشخاص الطبيعية بممارسة نشاط التأجير التمويلي، فإنَّه سمح للشركات المغفلة التي يكون

[243] Cf. Stéphane PIEDELIÈVRE, op.cit., p.76.

[244] أنظر، إلياس ناصيف، المرجع السابق ص 158.

[245] أنظر،عبد العزيز سمير محمد، ، المرجع السابق، ص. 211.

موضوعها محصوراً في التأجير التمويلي بالنشاط في هذا المجال إلى جانب المؤسسات المالية المسجلة لدى مصرف لبنان وذلك بمجرد قيدها طبقاً للقانون رقم 160 المؤرخ في 27 ديسمبر 1999 المتعلق بتنظيم عمليات الإيجار التمويلي. لكنه منع البنوك من ذلك ما لم تستوفي ترخيص البنك المركزي بذلك[246].

الفرع الثاني

الحفاظ على الاعتماد لاستمرار النشاط

لقد سبق التأكيد على أنَّ ممارسة نشاط الاعتماد الإيجاري بوصفه نشاطاً مصرفياً يخضع لضرورة الحصول على الاعتماد، في حين يخضع هذا الأخير لمدى صلاحية الترخيص، فبالنسبة للترخيص يجب احترام مدة اثنا عشرة (12) شهراً من تاريخ التبليغ بمقرر الترخيص لتشكيل طلب الاعتماد. وبمفهوم المخالفة تجاوز هذه المدة يؤدي إلى سقوط الحق في طلب الاعتماد بفقدان مقرر الترخيص قوته وأثره القانونيين. وبالتالي لا يمكن مبدئياً في هذه الحالة تأسيس البنك أو المؤسسة المالية. كما أنّ مؤسسة القرض المعتمدة تفقد حقها في القيام بالعمليات المصرفية بمجرد سحب الاعتماد منها وذلك في الحالات التالية[247]:

1- إما بناءً على طلبها. أو تلقائياً، في الحالات التالية:

- إن لم تصبح الشروط التي يخضع لها الاعتماد متوفرة.
- إن لم يستغل الاعتماد لمدة اثنتي عشر(12) شهراً.

[246] أنظر، سامي منصور،خصائص عقد الليزنغ في القانون اللبناني، مجلة العدل، العدد الثاني، 2009، ص.430.

[247] أنظر، المادة 95 من الأمر رقم 03-11 المؤرخ في 26 أوت 2003، المتعلق بالنقد والقرض، المعدّل والمتمّم

- إذا توقف النشاط موضوع الاعتماد لمدة ستة(06)أشهر.

2- أو على وجه العقاب

- من طرف اللجنة المصرفية التي يرأسها محافظ بنك الجزائر[248]، وذلك بالحد من نشاط مؤسسة القرض، أو حتى سحب الاعتماد منها، طبقاً للمادة 114 من الأمر رقم 03-11 المتعلق بالنقد والقرض، المعدَّل والمتمّم، وذلك من طرف اللجنة المصرفية، المؤهلة على وجه الخصوص، بمراقبة احترام البنوك والمؤسسات المالية للأحكام القانونية والتنظيمية المطبقة عليها. ويؤدي سحب الاعتماد إلى وضع مؤسسة القرض قيد التصفية، وهو ذات الجزاء الذي يطبق أيضاً على المؤسسات التي تنشط في المجال المصرفي دون اعتمادها قانوناً[249].

بالنسبة المشرع الفرنسي، وبموجب المادة L511-15 من القانون النقدي والمالي، فإنَّ سحب الاعتماد يتم من لجنة مؤسسات القرض ومؤسسات الاستثمار، وذلك إما بطلب من مؤسسة القرض أو تلقائياً من اللجنة في حالة ما إذا لم تعد مؤسسة القرض تستوفي الشروط أو الالتزامات التي على أساسها منحت الاعتماد. كما يتم سحب الاعتماد من مؤسسة القرض التي لم تبدأ بالنشاط بعد 12 شهراً من اعتمادها أو توقفت عن النشاط لمدة 06 أشهر على الأقل[250]. أما سحب الاعتماد كجزاء تأديبي فيتم من اللجنة البنكية بشطب مؤسسة القرض وفقاً للمادة L511-17 من القانون النقدي والمالي، والذي

[248] أنظر المواد 105 وما يليها من الأمر رقم 03-11.

[249] أنظر، المادة 115 من الأمر رقم 03-11.

[250] Cf. Stéphane PIEDELIÈVRE, op.cit., p.80.

يؤدي إلى تصفية الشخص المعنوي المشمول به، ويظل تحت رقابة اللجنة البنكية إلى غاية غلق إجراء التصفية[251].

أمَّا المشرع المصري وكما سبقت له الإشارة فإنَّ القيد في سجل المؤجرين هو ما يسمح بممارسة نشاط التأجير التمويلي للشخص الطبيعي أو المعنوي في حين وبموجب المادة 34 من اللائحة التنفيذية للقانون المصري رقم 1995/95 فإنَّ القيد في سجل المؤجرين يلغى بناءً على طلب صاحب الشأن أو وفاة الشخص الطبيعي او انقضاء الشخص الاعتباري. أمّا المادة 08 من نفس اللائحة فلقد منعت على كل شخص طبيعي أو معنوي غير مقيد بسجل المؤجرين أن يزاول نشاط التأجير التمويلي أو أن يستعمل عبارة التأجير التمويلي أو مرادفاتها في عنوانه، وذلك تحت طائلة الوقوع تحت أحكام المادة 31 من قانون التأجير التمويلي رقم 1995/95 وبالتالي تعريضه لغرامة لا تقل عن خمسة آلاف جنيه ويجوز الحكم بالغلق والذي يصبح وجوبياً في حالة العود[252].

الفرع الثالث

ضرورة الاعتماد للقيام بالعمليات المصرفية على وجه الاعتياد

إنَّ من أسباب فقدان الحق في ممارسة العمليات المصرفية، توقف مؤسسة القرض عن ممارسة النشاط المصرفي المعتمد لمدة 06 أشهر مما يؤدي إلى سحب الاعتماد منها. كما أنّ ممارسة ذات النشاط من مؤسسة غير معتمدة يعرضها لعقوبة من اللجنة المصرفية بأن تضعها قيد التصفية وتعين لها مصفي.

[251] Cf. Stéphane PIEDELIÈVRE, op.cit., p.81.

[252] أنظر، إلياس ناصيف، المرجع السابق ص 171.

وبما أنّ كل عملية تجريها البنوك مع زبائنها تعد عملية مصرفية، فلقد جاء ضمن نص المادة 76 من الأمر رقم 03-11 المتعلق بالنقد والقرض، المعدَّل والمتمّم : " يمنع على كل شخص طبيعي أو معنوي، من غير البنوك أو المؤسسات المالية، حسب الحالة، القيام بالعمليات التي تجريها تلك البنوك والمؤسسات بشكل اعتيادي... ". وهذا ما يتوافق بالنسبة للمشرع الفرنسي مع نص المادة L551-1 من القانون النقدي والمالي الفرنسي[253] والتي أكدت على ضرورة أن لا يمارس العمليات المصرفية على وجه الاعتياد إلاّ مؤسسات القرض. كما يرى جانب من الفقه أنّ ممارسة النشاط المصرفي على وجه الاعتياد لا تتلاءم مع مقاسمته ممارسة أي نشاط آخر تابع أو خارج عن المجال المصرفي[254].

لكن الإشكال القانوني المطروح هو ماذا عن المؤسسات التي لا تدعي بأنها معتمدة كمؤسسات قرض، حسب مفهوم المادة 81 من الأمر رقم 03-11 المتعلق بالنقد والقرض، المعدَّل والمتمّم، والتي لا تمارس بشكل اعتيادي العمليات التي تحتكرها مؤسسات القرض، لاسيما عقد الاعتماد الإيجاري بوصفه عملية مصرفية؟

بالنسبة للمشرعين الجزائري والفرنسي، لم يتخذا موقفا صريحاً لحماية العمليات المصرفية، لاسيما عقود الاعتماد الإيجاري المبرمة من غير مؤسسات القرض بشكل منفرد وغير اعتيادي. أما بعض الفقه[255] فيرى أنّ عدم قيام المشرع بالنص صراحة على البطلان كجزاء عادي و ملائم لكل عقد اعتماد إيجاري لا تبرمه مؤسسات القرض، لا يحمي

[253] V. Art. L511-1 du C. fr. mon. fin. : « *Les établissements de crédit sont des personnes morales qui effectuent à titre de profession habituelle des opérations de banque au sens de l'article L. 311-1. Ils peuvent aussi effectuer des opérations connexes à leurs activités, au sens de l'article L. 311-2* ».

[254] Cf. Étienne MICHELLE, op.cit., n° 299.

[255] Cf. Chantal BRUNEAU, op.cit., p.43.

المستأجر من خطر التعاقد مع غير ذي صفة. وأنه دفع بالبعض إلى القول بصحة العقود المعزولة والمبرمة دون عنصر الاعتياد إلى درجة أنّ ثمة من اعتبر أنّ صفة مؤسسة القرض ليست ركنا داخلاً في تكوين العقد.

أمَّا بخصوص الفصل في مدى صحة العقد الذي لم يبرم على وجه الاعتياد و بعيدا عن المساس بالاحتكار القانوني الذي تتمتع به مؤسسات القرض على العمليات المصرفية لاسيما الاعتماد الإيجاري الذي يعد أحد أنواعها[256].فإنَّ القضاء الفرنسي[257] يبدو منقسماً حول ما إذا كان إبرام عقود الاعتماد الإيجاري من غير مؤسسات القرض يؤثر على صحة العقد أم لا وإذا تم النطق بالبطلان فهل يتم لصالح المستأجر أم لصالح القانون؟

وعموماً، بعد أن تمَّ التطرق إلى شروط تأسيس ونشاط المؤجر ضمن عقد الاعتماد الإيجاري بوصفه مؤسسة قرض وجوباً. بقيَّ معرفة الآثار القانونية التي يقرها المشرع لمؤسسة القرض بعد أن رخَّصَ لها بالتأسيس واعتمدها للنشاط في المجال المصرفي لاسيما تمتعها باحتكار التسمية واحتكار النشاط .

---

256 Cf. Jean-Louis RIVES-LANGE et Monique CONTAMINE-RAYNAUD, op.cit., p.573. : «*…c'est à juste titre que le crédit-bail est considéré comme une opération de crédit* ».

257 V. 1 ère chambre civil. 24 févr.1993, JCP, éd. E., 1993. cité par, Chantal BRUNEAU, op.cit., p.44 : «*…pour la première chambre civile, l'infraction d'exercice illégal de la profession de banquier ne porte atteinte qu'à l'intérêt général et à celui de la profession de banquier et elle n'est pas de nature à entraîner la nullité du contrat conclu…* ».V. aussi, Com. 19 nov. 1991, Bull. ci .IV, n° 347, p. 241, RJDA 1991. Cité par, Chantal BRUNEAU, op.cit., p.45 : «*En revanche, plusieurs arrêts de la chambre commerciale ont accueilli l'action en nullité intentée par des crédit-preneurs qui avaient contracté avec des organismes n'ayant pas la qualité d'établissement de crédit, affirmant que le monopole bancaire se veut protecteur non seulement de l'intérêt général mais encore de celui des parties de l'opération* ».

الفرع الرابع

أهمية الاعتماد في حماية الاحتكار القانوني للتسمية

إنّ الاعتماد يمنح لمؤسسات القرض الحماية القانونية المقررة لها بناءاً على الاحتكار القانوني الذي تتمتع به على تسميتها بصفتها تلك، أي مؤسسة قرض والتي بفضلها يمكنها القيام بالعمليات المصرفية ضمن احتكار التسمية« Le monopole de dénomination » كما يسميه البعض[258].

وبالنسبة للمشرع الفرنسي على الأقل لم تعد تتم التفرقة بين مصطلحي الاسم التجاري وبين العنوان التجاري للشركات التجارية. فلقد تم توحيد المصطلحات وأصبح لكل الشركات التجارية على حدٍ سواء « اسم – Dénomination »، وذلك منذ إعفاء كل من شركات التضامن و شركات التوصية البسيطة على التوالي من إلزامية تحديدها بعنوان تجاري « Raison sociale»وذلك بموجب التعديلان اللذان مسا القانون التجاري الفرنسي عامي 1985 و1989[259].

ولقد جسد المشرع الجزائري احتكار التسمية من خلال منع كل من لا يملك الصفة القانونية "لمؤسسات القرض" كبنك أو مؤسسة مالية _ لاسيما شركات الاعتماد الإيجاري _ من استعمال أي اسم « Dénomination»أو تسمية« Raison sociale»[260] تجارية أو إشهار،

---

[258] Cf. Jean-Louis RIVES-LANGE et Monique CONTAMINE-RAYNAUD, op.cit., p.33.

[259] Cf. Philippe MERLE, op.cit., p.115.

[260] في هذا الشأن، يلاحظ أن شركات المساهمة هي وحدها من يسمح لها بالتأسيس كمؤسسة قرض(بنك او مؤسسة مالية بما فيها شركة الاعتماد الإيجاري)، وان شركات المساهمة تملك فقط اسماً تجارياً وليس تسمية تجارية، مما يجعل حتى الشركات التجارية المعتمدة كمؤسسة قرض تستعمل فقط الاسم التجاري دون التسمية أو العنوان التجاري. وبالتالي يظهر أنه كان بالإمكان التوقف عند منع إحداث اللبس باستعمال الاسم التجاري لمؤسسة قرض، إذ لا يعقل مثلاً تأسيس بنك ضمن الشكل القانوني لشركة تضامن.

أو أية عبارات من شأنها إحداث اللبس بأنه معتمد بتلك الصفة[261]، وذلك تحت طائلة تكييف التعدي على هذا الاحتكار بجريمة النصب[262].

كما قد لا يبدو أنَّ المشرع الفرنسي يختلف في أحكامه القانونية عن مشرعنا في هذا الشأن حين منع على كل مؤسسة من غير مؤسسات القرض استعمال اسم أو عنوان تجاري، وعموماً كل ما يحمل على الاعتقاد بأنها معتمدة بصفتها تلك[263] حتى لا يقع إحداث لبس أو الإضرار بأية بمؤسسة القرض[264].

أمَّا المشرع اللبناني فبدوره أكَّدَ على هذا النوع من الحماية القانونية الذي تتمتع به المؤسسات المالية وشركات التأجير التمويلي على احتكار التسمية[265] .

الفرع الخامس

أهمية الاعتماد في حماية الاحتكار القانوني على العمليات المصرفية

إنّ العمليات المصرفية في مفهوم الأمر رقم 03-11 المتعلق بالنقد والقرض، المعدَّل والمتمّم، لاسيما المادة 66 منه تشمل: "تلقي الأموال من الجمهور، وعمليات القرض، وكذا وضع وسائل الدفع تحت تصرف الزبائن وإدارة هذه الوسائل". أمَّا بموجب المادة 02 من

[261] V. Art. L511-8 du C. fr. mon. fin. : « *Il est interdit à toute entreprise autre qu'un établissement de crédit d'utiliser une dénomination, une raison sociale, une publicité ou, d'une façon générale, des expressions faisant croire qu'elle est agréée en tant qu'établissement de crédit, ou de créer une confusion en cette matière…* ».

[262] المادة 81 من الأمر رقم 03-11 المؤرخ في 26 أوت 2003، المتعلق بالنقد والقرض، المعدّل والمتمّم

[263] أنظر، المادة 134 من الأمر رقم 03-11.

[264] Cf. Étienne MICHELLE, op.cit., n° 301.

[265] أنظر، سامي منصور، المرجع السابق، ص.437.

النظام 09-03[266] المحدد للقواعد العامة المتعلقة بشروط البنوك المطبقة عل العمليات المصرفية، تم توسيع نطاق العمليات المصرفية لتشمل كل العمليات التي تقوم بها البنوك والمؤسسات المالية في معاملاتها مع الزبائن، كما هو محدد في المواد من 66 إلى 69 من الأمر رقم 03-11 المتعلق بالنقد والقرض، المعدَّل والمتمّم.

وعموماً، فإنَّ مؤسسات القرض بنوكاً كانت أو مؤسسات مالية بما فيها شركات الاعتماد الإيجاري تتمتع بنوعين من الاحتكار على العمليات المصرفية، الأول عام يخصها إجمالاً بمختلف أنواعها في مواجهة كل غير ذي صفة ممن لا تتوفر فيه صفة مؤسسة القرض. والثاني خاص فيما بينها ويمنع به التداخل والخلط فيما بينها، بخصوص مجال نشاطها على العمليات المصرفية المخولة لها على حسب فئاتها المختلفة.

أولاً.ـــ الاحتكار العام

إنّ الاحتكار الذي تتمتع به مؤسسات القرض[267] بخصوص العمليات المصرفية يُعَدُّ مبدئياً احتكاراً عاماً في مواجهة كل شخص قانوني لا يملك صفة مؤسسة القرض كبنك أو مؤسسة مالية[268]. وهو ما تؤكده المادة 70 من الأمر رقم 03-11 المتعلق بالنقد والقرض، المعدَّل والمتمّم، حين جعلت البنوك مخولة دون غيرها للقيام بجميع العمليات المصرفية المبينة في المواد من 66 إلى 68 من نفس الأمر بصفتها مهنتها العادية. ولعل مشرعنا قصد بعبارة "العادية" الاعتياد

[266] أنظر، المادة 02 من النظام رقم 09-03 المؤرخ في 26 مايو 2009، المحدد للقواعد العامة المتعلقة بشروط البنوك المطبقة على العمليات المصرفية، ج.ر. 13 سبتمبر 2009، عدد 53، ص.24.

[267] Cf. Jean-Louis RIVES-LANGE et Monique CONTAMINE-RAYNAUD, op.cit., p.31.

[268] أنظر، المادة 81 فقرة 01 من الأمر رقم 03-11 المؤرخ في 26 أوت 2003، المتعلق بالنقد والقرض، المعدّل والمتمّم، والتي جاء فيها: «يمنع على كل مؤسسة، من غير البنوك أو المؤسسات المالية، أن تستعمل اسماً أو تسمية تجارية أو إشهاراً، أو بشكل عام أية عبارات من شأنها أن تحمل إلى الاعتقاد أنها معتمدة كبنك أو مؤسسة مالية... » .

بدليل استعماله مصطلح « Profession habituelle» ضمن النسخة الفرنسية من ذات النص القانوني. كما تستفيد المؤسسات المالية أيضاً من هذا الاحتكار العام، كون العمليات المصرفية المخولة لها وإن كانت أقل حجماً مقارنة بتلك المخصصة للبنوك، فإنها تشترك معها في جزء منها لاسيما عمليات القرض، وتحتكره معها كونها مؤسسات قرض. أمَّا شركات الاعتماد الإيجاري فبوصفها مؤسسات مالية، فإنها تستفيد من الحماية القانونية للاحتكار العام المقرر لمؤسسات القرض، بموجب المادة 81 فقرة 01 من الأمر رقم 03-11 المتعلق بالنقد والقرض، المعدَّل والمتمّم.

كما تجب الإشارة إلى أنّ احتكار القيام بالعمليات المصرفية يمتد لعقد الاعتماد الإيجاري كون هذا الأخير يندرج ضمن عمليات القرض[269] ناهيك عن كونه عملية مصرفية[270]. وهذا ما يعطيه بالضرورة الحماية القانونية المقررة لكل مؤسسة قرض على أية عملية مصرفية. كما أنّ الاحتكار العام، المذكور يشكل أيضاً حمايةً للمتعاملين مع مؤسسات القرض، حتى لا يقعوا ضحية النصب طبقاً للمادة 135 من الأمر رقم 03-11 المتعلق بالنقد والقرض، المعدَّل والمتمّم، والناتج عن كل تعدي على هذا الاحتكار بمخالفة أحكام المادة 81 من نفس الأمر.

أما المشرع الفرنسي فهو بدوره أقرَّ لمؤسسات القرض الاحتكار العام الذي تتمتع به لأجل القيام بالعمليات المصرفية على وجه الاعتياد، مع منع كل غير ذي صفة من ذلك، وهو رغم كونه مستقل عن احتكار التسمية[271] لكنه يحظى أيضا بالحماية القانونية[272].

[269] Alain et Marie-Claire PIÉDELIÈVRE, Droit du crédit, P.U.F, 1985, p.79.

[270] Cf. CATHERINE D'Hoir-Lauprêtre, Droit du crédit, ellipses, 1999, P.75.

[271] Cf. Étienne Michelle, op.cit., n° 97.

ثانياً.ــ الاحتكار الخاص

إنَّ الاحتكار الخاص يهم أصلاً المؤسسات المالية وحدها دون البنوك وهو أمر منطقي بالنظر إلى صراحة نص القانون حين استهدف حصراً المؤسسات المالية[273]، وذلك بالنظر إلى كون البنوك هي صاحبة الاختصاص العام للقيام بجميع العمليات المصرفية، ولا تحتاج أصلاً لتغير صفتها للقيام بعمليات مصرفية يخولها القانون إيَّاها في الأساس.

إنّ استبعاد البنوك من مجال الاحتكار الخاص يفرض وجود حالتين، الأولى يمنع فيها على المؤسسات المالية أن توهم الغير بأنها تنتمي إلى فئة من غير تلك التي اعتمدت للعمل ضمنها وتحديداً أن تدعي بأنّ لها صفة بنك. ذلك أنَّه لا يمكنها الإدعاء بأنها شركة اعتماد إيجاري طالما بوصفها مؤسسة مالية يمكنها إبرام عقود الاعتماد الإيجاري بقوة القانون. أما الحالة الثانية فتخص شركات الاعتماد الإيجاري والتي لا يمكنها أن تتعدى نشاطها العادي المتمثل في القيام بعمليات الاعتماد الإيجاري إلى العمليات المصرفية التي تدخل في مجال النشاط العادي لأي بنك أو النشاطات التي تحتاج إلى ترخيص بشأنها بوصفها مؤسسة مالية، حسب مفهوم المواد 70، 71 و75 من الأمر 03-11 المتعلق بالنقد والقرض المعدَّل والمتمّم.

كما أنّ المشرع الفرنسي أيضاً أقرَّ هذه النوع من الاحتكار الخاص بموجب المادة L.511-8 من القانون النقدي والمالي[274]. كما

---

[272] V. Art. L511-5 du C. fr. mon. fin. : « *Il est interdit à toute personne autre qu'un établissement de crédit d'effectuer des opérations de banque à* titre habituel… ».

[273] أنظر، المادة 81 فقرة 02 من الأمر 03-11 المؤرخ في 26 أوت 2003، المتعلق بالنقد والقرض، المعدّل والمتمّم، والتي جاء فيها : « يمنع على أي مؤسسة مالية، أن توهم بأنها تنتمي إلى فئةٍ، من غير الفئةِ التي اعتمدت للعمل ضمنها، أو تثير اللبس بهذا الشأن... » .

[274] V. Art. L511-8 du C. fr. mon. fin. : « *...Il est interdit à un établissement de crédit de laisser entendre qu'il appartient à une catégorie autre que celle au titre de laquelle il a obtenu son agrément ou de créer une confusion sur ce point* ».

يرتكز هذا النوع من الاحتكار على الاعتماد كسند له وذلك وفق كل مؤسسة قرض بحسب فئتها، إذ يرى بعض الفقه [275] أنَّ مؤسسات القرض مجبرة على احترام الاحتكار المقرر فيما بينها على النشاطات التي استثناها الاعتماد من مجال نشاطها.

وعموماً كل ما قيل عن مؤسسات القرض بنوكاً كانت أو مؤسسات مالية بما فيها شركات الاعتماد الإيجاري، تم من خلاله محاولة التطرق لبعض الشروط المتعلقة بمن يرغب في اخذ وصف المؤجر ضمن عقد الاعتماد الإيجاري. ويلاحظ من خلال الشروط المتعلقة بتأسيس أو نشاط المؤجر المؤهل لإبرام عقود الاعتماد الإيجاري الصرامة التي يتصف بها المجال المصرفي عموماً. لكن وبعد أن تم إعطاء صورة عن المؤجر بوصفه الطرف الأول في عقد الاعتماد الايجاري حسب نص المادة 01 من الأمر رقم 96-09 المتعلق بالاعتماد الايجاري، وجب التعرف على الطرف الثاني في هذا العقد وهو المستأجر.

المبحث الثاني

المستأجر

لقد تم التعرف على المؤجر بوصفه الطرف الأول في عقد الاعتماد الإيجاري وكذا الشروط القانونية المتعلقة به، وبقي التطرق إلى المستأجر بوصفه الطرف الثاني في هذا العقد القائم أساساً على الإيجار، وذلك بتحديد الشروط القانونية المتطلبة فيه حتى يحوز هذه الصفة القانونية. ولقد حددت المادة الأولى من الأمر رقم 96-09 المتعلق بالاعتماد الإيجاري المستأجر بأن وصفته بالمتعامل

[275] Cf. Jean-Louis RIVES-LANGE et Monique CONTAMINE-RAYNAUD, op.cit., p.31.

الاقتصادي، إذ تنص : « يعتبر الاعتماد الإيجاري، موضوع هذا الأمر، عملية تجارية ومالية: - يتم تحقيقها من البنوك والمؤسسات المالية أو شركة تأجير معتمدة صراحةً بهذه الصفة مع المتعاملين الاقتصاديين « Les opérateurs économiques » الجزائريين أو الأجانب[276]، أشخاصاً طبيعيين كانوا أم معنويين، تابعين للقانون العام أو الخاص،

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

ويتضح من هذا النص أنّ مشرعنا لم يفرق بين كون المستأجر مواطن أو أجنبي، شخص طبيعي أو معنوي، خاضع للقانون الخاص أو العام. كما أنه لم يعرّف المستأجر بشكل واضح كما فعل بالنسبة للمؤجر، ويبقى البحث حول معرفة ما المقصود بعبارة « المتعامل الاقتصادي »؟

المطلب الأول

شرط صفة المتعامل الاقتصادي

إنَّ مشرعنا، من خلال الأمر رقم 96-09 المتعلق بالاعتماد الإيجاري، استعمل عبارة "المتعامل الاقتصادي" وهي عبارة تبدو عامة، خاصةً في غياب تعريف قانوني لها.

لكن يوجد تعريف للعون الاقتصادي ضمن القانون رقم 04-02 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية، المعدَّل

[276] يلاحظ في هذا الشأن، يلاحظ أنَّ مشرعنا لم يستعمل في القوانين ذات الصلة بالأمر رقم 96-09 المتعلق بالاعتماد الإيجاري، ما يفيد بتحديد مواصفات وشروط المتعامل الاقتصادي، لكنه استعمل مصطلح مختلفاً عنه في التسمية لكنه الأقرب إليه في الوظيفة ألا وهو العون اقتصادي « L'agent économique» وذلك ضمن القانون ضمن القانون رقم 04-02 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية، المعدّل والمتمّم.

والمتمّم[277] ، والذي جاء فيه: "عون اقتصادي: كل منتِج أو تاجر أو حرفي أو مُقَدِم خدمات أياً كانت صفته القانونية، يمارس نشاطه في الإطار المهني العادي أو بقصد تحقيق الغاية التي تأسس من أجلها". كما أنَّ ذات القانون رقم 04-02 وبموجب المادة 02 فإنه يطبق على نشاطات الإنتاج والتوزيع والخدمات التي يمارسها أي عون اقتصادي مهما كانت طبيعته القانونية.

كما أنَّه من خلال هذه التعريفات يظهر المفهوم الموسع للعون الاقتصادي الذي يقوم بعمليات الإنتاج والتوزيع والخدمات ويشمل وجوباً أحد أربعة أشخاص قانونية وهم: المنتج، التاجر، الحرفي، أو مقدم الخدمات أياً كانت صفته القانونية، كما يمكن أن يكون شخص طبيعي أو معنوي وهي كلها صفات لا تتعارض مع وصف المتعامل الاقتصادي كمستأجر ضمن عقد الاعتماد الإيجاري. مما يجعل وصف العون الاقتصادي ضمن القانون رقم 04-02 أعلاه يتطابق مع وصف المتعامل الاقتصادي الوارد بالأمر رقم 96-09 المتعلق بالاعتماد الإيجاري.

لهذا يبدوا من الضروري إلقاء نظرة سريعة وباختصار شديد حتى لا يتم الخروج عن موضوع الدراسة،على بعض أنواع المتعاملين الاقتصاديين الذين يصلحون لأن يحوزوا صفة المستأجر ضمن عقد الاعتماد الإيجاري، وذلك وفق التعريف الذي قدمه القانون للعون الاقتصادي.

[277] أنظر، القانون رقم 04-02 المؤرخ في 23 يونيو 2004 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية، ج.ر. 27 يونيو 2004، عدد 41، ص. 03. والمعدّل والمتمّم بموجب القانون رقم 10-06 المؤرخ في 23 يونيو 2004، المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية، ج.ر. 18 أوت 2010، يعدل ويتمم القانون رقم-02 المؤرخ في 23 يونيو 2004، المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية، ج.ر. 18 غشت 2010، عدد 46، ص. 11.

الفرع الأول

التاجر

لقد قام مشرعنا بتعريف التاجر ضمن القانون التجاري على النحو التالي:" يعد تاجر كل شخص طبيعي أو معنوي يباشر عملاً تجارياً ويتخذه مهنة معتادة له، ما لم يقض القانون بخلاف ذلك"[278].

ومن التعريف القانوني للتاجر ينتج أنه كل شخص طبيعي أو معنوي يمارس عملاً تجارياً[279]، وتنقسم الأعمال التجارية عموماً إلى أعمال تجارية موضوعية وشخصية ومختلطة، وتشمل الأعمال التجارية الموضوعية كل الأعمال التجارية بالشكل المحددة بالمواد من 02 إلى 03 من القانون التجاري وهي سواء تمت بشكل منفرد غير معتاد أو في شكل مقاولة تعطي القائم بها على وجه الاحتراف صفة التاجر ، ومنها الشركات التجارية والعمليات الواقعة على المحل التجاري و التعامل السفتجة وبعض المقاولات المحددة قانوناً بالمادتين أعلاه. لكن هذا الوصف لا يصدق على كل الأطراف المتعاقدة؛ أما الأعمال التجارية الشخصية أو بالتبعية فهي تعد أعمالاً تجارية لكون من قام بها يعتبر في الأساس تاجراً وأنه قام بها لحاجات تجارته طبقاً للمادة 04 من القانون التجاري[280] .

فيستوي بذلك أن يكون شخصاً طبيعياً أو شخصاً معنوياً أي الشركات التجارية والتي تتميز بكونها من بين الأعمال التجارية بحسب الشكل وهي شركات التضامن وشركات التوصية والشركات ذات المسؤولية المحدودة وشركات المساهمة[281]. كما يجب على التاجر

[278] أنظر، المادة الأولى من الأمر رقم 75-59 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون التجاري، المعدّل والمتمّم.

[279] Cf. Thierry DUBAELE, Actes de commerce, Rép. Com. Dalloz, septembre 1999, n° 06.

[280] أنظر، فرحة زراوي صالح، الأعمال التجارية، المرجع السابق، ص. 78.

[281] أنظر، المادتين 03 و 544 من الأمر رقم 75-59.

أن يتخذ العمل التجاري الذي يمارسه مهنة معتادةً له[282] أي يحترفه بالتكرار والاستمرار عليه[283]، وذلك باسمه الشخصي ولحسابه الخاص على وجه الاستقلال[284]. كما يخضع التاجر لالتزام القيد في السجل التجاري[285] وذلك تحت طائلة عقوبات مدنية وجزائية[286].

إنَّ القيد في السجل التجاري بالنسبة للشخص الطبيعي يفترض فيه الصفة التاجر[287]، أمَّا زوج التاجر فليس بتاجر ولو مارس نشاطاً تجارياً تابعاً لزوجه طالما لا يمارس نشاط تجاري منفصل[288]. في حين أنّ القاصر المُرَشَّد الذي بلغ سن 18 سنة كاملة يمكنه ممارسة التجارة والقيد في السجل التجاري بموجب إذن كتابي حسب الحالة من والده أو أمه ب أو بقرار من مجلس العائلة مصدق من المحكمة. غير أنّ أعمال التصرف من هذا القاصر تخضع للإجراءات المتعلقة ببيع أموال القصر وعديمي الأهلية[289].

كما يكتسب الصفة التجارية المستأجر ضمن عقد الاعتماد الإيجاري الواقع على المحل التجاري أو المؤسسات الحرفية للمحل التجاري بسبب أنّ تأجيره يعد من العمليات التي تدخل ضمن فئة الأعمال التجارية بالشكل[290]، لاسيما تأجير التسيير الذي يعد السند

---

[282] Cf. Thierry DUBAELE, Commerçant, Rép. Com. Dalloz, septembre 1997, n° 10.

[283] أنظر، فرحة زراوي صالح، الأعمال التجارية، المرجع السابق، ص. 165.

[284] Cf. Thierry DUBAELE, Commerçant, op.cit., n°71 et suivants.

[285] أنظر، المادة 04 من القانون رقم 04-08 المؤرخ في 14 أوت 2004، المتعلق بشروط ممارسة الأنشطة التجارية، المعدّل والمتمّم.

[286] Cf. Pascal BEDER, op.cit., n° 235.

[287] أنظر، فرحة زراوي صالح، الأعمال التجارية، المرجع السابق، ص. 369.

[288] أنظر، المادة 07 من الأمر رقم 75-59.

[289] أنظر، المادتين 05 و 06 من الأمر رقم 75-59.

[290] أنظر، المادة 03 من الأمر رقم 75-59.

الوحيد لاستغلاله باسم ولصالح المستأجر والذي يكتسب صفة التاجر ويخضع للقيد في السجل التجاري[291].

وعموماً، يحظر على من يحوز صفة التاجر أو يرغب بذلك أن يقع ضمن حالات التنافي والتي تتعارض مع ممارسة التجارة كما هو الحال بالنسبة الموظفين العموميين والقضاة وكتاب الضبط، وكذا أصحاب المهن الحرة كالمحامين والموثقين والمحضرين والمترجمين والمحاسبين...[292]

أما بالنسبة للشخص المعنوي التاجر أي الشركات التجارية فقَيْدُها في السجل التجاري هو ما يمنحها الشخصية المعنوية[293]. كما تتمتع أشخاص القانون العام الاعتبارية باستثناء المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري، بكونها تاجرة في علاقاتها مع الغير كما هو الحال بالنسبة للمؤسسات ذات الطابع الصناعي والتجاري والتي لا تخضع للقواعد المطبقة على الإدارة إلاَّ في علاقاتها مع الدولة[294].

إنّ من خلال ما سبق، يتبين أنه ومهما كانت صفة التاجر شخص طبيعي أو شخص معنوي تابع لقانون العام أو الخاص، وسواء اكتسبها على سبيل المثال نتيجة قيامه بأعمال تجارية بحسب الشكل كما بالنسبة للشركات التجارية باختلاف أغراضها الاجتماعية، أو إثر القيام بأحد العمليات المتعلقة بالمحل التجاري لاسيما تأجيره المتوافق مع الاعتماد الإيجاري المتعلق بالمحلات التجارية والمؤسسات الحرفية . فإنّ التاجر كعون اقتصادي كما وصفه القانون رقم 04-02 المحدد للقواعد

[291] أنظر، فرحة زراوي صالح، الكامل في القانون التجاري الجزائري، المحل التجاري والحقوق الفكرية، القسم الأول، المحل التجاري، نشر وتوزيع ابن خلدون، 2001.

[292] أنظر، فرحة زراوي صالح، الأعمال التجارية، المرجع السابق، ص. 320 وما يليها.

[293] Cf. Mohamed SALAH, Les sociétés commerciales, Tome 1, EDIK, 2005, p.91.

[294] أنظر، فرحة زراوي صالح، الأعمال التجارية، المرجع السابق، ص. 363.

المطبقة على الممارسات التجارية، المعدَّل والمتمّم، يمكنه وفقاً للأمر رقم 96-09 المتعلق بالاعتماد الإيجاري، أن يكون طرفاً ضمن عقد الاعتماد الإيجاري ويأخذ وصف المستأجر،لاسيما وأنّ هذا الأخير يستطيع تلبية متطلبات تجارته من خلال هذا العقد.

أمَّا المشرع الفرنسي فلقد عرَّف بدوره التاجر كونه يقوم بالأعمال التجارية ويتخذها مهنته المعتادة[295]. كما أنه وعلى عكس المشرع الجزائري منع صراحةً وصف التاجر عن القاصر ولو كان مرَشَّداً[296]، وأنّ زوج التاجر ما لم يمارس نشاطاً تجارياً مستقلاً عن زوجه فهو ليس بتاجر[297]. و يرى جانب من الفقه بأنّ التعريف القانوني للتاجر يشمل شروط المهنة التجارية إذ يجب على القائم عليها أن يكون قادراً على القيام بالأعمال التجارية، أن يتخذها مهنته المعتادة وأن يتصرف باسمه ولحسابه الخاص[298].

كما تم قانوناً تحديد الشركات التي تعد تجارية بحسب شكلها [299] فيما يرى بعض الفقه أنّ هذه الشركات ولأنها تأسست لغرض وحيد هو القيام بنشاط تجاري فالأعمال الصادرة عنها تظل دوماً تجارية[300]. أيضا يعد القيد في السجل التجاري من أهم التزامات

---

[295] V. Art. L121-1 du C. fr. com. : « *Sont commerçants ceux qui exercent des actes de commerce et en font leur profession habituelle*».

[296] V. Art. L121-2 du C. fr. com. : « *Le mineur, même émancipé, ne peut être commerçant*» .

[297] V. Art. L121-3 du C. fr. com. : « *Le conjoint d'un commerçant n'est réputé lui-même commerçant que s'il exerce une activité commerciale séparée de celle de son époux*».

[298] Cf. Michel de JUGLART, Benjamin IPPOLITO, Cours de Droit Commercial, Montchrestien, 8ème édition, 1984, p.154.

[299] V. Art. L210-1 du C. fr. com. : « *…Sont commerciales à raison de leur forme et quel que soit leur objet, les sociétés en nom collectif, les sociétés en commandite simple, les sociétés à responsabilité limitée et les sociétés par actions*».

[300] Cf. George RIPERT et René ROBLOT, op.cit., Tome 1, volume n°1, p. 271.

التاجر والتي إن هو أخل بها لا يمكنه التمسك بالصفة التجارية في مواجهة الغير كما الإدارة العمومية[301]، والتي يخضع لها أيضاً المستأجر للمحل التجاري في إطار التسيير الحر لكن ليس تحت طائلة بطلان العقد، وإنَّما بحرمان المؤجر من التمسك في مواجهة الغير بتوقفه عن استغلال ذات المحل مع تحمله تبعات ذلك [302]. وأخيراً على من يرغب في ممارسة التجارة فعليه تجنب حالات التنافي المتعارضة مع ممارسة التجارة[303].

وعموما، فما يهم بشأن التاجر في القانون الفرنسي هو هل يمكن أن يكون المستأجر الطرف في عقد الاعتماد الإيجاري؟ وفي هذا الشأن تدخل افقه ليؤكد على إمكانية أن يكون التاجر هو المستأجر ضمن عقد الاعتماد الإيجاري طالما أنّ للأصل المؤجر وجهة مهنية « Destination professionnelle »[304].

الفرع الثاني

الحرفي

إنَّ المشرع الجزائري وضمن الأمر رقم 96-01 المحدد للقواعد التي تحكم الصناعة التقليدية والحرف[305]، قام أولاً بتعريف الصناعة التقليدية والحرف ضمن المادة 05 منه كالتالي:" ...كل نشاط إنتاج أو إبداع أو تحويل أو ترميم فني أو صيانة أو

[301] Cf. Thierry DUBAELE, Commerçant, op.cit., n°198.

[302] Cf. Charley HANNOUN, Fernand DERRIDA et Emmanuel KORNPROBST, Location-gérance de fonds de commerce, Rép. Com. Dalloz, Mars 1997, n° 234 et 235.

[303] Cf. George RIPERT et René ROBLOT, op.cit., Tome 1, volume n°1, p. 171.

[304] Cf. Rose-Noëlle SCHŰTZ, Crédit-bail, op.cit., p.22.

[305] أنظر، الأمر رقم 96-01 المؤرخ في 10 يناير 1996، المحدد للقواعد التي تحكم الصناعة التقليدية والحرف،ج. ر. 14 يناير 1996، عدد 03، ص. 03.

تصليح أو أداء خدمة يطغى عليه العمل اليدوي ويمارس:

- بصفة رئيسية ودائمة،
- في شكل مستقر، أو متنقل، أو معرضي، في أحد مجالات النشاطات الآتية:

* الصناعة التقليدية، والصناعة التقليدية الفنية،
* الصناعة التقليدية الحرفية لإنتاج المواد،
* الصناعة التقليدية الحرفية للخدمات،

- وحسب الكيفيّات الآتية:

* إمّا فرديّا،
* وإمّا ضمن تعاونية للصناعة التقليدية والحرف،
* وإمّا ضمن مقاولة للصناعة التقليدية والحرف".

ثم عرّف لاحقاً الحرفي الشخص الطبيعي[306] ضمن المادة 10 من ذات الأمر بقوله :" حسب مفهوم هذا الأمر تمنح صفة:

- حرفي« Artisan» كل شخص طبيعي مسجل في سجل الصناعة التقليدية والحرف، يمارس نشاطاً تقليدياً كما هو محدد في المادة 05 من هذا الأمر، يثبت تأهيلاً ويتولى بنفسه ومباشرة تنفيذ العمل، وإدارة نشاطه وتسييره وتحمل مسؤوليته،

- حرفي معلم في حرفته « Maitre artisan en son métier»، كل حرفي مسجل في سجل الصناعة التقليدية والحرف، يتمتع بمهارة تقنية خاصة، وتأهيل عال في حرفته، وثقافة مهنية،

[306] أنظر، فرحة زراوي صالح، الأعمال التجارية، المرجع السابق، ص.528. :" إنّ الحرفي هو ذلك الشخص الذي يمارس مهنة يدوية في مقاولة في أغلب الأحيان صغيرة الحجم. وعلى ذلك، يجب أن تكون للحرفي المؤهلات المهنية المطلوبة للقيام بعمله اليدوي بغرض الإنتاج أو التحويل أو الصيانة أو التصليح أو أداء الخدمات...".

- صانع« Ouvrier artisan» كل عامل أجير له تأهيل مهني مثبت...".

يرى بعض الفقه بأنَّ مشرعنا من خلال الأمر رقم 96-01 أعلاه، قد أبدى بعض الليونة بشأن الشخص الطبيعي الحرفي والذي أجاز له امتلاك أداة العمل وتأجير تسييرها[307]. كما يتميز الحرفي الشخص الطبيعي بأنه ذلك العامل الذي يمتلك المؤهلات المهنية لممارسة مهنة يدوية بصفة مستقلة أي بتحمل المخاطر الناجمة عنها[308]. أما الحرفي الشخص المعنوي فيأخذ إما شكل التعاونية الحرفية « La coopérative artisanale» وهي شركة أشخاص ذات طابع مدني و رأسمال غير قار ويتمتع جميع أعضائها بصفة الحرفي[309]؛ وإمَّا شكل مقاولة الصناعة التقليدية والحرف والتي بدورها تشمل نوعان كلاهما يخضع في تأسيسه لأحد أشكال الشركات التجارية[310] المنصوص عليها ضمن المادة 544 فقرة 02 من القانون التجاري . أما النوع الأول فهو مقاولة الصناعة التقليدية والتي لها أن تمارس أنشطة الصناعة التقليدية بتشغيل عدد غير محدد من العمال ويتولى إدارتها حرفي أو حرفي معلم أ على الأقل تسعى لمشاركة أو توظيف حرفي آخر ليكلف بتسييرها تقنياً[311]. أما النوع الثاني فهو المقاولة الحرفية لإنتاج المواد والخدمات والتي على خلاف مقاولة الصناعة التقليدية لا يسمح لها بتشغيل أكثر من 10 عمال أجراء دائمين بما فيهم رئيس

[307] أنظر، فرحة زراوي صالح، الأعمال التجارية، المرجع السابق، ص. 525.

[308] أنظر، فرحة زراوي صالح، الأعمال التجارية، المرجع السابق، ص. 528 و 529.

[309] أنظر، المادة 13 من الأمر رقم 96-01، المؤرخ في 10 يناير 1996، المحدد للقواعد التي تحكم الصناعة التقليدية والحرف.

[310] أنظر، المادتين 20 و 21 من الأمر رقم 96- 01 أعلاه.

[311] أنظر، فرحة زراوي صالح، الأعمال التجارية، المرجع السابق، ص. 535.

المقاولة وزوجه وأصوله. كما تخضع في تسييرها لنفس شروط مقاولة الصناعة التقليدية[312].

إنَّ الحرفي لا يمكنه ممارسة مهنته دون استيفاء إجراءات التسجيل المنصوص عليها قانوناً، والتي بموجبها يتحصل الحرفي الشخص الطبيعي على البطاقة المهنية أو مستخرج من سجل الصناعة التقليدية والحرف بالنسبة للشخص المعنوي[313]. أمَّا بالنسبة للقيد في السجل التجاري فلا يخضع له الحرفيون وتعاونيات الصناعة التقليدية والحرف[314]. في حين تخضع للقيد في السجل التجاري مقاولة الصناعة التقليدية والحرف سواءً كانت مقاولة للصناعة التقليدية أو مقاولة حرفية لإنتاج المواد والخدمات. كذلك فإنّ المواد من 203 إلى 214 من القانون التجاري قابلة للتطبيق على الأعمال الحرفية التي تمارس في إطار التسيير الحر[315] كما أنَّ المستأجر المسير للمحل التجاري يخضع للقيد في السجل التجاري كما المؤسسة الحرفية[316].

وعموماً فإنَّ الحرفي بوصفه عوناً اقتصادياً في الأساس بموجب أحكام القانون رقم 04-02 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية، المعدَّل والمتمّم، يمكنه أن يكون طرفاً ضمن عقد الاعتماد الإيجاري على سواءً تعلق الأمر بالاعتماد الإيجاري المتعلق بالمؤسسات الحرفية. أو ضمن الأنواع الأخرى من الاعتماد الإيجاري التي يلجأ لها

---

[312] Loc.cit.

[313] أنظر، فرحة زراوي صالح، الأعمال التجارية، المرجع السابق، ص. 567.

[314] أنظر، المادة 33 من الأمر رقم 96- 01، أعلاه.

[315] أنظر، فرحة زراوي صالح، الأعمال التجارية، المرجع السابق، ص. 581.

[316] أنظر، رقم 04 و05 من المادة 04 من المرسوم التنفيذي رقم 97-41 المؤرخ في 18 يناير 1997 المتعلق بشروط القيد في السجل التجاري المعدّل والمتمّم، والمعدّلة بموجب المادة02 من المرسوم التنفيذي رقم 03- 453 المؤرخ في 01 ديسمبر2003 يعدل ويتمم المرسوم التنفيذي رقم 97-41 المؤرخ في 18 يناير 1997 المتعلق بشروط القيد في السجل التجاري المعدّل والمتمّم، ج. ر. 07 ديسمبر 2003 ، عدد 75، ص. 14.

الحرفي الشخص المعنوي بوصفه تاجراً، كما هو الحال بالنسبة لمقاولة الصناعة التقليدية والحرف بنوعيها.

أمَّا بالنسبة للمشرع الفرنسي فلقد تم تصنيف الحرفي « L'artisan » وحرفي الفن « L'artisan d'art » والحرفي المعلم « Le maitre artisan » حسب المؤهلات المهنية المشترطة فيهم قانوناً[317]، أما بعض الفقه فيرى تعريف الحرفي على أنه عامل مستقل يمارس عملاً يدوياً[318] ضمن مؤسسة ذات حجم صغير. لكن ولكون هذا التعريف يبقى متغيراً حسب الممارسة والنصوص القانونية، فإنّ البعض[319] يرى بوجوب تعريف عملي إذ أنَّ الحرفي ورغم عمله اليدوي فهو يختلف عن العامل كونه يبيع ما أنتجه هو بنفسه. في حين يتميز عن الصناعي أو التاجر بأنه يقوم شخصياً بالصنع أو التصليح، لكنه لا يضارب على عمل الغير . أمَّا التسجيل في سجل الحرف فهو إجباري[320] لكنه لا يمنع من القيد في السجل التجاري متى توفرت في المعني صفة التاجر[321]. فيما يخضع استغلال المحل الحرفي « Fonds artisanal » من المؤسسة الحرفية المقيدة بسجل الحرف إلى الأحكام المتعلقة بالإيجارات التجارية سواءً قامت بأعمال تجارية أم لا[322]، وأنَّ التسيير الحر يمس المحل التجاري كما المؤسسة الحرفية[323] .

---

[317] Cf. George RIPERT et René ROBLOT, op.cit., Tome 1, volume n°1, p. 162.

[318] Cf. Henri MOURIER, Artisans, Rép. Com. Dalloz, 1972 n° 123.

[319] Cf. Michel de JUGLART et Benjamin IPPOLITO, Cours de Droit Commercial, Montchrestien, 8ème édition, 1984, p. 171.

[320] Cf. George RIPERT et René ROBLOT, op.cit., Tome 1, volume n°1, p. 161.

[321] Cf. Henri MOURIER, Artisans, Rép. Com. Dalloz, 1972 n° 41.

[322] Cf. Marie-Pierre DUMONT, Beaux commerciaux, Rép. Com. Dalloz, janvier 2003, n° 24.

[323] Cf. Charley HANNOUN, Fernand DERRIDA et Emmanuel KORNPROBST, op.cit., n° 96.

وعموماً، وحسب ما يؤكده جانب من الفقه[324] فإنّ صفة الحرفي تتطابق مع وصف المستأجر في عقد الاعتماد الإيجاري المنصوص عليه ضمن القانون النقدي و المالي.

الفرع الثالث

المنتج

إنّ المُنتِج «Le producteur » هو كل من يقوم بعملية الإنتاج. و حسب مفهوم القانون رقم 09-03 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، فإنّ الإنتاج هو: « العمليات التي تتمثل في تربية المواشي، جمع المحصول، الجني،الصيد البحري، الذبح ،المعالجة، التصنيع، التحويل، التركيب و توضيب المنتوج، بما في ذلك تخزينه أثناء مرحلة تصنيعه وهذا قبل تسويقه الأول» [325].

و عليه، يكون المُنتِج كل من يقوم بعملية أو أكثر من عمليات الإنتاج أعلاه، كما وسع مشرعنا بموجب تعديله للقانون رقم 04-02 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية، من نطاق عمليات الإنتاج والتوزيع والخدمات التي يمارسها العون الاقتصادي ومهما كانت طبيعته القانونية، فأصبحت نشاطات الإنتاج تشمل النشاطات الفلاحية وتربية المواشي. أما نشاطات التوزيع فتشمل إعادة بيع السلع على حالها من المستوردين و الوكلاء ووسطاء بيع المواشي وبائعو اللحوم بالجملة، إضافةً إلى نشاطات الخدمات والصناعة التقليدية والصيد البحري[326] .

[324] Cf. Rose-Noëlle SCHŰTZ, Crédit-bail, op.cit., p.22.

[325] أنظر المادة 03 فقرة 09 من القانون رقم 09-03 المؤرخ في25 فبراير2009، المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، ج.ر. 08 مارس 2009، عدد 15، ص 14.

[326] أنظر، المادة 02 من القانون رقم 10-06 المؤرخ في 15 أوت 2010، المعدّل والمتمّم للقانون رقم 04-02 المؤرخ في 23 يونيو 2004، والذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، ج.ر. 18 أوت 2010، عدد 46، ص 12.

إنَّ كل من القانون رقم 09-03 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش والقانون رقم 04-02 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية، المعدَّل والمتمّم، جعلا عملية الإنتاج تشمل النشاطات الفلاحية وتربية المواشي، والصيد البحري، وكل ما يتعلق بتوضيب وتصنيع وتحويل وتركيب ...المنتجات الناتجة عن هاذين النشاطين قبل تسويقها الأول.

أولاً.ـــ المنتج في مجال النشاطات الفلاحية وتربية المواشي

إنَّ النشاطات الفلاحية تكتسي من حيث المبدأ الطابع المدني فهي ليست ذات طابع تجاري[327]، ولقد عرفها المرسوم رقم 96-63 المعرف للنشاطات الفلاحية والمحدد لشروط الاعتراف بالفلاح و كيفياته، وذلك عبر عدة مواد منها، المادة 02 :" يعتبر ذا طابع فلاحي، في مفهوم هذا المرسوم، كل نشاط يرتبط بسير دورة نمو منتوج نباتي أو حيواني وتكاثره".

أمّا المادة 03 فتنص على أنّه :" يعتبر ذا طابع فلاحي، في مفهوم هذا المرسوم، كل نشاط يستند إلى الاستغلال أو هو امتداد له لاسيما خزن المتوجات النباتية أو الحيوانية، وتحويلها وتسويقها و توضيبها، عندما تتولد هذه المنتجات من الاستغلال ". في حين تجعل المادة 04 من نفس المرسوم النشاطات الفلاحية المعرفة في المادتين 03 و 04 أعلاه تحتفظ بطبيعتها الفلاحية سواء كانت مرتبطة بالتربة أم لا، ومهما كانت أهميتها الاقتصادية وسواءً كانت الطرق المستعملة تقليدية أو اصطناعية أو طبيعية.

[327] أنظر، المادة 06 من المرسوم التنفيذي رقم 96 – 63 المؤرخ في 27 يناير 1996، يعرف النشاطات الفلاحية ويحدد شروط الاعتراف بصفة الفلاح و كيفياته، ج.ر. 28 يناير 1996، عدد 07، ص 13. أنظر في هذا الشأن أيضاً المادة 45 من القانون رقم 08 – 16 المؤرخ في03 غشت 2008، المتضمن التوجيه الفلاحي، ج.ر. 10 غشت 2008، عدد 46، ص 11.

في حين تنص المادة 05 من هذا المرسوم كالتالي :"تعتبر كذلك ذات طابع فلاحي، النشاطات المنجزة داخل مؤسسات الصيد البحري كما هو منصوص عليه في المادة 17 من المرسوم التشريعي رقم 94-13 ..."[328].

وأخيرا عرف المرسوم التنفيذي رقم 96-63 أعلاه الفلاح ضمن نص المادة 07 منه والتي من ضمن ما جاء فيها :" يعتبر فلاحاً في مفهوم هذا المرسوم كل شخص طبيعي يمارس نشاطات فلاحية، بصفة مستمرة وعادية، كما هي معرفة أعلاه وتتوفر فيه الشروط الآتية:

- أن يكون مالك أراض أو مربي الماشية يتولى بنفسه وتحت مسؤوليته إدارة مهام التسيير ومراقبتها ومتابعتها.

غير أنّه يمكن المالك أن يفوض أمر التسيير للغير الذي يكون حينئذ وكيلا مسيرا موضوعاً تحت سلطة المالك ومسؤوليته.

- أن يكون حائز عقد إيجار أو انتفاع مبرما مع المالك وأن يكون الإيجار أو الانتفاع مصرّحا بكونه نقدا أو عينا".

من خلال ما سبق، يتبين أنّ النشاطات الفلاحية هي التي تحدد صفة الفلاح القائم عليها وأنه تم تحديد النشاطات الفلاحية على أنها مرتبطة بسير دورة نمو نباتي أو حيواني وتكاثره، وكذا عمليات الاستغلال والتحويل والتسويق المتعلقة بها. فكانت بذلك النشاطات الفلاحية لا تتعلق فقط بالزراعة التي ترتبط بالتربة بل تتعداها إلى نشاطات تربية المواشي بل وتربية المائيات ضمن قطاع الصيد البحري.

[328] أنظر، نص المادة 17:" تعد مؤسسات للصيد البحري كل المنشآت المقامة على الأملاك الوطنية المزودة بماء البحر أو الماء العذب أو الأجاج قصد التقاف وتربية وزراعة الحيوانات والنباتات البحرية أو التي تعيش في المياه العذبة "، من المرسوم التشريعي رقم 94 – 13 المؤرخ في 28 ماي 1994، المحدد للقواعد العامة المتعلقة بالصيد البحري، ج.ر. 28 يناير 1994، عدد 40، ص 07.

أمـــا الفـــلاح فيتطلـــب فيـــه أن يمـــارس نشـــاطه بشـــكل مســـتمر و اعتيادي مما يستبعد معـــه النشـــاط العرضـــي أو المتقطـــع مـــع إمكانيـــة توكيلـــه من يقوم بالنشـــاط لكـــن لحســـابه وتحـــت مســـؤوليته. كمـــا يخضـــع الفـــلاح للتســـجيل ضـــمن دفتـــر الفلاحـــة الـــذي يعتـــرف لصـــاحبها بصـــفة الفـــلاح ضمن صنف النشاط والقطاع الذي ينتمي إليه[329].

لكـــن، لاحقـــاً القـــانون رقـــم 08-16 المتعلـــق بالتوجيـــه الفلاحـــي، قـــدم تعريفـــا آخـــر للنشـــاطات الفلاحيـــة إذ تـــنص المـــادة 45 منـــه علـــى التالي:"تعتبر ذات طبيعـــة فلاحيـــة في مفهـــوم هـــذا القـــانون، كـــل النشـــاطات الـــتي تتعلـــق بـــالتحكم وباســـتغلال دورة بيولوجيـــة ذات طـــابع نبـــاتي أو حيـــواني، الـــتي تشـــكل مرحلـــة أو عـــدة مراحـــل ضـــرورية لســـيرورة هـــذه الدورة، وكذا الأنشـــطة الـــتي تجـــري علـــى امتـــداد عمـــل الإنتـــاج ولاســـيما منـــها تخـــزين المـــواد النباتيـــة أو الحيوانيـــة و توضـــيبها وتحويلـــها وتســـويقها، عندما تكون هذه المواد متأتية حصراً من المستثمرة... ".[330]

في حين أنّ المـــادة 47 منـــه عرفـــت المســـتثمر الفلاحـــي بقولهـــا:"يعتـــبر في مفهوم هذا القـــانون مســـتثمرا فلاحيـــا، كـــل شـــخص طبيعـــي أو معنـــوي يمارس نشاطاً فلاحياً كمـــا هـــو محـــدد في أحكـــام المـــادة 45 أعـــلاه، ويشـــارك في تسيير المستثمرة، ويســـتفيد مـــن أرباحهـــا، ويتحمـــل الخســـائر الـــتي تترتـــب عن ذلك...".

أمـــا المســـتثمرة الفلاحيـــة فقـــد عرفتـــها المـــادة 46 مـــن ذات القـــانون كالتالي:" المستثمرة الفلاحيـــة وحـــدة إنتاجيـــة تتشـــكل مـــن الأمـــلاك المنقولـــة وغير المنقولة ومـــن مجمـــوع قطعـــان المواشـــي والـــدواجن والحقـــول والبســـاتين والاستثمارات المنجزة... "

[329] أنظر، المادتين 09 و 10 من المرسوم التنفيذي رقم 96 – 63 أعلاه.
[330] أنظر، القانون رقم 08 – 16 المؤرخ في03 غشت 2008، المتضمن التوجيه الفلاحي، ج.ر. 10 غشت 2008، عدد 46، ص 11.

فـــيلاحظ، بخصـــوص القـــانون رقـــم 08 – 16 المتعلـــق بالتوجيـــه الفلاحي أنه اســتبدل مصــطلح الفــلاح بالمســتثمر الفلاحــي والــذي يســتوي أن يكون شخصاً طبيعيــاً أو معنويــاً، وأنــه وســع مــن نشــاط المنــتج ضــمن الأنشـــطة الفلاحيـــة وتربيـــة المواشـــي ليشـــمل العمليـــات المتعلقـــة التخـــزين والتوضـــيب والتحويـــل والتســـويق. كمـــا تم إدراج تربيـــة الـــدواجن ضـــمن النشاطات الفلاحية، أما مـــن الناحيـــة الجبائيـــة فلقـــد تم توســـيع نطـــاق تربيـــة الحيوانات التي تخضع للضريبة بوصفها نشاطات فلاحية [331].

وعمومـــاً، فـــإنَّ المســـتثمر الفلاحـــي الشـــخص الطبيعـــي أو المعنـــوي يعتبر عوناً اقتصـــادياً بموجـــب القـــانون رقـــم 04-02 المحـــدد للقواعـــد المطبقـــة على الممارســـات التجاريـــة، المعـــدَّل والمـــتمّم. كمـــا يمكنـــه أن يكـــون طرفـــاً ضمن عقد الاعتماد الإيجـــاري وذلـــك بصـــريح نـــص المـــادة 85 مـــن القـــانون رقـــم 08 – 16 المتعلـــق بالتوجيـــه الفلاحـــي والـــتي تـــنص:"يتشـــكل تمويـــل الفلاحـــة علـــى الخصـــوص ممـــا يـــأتي: الـــدعم المـــالي للدولـــة، التمويـــل التعاضدي، القـــرض البنكـــي". فكمـــا ســـبق التأكيـــد عليـــه، فـــإنّ الاعتمـــاد الإيجاري يعتـــبر قرضـــاً وهـــو يـــدخل بـــذلك ضـــمن الأدوات الماليـــة لتمويـــل عمليـــات الإنتـــاج الفلاحـــي، بـــل أكثـــر مـــن ذلـــك فـــالتجهيزات الفلاحيـــة المقتناة في إطار القـــرض الإيجـــاري تخضـــع للإعفـــاء مـــن الرســـم علـــى القيمـــة المضافة[332].

[331] Cf. La Lettre de la D.G.I, L'agriculture et la fiscalité, Bulletin d'information de la Direction Générale des Impôts, n° 35 octobre 2008, p. 03. : «*Au sens de l'article 35 du code des impôts directs et taxes assimilées, les revenus agricoles sont ceux réalisés dans les activités agricoles et d'élevage… Est considérée comme activité agricole : toute exploitation de biens ruraux procurant des revenus, tout profit résultant, pour l'exploitant, de la vente ou de consommation des produits de l'agriculture, y compris les revenus provenant de la production forestière ; toute exploitation de champignonnières en galeries souterraines. Sont également considérées comme activité d'élevage : les activités apicoles (élevage d'abeilles); les activités ostréicoles (élevage des huîtres); les activités mytilicoles (élevage des moules); les activités conchylicoles (élevage de coquillages); les activités cuniculicoles (élevage des lapins); les activités avicoles (élevage d'oiseaux de toutes espèces et de la volaille)* ».

[332] Cf. La Lettre de la D.G.I, L'agriculture et la fiscalité, op.cit., p. 05.

أمّـــا المشـــرع الفرنســـي فهـــو أيضـــاً ينفـــي الطـــابع التجـــاري عـــن الأنشطة الفلاحية [333] ممـــا يؤكـــد علـــى الطـــابع المـــدني للنشـــاط الفلاحـــي [334] غير أنّ بعـــض الفقـــه يـــرى أنّ الأنشـــطة الفلاحيـــة تأخـــذ الطـــابع التجـــاري لاسيما في مجـــال تربيـــة الحيوانـــات الـــذي يـــتم تســـمينها بـــأعلاف تم شـــرائها مـــــن خـــــارج المســـــتثمرة في إطـــــار التربيـــــة الصـــــناعية «L'élevage industriel» [335].

أما عن مـــدى صـــلاحية المنـــتج في المجـــال الفلاحـــي ليكـــون طرفـــاً في عقـــد الاعتمـــاد الإيجـــاري ضـــمن القـــانون الفرنســـي، فيبـــدو إنّ شـــرط استعمال الأصل المؤجر مـــن طـــرف المســـتعمل المهـــني يكفـــي للإجابـــة بـــنعم، لكون هذا النـــوع مـــن المســـتعملين يعـــدون مـــن ضـــمن المســـتعملين المهنـــيين « Les utilisateur professionnels » [336].

ثانيا.ـــ المنتج في مجال الصيد البحري وتربية المائيات

إنَّ مجـــال الصـــيد البحـــري في الجزائـــر ينظمـــه حاليـــاً القـــانون رقـــم 01-11 المتعلـــق بالصـــيد البحـــري وتربيـــة المائيـــات [337] والـــذي ألغـــى الـــنص الســـابق أي المرســـوم التشـــريعي رقـــم 94- 13 المحـــدد للقواعـــد العامـــة المتعلقـــة بالصـــيد البحـــري [338]. لكنـــه بالمقابـــل أي القـــانون رقـــم 01-11

---

[333] V. Art. L721-6 du C. fr. com. : « *Ne sont pas de la compétence des tribunaux de commerce les actions intentées contre un propriétaire, cultivateur ou vigneron, pour vente de denrées provenant de son cru, ni les actions intentées contre un commerçant, pour paiement de denrées et marchandises achetées pour son usage particulier. Néanmoins, les billets souscrits par un commerçant sont censés faits pour son commerce*» .

[334] Cf. Jacques PRÉVAULT, Agriculture, Rép. Com. Dalloz, juillet 1995. n°04 et 09.

[335] Cf. Michel de JUGLART et Benjamin IPPOLITO, op.cit., p. 112.

[336] Cf. Chantal BRUNEAU, op.cit., p.53.

[337] أنظر، القانون رقم 01 – 11 المؤرخ في03 يوليو 2001، المتعلق بالصيد البحري وتربية المائيات، ج.ر. 08 يوليو 2001، عدد 36، ص 03.

[338] أنظر، المرسوم التشريعي رقم 94 – 13 المؤرخ في28 مايو 1994، المحدد للقواعد العامة المتعلقة بالصيد البحري، ج.ر. 22 يونيو 1994، عدد 40، ص 05.

وبموجب المادة 104 أبقى على المادة 06 من المرسوم التشريعي رقم 94-13 والمتعلقة بتحديد مساحة المنطقة المحفوظة للصيد البحري الواقعة ما وراء المياه الإقليمية والمتاخمة لها.

كما أنَّ القانون رقم 01-11 المتعلق بالصيد البحري وتربية المائيات جاء بمجموعة من التعريفات[339] منها :"...الموارد البيولوجية: الأسماك والقشريات والرخويات والإسفنجيات والقنفذيات والمرجان والنباتات وكل جسم عضوي آخر يشكل الماء وسط حياته الدائم أو الغالب...الصيد: كل نشاط يرمي على قنص أو جمع أو استخراج موارد بيولوجية، يشكل الماء وسط حياتها الدائم أو الغالب... تربية المائيات: كل عمل يرمي إلى تربية أو زراعة موارد بيولوجية... مؤسسة استغلال الموارد البيولوجية البحرية: كل منشأة يكون الهدف منها ممارسة نشاطات الصيد والتي تؤدي إلى شغل أملاك عمومية... مؤسسة التربية والزرع: كل منشاة مقامة على الأملاك العامة أو الخاصة والتي يكون الهدف منها تربية موارد بيولوجية وزرعها...".

يلاحظ على مجموعة التعريفات أعلاه، أنّ مشرعنا عرف الموارد البيولوجية وحدد أنواعها وخصائصها بالنسبة لكون الماء وسط حياتها الدائم أم الغالب، وحدد طريقتين لاستغلال هاته الموارد البيولوجية وذلك إما بالصيد البحري والذي قد يتم من طرف مؤسسة استغلال الموارد البيولوجية البحرية؛ أو بتربية المائيات التي قد تتم من مؤسسة التربية والزرع.

كما يظهر من خلال نفس القانون رقم 01-11 أعلاه، لاسيما المادة الثانية منه أنّ نشاط الصيد الذي قد يمارسه مهنيو الصيد أشخاصا طبيعية كانوا أم معنوية ، قد يكتسي الطابع التجاري إذا كان

[339] أنظر، المادة 02 من القانون رقم 01 – 11 المتعلق بالصيد البحري وتربية المائيات، أعلاه.

الهدف من وراءه تحقيق ربح، كما يعد حرفياً متى تم بالقرب من السواحل بطرق تقليدية، كما قد يكون لأغراض علمية أو ترفيهية للرياضة أو التسلية.

كما أنّ ما قيل بشأن المنتج في مجال النشاط الفلاحي وتربية المواشي يصلح بشأن المنتج في مجال الصيد البحري وتربية المائيات وذلك بشأن كونه يصلح مبدئياً ليأخذ وصف المستأجر ضمن عقد الاعتماد الإيجاري، فهو من جهة عون اقتصادي في مفهوم القانون رقم 04-02 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية، المعدَّل والمتمّم السالف الذكر؛ كما أنّ نشاط الصيد البحري يكتسي الطابع الفلاحي بموجب المادة 05 من المرسوم رقم 96-63 المعرف للنشاطات الفلاحية والمحدد لشروط الاعتراف بالفلاح و كيفياته.

أمّا بالنسبة للتشريع الفرنسي، فيرى جانب من الفقه بأن الصيد الذي يتم في البحر يخضع لقواعد الملاحة البحرية؛ أما طابعه التجاري فتحدده الظروف التي مورس في ظلها؛ أمّا الصيد في الأنهار وكذا تربية المائيات فلها طابع مدني[340]. ويرى البعض الآخر أنّ ممارسة نشاط الصيد البحري بشكل معتاد على متن سفينة لتسويق المنتوج تعد عملاً تجارياً[341].

في حين أنّ صلاحية القائم بنشاط الصيد البحري وتربية المائيات ليكون المستأجر ضمن عقد الاعتماد الإيجاري فتحدده الطبيعة القانونية لهذا الشخص القانوني بوصفه مستعمل مهني للأصل المؤجر[342].

[340] Cf. George RIPERT et René ROBLOT, op.cit., Tome 1, volume n°1, p. 142.

[341] Cf. Annie CUDENNEC, Pèche maritime, Rép. Com. Dalloz, mars 1998. n°19.

[342] Cf. Chantal BRUNEAU, op.cit., p.53.

ثالثاً.ــ المجال الموسع لنشاط المنتج

إنّ ما يلاحظ بخصوص نشاط المنتج أنه لا يقتصر فقط على النشاطات الفلاحية وتربية المواشي أو الصيد البحري بل يمتد إلى كل العمليات المتعلقة بهما. ذلك أنّ القانون رقم 09-03 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش جعل الإنتاج يشمل أيضاً العمليات التالية: جمع المحصول « La récolte» والجني« La cueillette» و الذبح«L'abattage» والمعالجة« Le traitement»والتصنيع« La fabrication»والتحويل« La transformation» والتركيب«Le montage» و توضيب المنتوج« Le conditionnement d'un produit»، بما في ذلك تخزينه أثناء مرحلة تصنيعه وهذا قبل تسويقه الأول[343].

أيضاً، تجدر الملاحظة بأن عمليات الإنتاج تلك لا تكتسي مبدئياً الطابع التجاري وتشمل أساساً منتجات ذات أصل نباتي أو حيواني موجهة للاستهلاك البشري. مما يثير التساؤل بخصوص عمليات الإنتاج الأخرى لاسيما تلك الصناعية الخالصة منها.

لكن، وبالرجوع للقواعد العامة يظهر بأنّ مقاولات الإنتاج والتي تكفلت المادة 02 من القانون التجاري بإدراجها ضمن الأعمال التجارية بحسب موضوعها، تدخل ضمن مجال اختصاص العون الاقتصادي التاجر. و يرى جانب من الفقه في هذا المجال بأنّ مثلاً مقاولات المصانع« entreprise de manufacture»، تندرج ضمن مقاولات التحويل والتي تتميز بكونها ذات الطابع التجاري[344].

أما في التشريع الفرنسي يرى بعض الفقه بأنه من الناحية الاقتصادية فالتجارة تتميز عن الصناعة بكونها تقوم فقط على تداول وتوزيع الثروة وليس الإنتاج[345] . أمّا قانونا فمؤسسات الإنتاج

---

[343] أنظر، المادة 03 فقرة 09 من القانون رقم 09-03 المؤرخ في25 فبراير2009، المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، ج.ر. 08 مارس 2009، عدد 15، ص 14.

[344] أنظر، فرحة زراوي صالح، الأعمال التجارية، المرجع السابق، ص. 119.

[345] Cf. George RIPERT et René ROBLOT, op.cit., Tome 1, volume n°1, p. 01.

والصناعة تكتسي الطابع التجاري[346]. كما أنّ كل من النشاط التجاري والنشاط الصناعي يشكلان أغلب النشاطات الاقتصادية.[347]

الفرع الرابع

مقدم الخدمات

إنّ الأنشطة المتعلقة بتقديم الخدمات يصعب حصرها، لكنها مبدئياً قسمان، النوع الأول ذو طبيعة تجارية ويخضع فيه مؤدي الخدمات للقيد في السجل التجاري[348] والذي يشمل نشاطات النقل، التأمينات، الفندقة والسياحة والأسفار، مخابر تحليل النوعية، بيع المشروبات، تعليم السياقة، قاعات اللعب، ايضاً تقديم الخدمات على سبيل الوساطة كالوكيل المعتمد لدى الجمارك ووسيط التأمين...[349]. أمّا النوع الثاني من مقدمي الخدمات فيشمل المهن غير التجارية، كالمهن الحرة من أطباء ومحامين ومهندسين معماريين...[350]

كما أنَّ مقدم الخدمات « Le prestataire de services» و كما تدل عليه تسميته فهو يقوم بتقديم خدمة، و بالرجوع للقانون رقم 09-03 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش لاسيما المادة 03 منه والتي جاءت بتعاريف لعدد من المصطلحات ومنها: "... السلعة: كل شيء مادي قابل للتنازل عنه بمقابل أو مجاناً...المنتوج:كل سلعة أو خدمة يمكن أنّ يكون موضوع تنازل بمقابل او مجاناً... الخدمة: هي كل عمل مقدم، غير تسليم السلعة، حتى ولو كان هذا التسليم تابعاً أو

[346] Cf. George RIPERT et René ROBLOT, op.cit., Tome 1, volume n°1, p. 121.

[347] Cf. Michel GUIBAL, Commerce et industrie, Rép. Com. Dalloz, février 2003. n°04.

[348] أنظر، المادة 04 من المرسوم التنفيذي رقم 97-41 المؤرخ في 18 يناير 1997، المتعلق بشروط القيد في السجل التجاري المعدّل والمتمّم.

[349] أنظر، فرحة زراوي صالح، الأعمال التجارية، المرجع السابق، ص. 244 و ما يليها.

[350] Cf. George RIPERT et René ROBLOT, op.cit., Tome 1, volume n°1, p. 145.

مدعماً للخدمة المقدمة...". ويظهر من خلال هذه التعاريف أنّ الخدمة تماماً كالسلعة وأنّه سواءٌ تم التنازل عنها بمقابل أو مجاناً فهي تعتبر منتوجاً « Un produit » غير أنّ السلعة تعتبر ذات طبيعة مادية. وذلك على خلاف الخدمة والتي تشمل كل عمل مقدم من غير تسليم السلعة ولو كان هذا التسليم تابعاً أو مدعماً للخدمة المقدمة. و من هذه التعريفات يستخلص بأنَّ مقدم الخدمة هو كل من يقدم عملاً ماعدا تسليم السلعة[351].

وعموماً ومهما تعددت الطبيعة القانونية للعون الاقتصادي بوصفه المستأجر ضمن عقد الاعتماد الإيجاري، فإنه يمنع عليه أن يكون مسيراً– أي مؤسس، عضو مجلس إدارة، ممثل أو شخص له سلطة التوقيع –، أو مساهماً، أو زوجاً أو قريباً من الدرجة الأولى لأحدهما أو لكليهما، حتى يُمْنَحَ قرضاً من البنك أو المؤسسة المالية[352]. ويسري هذا الشرط على الاعتماد الإيجاري بوصفه قرضاً بصريح نص القانون[353].

أمّا بالنسبة للتشريع الفرنسي، فمقدم الخدمات طالما يشكل مستعمل مهني للأصل المؤجر فهو أهلٌ من حيث المبدأ ليكون المستأجر ضمن عقد الاعتماد الإيجاري. ذلك أنَّ اللجوء للاعتماد الإيجاري لا يخضع لأي تقييد طالما أنّ مستعمل الأصل المؤجر شخص مهني بغض النظر عن كونه شخص طبيعي أو معنوي. فالشخص المهني يستعمل الأصول ذات الطبيعة المهنية، لكن إذا كانت طبيعة الأصل المستأجر لا تقبل الاستعمال المهني بشكل حصري، فإنَّ المعيار الوحيد الذي يحتكم

[351] أنظر، المادة 03 الفقرات 10، 16 و17 من القانون رقم 09-03.

[352] أنظر، المادة 104، من الأمر رقم 03-11 المؤرخ في 26 أوت 2003، المتعلق بالنقد والقرض، المعدّل والمتمّم.

[353] أنظر، المادة 02 من الأمر رقم 96-09 المتعلق بالاعتماد الإيجاري، السالف الذكر.

إليه في هذه الحالة هو تخصيص الأصل المستأجر لاسيما استعماله الفعلي لغايات مهنية.[354] كما أنّ المشرع الفرنسي لم يشترط صفة التاجر في المستأجر فلا يهم أن يكون تاجرا، حرفيا، صاحبا مهنة حرة...، المهم هو الاستعمال المهني للأصل المؤجر من طرف المستأجر بغرض تلبية الحاجات المهنية لنشاطه الاعتيادي[355].

أمَّا المشرع اللبناني، فلم يتعرض من خلال القانون رقم 99/160 إلى تعريف المستأجر، و لم يخصه بشروط معينةٍ. مما يفتح الباب في هذا المجال أمام كل شخص طبيعي أو معنوي يتمتع بكامل أهليته القانونية[356].

وبدوره المشرع المصري لم يتطلب أي شروط خاصة في المستأجر حسب ما يظهر من نص القانون رقم 95 لعام 1995، المتعلق بالتأجير التمويلي، واللائحة التنفيذية للقانون 1995/95 الصادرة بقرار عن وزير الاقتصاد والتجارة الخارجية تحت رقم 1995/846، حين تم تحديد المستأجر بأنه كل من يحوز مالاً استنادا إلى عقد تأجير تمويلي[357].

عموماً، يظهر أنّ شرط المستعمل المهني مؤثرٌ في القانون الجزائري والفرنسي وذلك على عكس ما هو عليه الأمر في التشريعين المصري واللبناني، وهو ما قد يفقد عقد الاعتماد الإيجاري ميزته الأساسية التي نشا لأجلها بوصفه أداة تمويل للمشاريع الاستثمارية للأشخاص المهنية طبيعية كانت أو معنوية.

---

[354] Cf. Guy DURANTON, Crédit-bail mobilier, op.cit., p.07.

[355] Cf. Chantal BRUNEAU, op.cit., p.53.

[356] أنظر، ناذر عبد الشافي، المرجع السابق، ص. 96.

[357] أنظر، إلياس ناصيف، المرجع السابق، ص. 172.

لكن، هل يكفي فقط توفر صفة المستأجر مأخوذةً في إحدى الصور الأربعة المذكورة، أي التاجر والحرفي و المنتج ومقدم الخدمات – والتي لم يفرق فيها مشرعنا بين الشخص المعنوي والشخص الطبيعي–، للقول أنّ عنصر المستأجر متوفر لقيام عقد الاعتماد الإيجاري؟

المطلب الثاني

شرط الاستعمال المهني للأصل

لقد سبق التطرق لشرط المتعامل أو العون الاقتصادي، بوصفه يمثل المستأجر في عقد الاعتماد الإيجاري[358]، كما تمَّ تعريف العون الاقتصادي بأنه: " كل منتِج أو تاجر أو حرفي أو مُقَدِم خدمات أياً كانت صفته القانونية، يمارس نشاطه في الإطار المهني العادي، أو بقصد تحقيق الغاية التي تأسس من أجلها" [359].

لكن، السؤال الذي يطرح نفسه في هذا الإطار يتجلى في معرفة ما إذا كان توفر صفة العون الاقتصادي يعد سبباً كافياً للقول بتوفر الصفة القانونية في المستأجر ضمن عقد الاعتماد الإيجاري؟ للإجابة عن هذا السؤال، فإنَّ المادة 03 فقرة أولى من القانون رقم 04-02 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية، المعدَّل والمتمّم، تحمل شرطين جامعين من حيث تطبيقهما. فإنه لا يكفي أن تتوفر صفة التاجر أو الحرفي أو المنتج أو مقدم الخدمات في العون الاقتصادي، بل يجب إضافةً إلى ذلك أنّ ترتبط صفته تلك بممارسته لنشاطه المهني العادي ــ أي الاعتيادي ــ بالنسبة للشخص الطبيعي،

[358] أنظر، المادة 02 من الأمر رقم 96-09 المؤرخ في 10 يناير 1996، المتعلق بالاعتماد الإيجاري.

[359] أنظر، المادة 03 من القانون رقم 04-02 المؤرخ في 23 يونيو 2004، المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية، المعدّل والمتمّم.

أو في إطار تحقيق الغاية التي تأسس من أجلها بالنسبة للشخص المعنوي. وهذا معناه انتفاء صفة المهنية عن العون الاقتصادي كلما كان نشاطه غير مهني أي شخصي أو عائلي مثلاً، وبالتالي لا يمكنه في هذه الحالة أن يحوز وصف المستأجر ضمن عقد الاعتماد الإيجاري، طالما أنّ هذا العقد يهدف اساساً إلى تلبية الحاجات المهنية للأشخاص المهنيين.ذلك أنّ مخالفة شرط الاستعمال المهني للأصل موضوع عقد الاعتماد الإيجاري تجعل من العون الاقتصادي مجرد مستهلك[360] .

ويترتب على تعليق الاعتماد الإيجاري طبقاً للمادة الأولى من الأمر رقم 96-09 فقط على الأصول المنقولة أو غير المنقولة ذات الاستعمال المهني، أو بالمحلات التجارية أو بالمؤسسات الحرفية النتائج التالية:

1- أنَّ شرط العون الاقتصادي، حسب التعريف الوارد بالقانون رقم 04-02 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية، المعدَّل والمتمّم، يكون الأقرب لمفهوم المتعامل الاقتصادي المطلوب كشرط في شخص المستأجر ضمن الاعتماد الإيجاري، حسب الأمر رقم 96-09 المتعلق به، وذلك بناء على عنصر الاستعمال المهني لموضوع العقد، والذي لا يمكن أن يصدر مبدئياً إلا من طرف شخص مهني « Un professionnel». وأنّ الصور الأربعة لصفة المستأجر، مأخوذة في شخص المنتج، الحرفي، التاجر، ومقدم الخدمات، تؤكد على مهنيتهم ، وأنهم ليسوا بأي حالٍ من الأحوال مجرد مستهلكين.

[360] في مفهوم المادة 03 فقرة 02 من القانون رقم 04-02 المؤرخ في 23 يونيو 2004، المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية، المعدّل والمتمّم، المستهلك هو :« كل شخص طبيعي أو معنوي يقتني بمقابل أو مجاناً، سلعة أو خدمة موجهة للاستعمال النهائي من أجل تلبية حاجاته الشخصية... » .

2- أنَّ عقد الاعتماد الإيجاري يتعلق بالاستعمال المهني للأصل المنقول أو غير المنقول. ومن ثمَّ لا يمكن تصوره يصدر عن مجرد مستهلك يسعى أصلاً لتلبية حاجاته الشخصية، بل أنّ هذا الاستعمال المهني لا يمكن إلاَّ أنّ يصدر عن مهني، يستعمل الأصل لغايات مهنته التي يحترفها، وليس بغرض الاستعمال النهائي للسلعة أو الخدمة[361].

3- أنَّ تعلق الاعتماد الإيجاري بالمحلات التجارية –بوصفها مجموعة أموال منقولة–، والمخصصة بطبيعتها لممارسة نشاط تجاري [362] يؤكد أنَّ الغاية من تأجير هذه الأصول تتعلق بنشاط مهني يمارس على وجه الاحتراف، وبالتالي تختلف عن غايات المستهلك الشخصية. أما تعلق الاعتماد الإيجاري بالمؤسسات الحرفية[363]، فإنّه يطرح بشأنها إشكالاً قانونياً، سيتم التطرق له بأكثر تفصيل ضمن موضوع عقد الاعتماد الإيجاري[364].

أمَّا المشرع الفرنسي ومن خلال المواد L313-7 وما بعدها من القانون النقدي والمالي الفرنسي، فقد ركز على وجوب أن ينكب الإيجار في عقد الاعتماد الإيجاري حصراً على الاستعمال المهني

---

[361] أنظر، المادة 03 فقرة 01 من القانون رقم 09-03 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، السالف الذكر.

[362] أنظر، فرحة زراوي صالح، المحل التجاري، المرجع السابق، ص. 02.

[363] لقد استعمل مشرعنا مصطلح "مؤسسات حرفية" وترجمها في النسخة الأجنبية من الأمر رقم 96-09 المتعلق بالاعتماد الإيجاري « Établissements artisanaux» ــ وهو نفس المصطلح المستعمل في صيغة المفرد كموضوع لعقد الليزنغ إلى جانب المحل التجاري وذلك ضمن المادة L313-7 القانون النقدي والمالي الفرنسي ــ، و يرجح انه قصد بها المحل التجاري المستغل لنشاط حرفي وليس الحرفي الشخص المعنوي والذي يستوجب بشأنه استعمال لفظ تعاونية، أو مقاولة للصناعة التقليدية والحرف، بوصفها الإطار المنظم وغير الفردي لممارسة النشاط الحرفي، خاصة و إن الأمر 96-09 المتعلق بالاعتماد الإيجاري والأمر 96-01 المحدد للقواعد التي تحكم الصناعة التقليدية والحرف، يحملان نفس التأريخ وصادران بنفس الجريدة الرسمية.

[364] أنظر بشان هذه المسالة، الصفحة 117 من هذه الدراسة.

« L'usage professionnel»، للقول بوجود عملية اعتماد الإيجاري. وأنَّ هذا الاستعمال المهني يشمل أيضاً المحل التجاري والمؤسسة الحرفية أو أحد عناصرهما، نظراً لطبيعتهم المهنية في الأصل[365].

في حين اشترط المشرع المصري من خلال المادة 02 من اللائحة التنفيذية للقانون95/95، والصادرة عن وزير الاقتصاد والتجارة الخارجية تحت رقم 95/846 ، وجوب أن يكون المال المؤجر لازماً لمباشرة نشاط إنتاجي، خدمي أو سلعي للمستأجر. وهو ما يؤكد على ضرورة الاستعمال المهني للمال المؤجر[366]، طالما أنَّ نفس اللائحة التنفيذية تعرف المال في مادتها الأولى على أنه: " كل عقار أو منقول مادي أو معنوي يكون موضوعاً لعقد تأجير تمويلي، ويكون لازماً لمباشرة نشاط إنتاجي سلعي أو خدمي... " .

أما المشرع اللبناني، فلم يشترط وجوب القيام بعمليات الإيجار التمويلي لتمويل المشاريع الإنتاجية، مما يجعل تعاقدهم بخصوصه لتلبية حاجاتهم الإنتاجية أو استعمالهم الشخصي على حدٍ سواء. [367]

لقد تم التطرق إلى الركن الأول في عقد الاعتماد الإيجاري وهو أطراف العقد، مأخوذين في شخص المؤجر والمستأجر. كما تم تعريف المؤجر ضمن عقد الاعتماد الإيجاري بوصفه مؤسسة قرض، وهي إما بنك أو مؤسسة مالية بما فيها شركات الاعتماد الإيجاري والتي تخضع للشروط الخاصة التي أوجبها له مشرعنا بسبب خصوصية المجال المصرفي، الذي تتولى الدولة سلطة ضبطه من حيث التأسيس والنشاط.

[365] Cf. Rose-Noëlle SCHŰTZ, Crédit-bail, op.cit., p.06.

[366] أنظر، ناذر عبد الشافي، نفس المرجع، ص. 99.

[367] أنظر، نفس المرجع، ص. 101.

أما المستأجر والذي يمثل الطرف الثاني في عقد الاعتماد الإيجاري، فصفته كتاجر أو مقدم خدمات أو حرفي أو منتج ضمن القطاع الصناعي أو الزراعي أو الصيد البحري ...أو موزع، تجعل من الصعب حصر جميع أنواعه لاسيما ما تعلق بقطاع الخدمات[368]. كما أنه من غير المجدي تكرار القواعد العامة المتعلقة بكل عون اقتصادي لاسيما التاجر والحرفي حتى لا يتم الخروج عن موضوع الدراسة. لهذا تم التركيز على من يمكن أن يشمله وصف العون الاقتصادي بشكل عام، وذلك بالنظر إلى الصفة المهنية لشخص المستأجر وإلى استعماله المهني للأصل المؤجر.

هذا وبعد دراسة الركن الأول ضمن عقد الاعتماد الإيجاري مأخوذاً في الأطراف، بقي معرفة الركن الثاني في هذا العقد وهو محل أو موضوع العقد.

[368] أنظر، فرحة زراوي صالح، الأعمال التجارية، المرجع السابق، ص. 244.

الفصـــــــل الثاني

موضوع عقد الاعتماد الإيجاري

إنَّ عقد الاعتماد الإيجاري وكما سبقت الإشارة إليه يجمع بين طرفين هما المؤجر والمستأجر، وقد تم التعرف على كليهما، لكن بقيَّ معرفة محل التعاقد في الاعتماد الإيجاري. ومن زاوية القانون، فإنَّ موضوع العقد ضمن الاعتماد الإيجاري لا يختلف عن عنصر الأطراف من حيث علاقته بشرط المهنية. كما أنّ مجموعة من الآثار القانونية تتعلق بموضوع العقد، منها أنّ تحديد نوع عقد الاعتماد الإيجاري يخضع لنوع محل العقد المتعلق به، إضافةً إلى أنّ طريقة إثبات موضوع العقد تختلف بحسب أنواعه.

المبحث الأول

أنواع الأصول التي تصلح محلاً للاعتماد الإيجاري

إنَّ المادة الأولى من الأمر 96-09 المتعلق بالاعتماد الإيجاري، تبيِّن أنّ الاعتماد الإيجاري عملية تجارية ومالية تتعلق بأصول منقولة أو غير منقولة ذات استعمال مهني، أو بالمحلات التجارية أو المؤسسات الحرفية. وبالنظر إلى طبيعة تلك الأموال، يمكن تقسيم موضوع العقد إلى نوعين من الأموال أو الأصول كما سماها مشرعنا، وهي إما أصول منقولة أو أصول غير منقولة.

المطلب الأول

الأصول المنقولة

بدلاً من تقسيم موضوع العقد بالنسبة للأصول المنقولة إلى أصول منقولة من جهة، والمحلات التجارية والمؤسسات الحرفية من جهة أخرى وهو التقسيم الذي جاء به مشرعنا، ارتأى البعض[369] تقسيم الأصول المنقولة إلى فئتين، الأصول المنقولة المادية، وتشمل

[369] Cf. Rose-Noëlle SCHŰTZ, Crédit-bail, op.cit., p.14.

التجهيـــزات أو العتـــاد أو الأدوات ذات الاســـتعمال المهـــني، والأصـــول المنقولة المعنوية، وتشمل المحلات التجارية والمؤسسات الحرفية.

إنَّ التقســيم المــذكور أعــلاه[370] هــو الــذي ســيتم اعتمــاده في هــذه الدراسة، مــع بعــض التعــديل بخصــوص الأصــول المنقولــة المعنويــة، والــتي ستشــمل فقــط المحــل التجــاري وتحديــداً اســتغلاله عــن طريــق الاعتمــاد الإيجــاري، بموجــب "نظــام التســيير الحــر" مــن طــرف أحــد شخصــين قانونيين متميزين عن بعضهما، هما إما التاجر أو الحرفي.

وللإشارة فــإنَّ البنــوك فقــط[371] هــي الممنوعــة مــن تقــديم القــروض للأفــراد مــا لم تكــن في إطــار القــروض العقاريــة[372]. وهــذا مــا يجعــل مؤسسات القرض تنفــرد بتقــديم هــذا النــوع مــن القــروض علــى الأصــول المنقولــة، بــالنظر إلى كــون الاعتمــاد الإيجــاري تم تكييفــه بصــريح نــص القــانون علــى أنــه قــرض، إضــافةً إلى كونهــا لا تتعامــل بخصــوص عقــد الليزنــغ مــع الأفــراد بــل فقــط مــع المهنــيين "متعــاملين" أو "أعــوان اقتصاديين".

الفرع الأول

الأصول المنقولة المادية

إنَّ الأصــول المنقولــة الماديــة «Les biens mobiliers corporels» تشــمل ثــلاث فئــات وهــي: التجهيــزات« Les biens d'équipement» أو العتــاد « Le matériel» أو الأدوات « L'outillage» ذات الاســتعمال

[370] Thierry BONNEAU, op.cit., p. 369.

[371] في هذا الشأن، يلاحظ أنَّ مشرعنا أغفل إضافة المؤسسات المالية.

[372] أنظر، المادة 75 من الأمر رقم 09-01 المؤرخ في 22 يوليو 2009، المتضمن قانون المالية التكميلي لعام 2009، ج.ر.26 يوليو 2009، عدد 44، ص. 16.

المهني للمتعامل الاقتصادي، والتي يمنحها البنك أو المؤسسة المالية، على شكل تأجير وفق عقد الاعتماد الإيجاري للأصول المنقولة[373].

و الجدير بالملاحظة أنّ مشرعنا لم يأت بتعريفات للتفرقة بين التجهيزات والعتاد أو الأدوات ذات الاستعمال المهني. كما أنه لم يفرق بين أن يكون الأصل المنقول المادي، مملوكاً للمؤجر منذ البداية أم اشتراه خصيصاً لأجل تأجيره. ولا بين أن يكون الأصل المؤجر جديداً أو مستعملاً.

أيضاً، لم يحدد مشرعنا ما إذا ما كان الأصل المنقول المادي يشمل الأصل البيولوجي؟ هذا الأخير الذي تم تعريفه من الناحية المحاسبية بأنه يشمل الحيوانات أو النباتات الحية أو مجموعة مماثلة لها « Similaires»[374]. ذلك أنّ المنتوج المحصل من الأصول البيولوجية للكيان[375] يندرج حتماً ضمن الإنتاج الفلاحي من تربيةٍ للمواشي وجمعٍ للمحصول وجنيه، وكذا الصيد البحري وتربية المائيات والعمليات الصناعية المرتبطة به المكونة للب عملية الإنتاج ككل، والتي يضطلع بها المُنتِج بوصفه عوناً اقتصاديا يحق له أن يكون طرفاً في عقد الاعتماد الإيجاري بوصفه المستأجر.

كما يلاحظ أنّ ما يسميه مشرعنا **الأصل البيولوجي** « L'actif biologique» والمتكون من حيوانات أو نباتات أو مجموعة مماثلة، يندرج ضمن مجال النشاط الفلاحي المحدد في المرسوم رقم 96-63 المعرف للنشاطات الفلاحية والمحدد لشروط

[373] أنظر، المادة 07 من الأمر رقم 96-09 المتعلق بالاعتماد الإيجاري.

[374] أنظر التعريف رقم 02 ضمن قائمة المعجم الوارد بالملحق رقم 03، من القرار الصادر عن وزير المالية، بتاريخ 26 يوليو 2008، المحدد لقواعد التقييم والمحاسبة ومحتوى الكشوف المالية وعرضها وكذا مدونة الحسابات وقواعد سيرها، ج.ر.25 مارس 2009، عدد 19، ص. 81.

[375] أنظر التعريف رقم 76، ضمن قائمة المعجم الوارد بالملحق رقم 03، من القرار الصادر عن وزير المالية، أعلاه، ص 89.

الاعتراف بالفلاح و كيفياته[376]. إذ تنص المادة الثانية منه على الأتي:" يعتبر ذا طابع فلاحي، في مفهوم هذا المرسوم، كل نشاط يرتبط بسير دورة نمو منتوج نباتي أو حيواني وتكاثره". في حين تنص المادة 03 من نفس المرسوم :" يعتبر ذا طابع فلاحي، في مفهوم هذا المرسوم، كل نشاط يستند إلى الاستغلال أو هو امتداد له لاسيما خزن المتوجات النباتية أو الحيوانية، وتحويلها وتسويقها و توضيبها، عندما تتولد هذه المنتجات من الاستغلال ". وكذلك جاءت المادة 02 من القانون رقم 01-11 المتعلق بالصيد البحري وتربية المائيات[377] بمجموعة من التعريفات المهمة منها :"...الموارد البيولوجية: الأسماك والقشريات والرخويات والإسفنجيات والقنفذيات والمرجان والنباتات وكل جسم عضوي آخر يشكل الماء وسط حياته الدائم أو الغالب...". كما أنه وضمن نفس هذه المادة فالصيد هو كل نشاط يرمي على قنص أو جمع أو استخراج موارد بيولوجية، يشكل الماء وسط حياتها الدائم أو الغالب، في حين أنَّ تربية المائيات تشمل كل عمل يرمي إلى تربية أو زراعة موارد بيولوجية.

فيلاحظ من خلال المواد أعلاه أنّ دورة النمو التي يتميز بها الأصل البيولوجي وكذا العمليات التي تلحقه في سبيل استغلاله من خزن وتحويل والتي تتم من طرف القائم على النشاط الفلاحي، تجعل من هذا الأصل البيولوجي ذو الطبيعة المنقولة والمادية وسيلة من وسائل الإنتاج التي يستعملها العون الاقتصادي المنتج فلاحاً كان أو مربي مواشي، صياداً بحرياً كان أو مربي مائيات.

[376] أنظر، المادة 06 من المرسوم التنفيذي رقم 96 – 63 المؤرخ في 27 يناير 1996، يعرف النشاطات الفلاحية ويحدد شروط الاعتراف بصفة الفلاح و كيفياته، ج.ر. 28 يناير 1996، عدد 07، ص.12.

[377] أنظر، القانون رقم 01 – 11 المؤرخ في03 يوليو 2001، المتعلق بالصيد البحري وتربية المائيات، ج.ر. 08 يوليو 2001، عدد 36، ص 03.

وعموماً، قد يكون مشرعنا حصر الأصول المنقولة المادية ضمن فئة التجهيزات والعتاد والأدوات بموجب المادتين 03 و 07 من الأمر رقم 06-96 المتعلق بالاعتماد الإيجاري، وبالتالي وبالمفهوم الضيق للمادة يتم استبعاد الأصول الحية نباتيةً كانت أو حيوانية، وهو أمر يمكن أن يبرره تدخل الدولة بتوفير هذه الأصول البيولوجية للمنتج في إطار برامج دعم قطاعي الفلاحة والصيد البحري. كما وأنها في إطار تشجيع الإنتاج الوطني قام بإعفاء فقط العتاد والتجهيزات المنتجة في الجزائر دون الأصول البيولوجية والمقتناة في إطار القرض الإيجاري من الرسم على القيمة المضافة، وقد حصر هذه القائمة على عتاد وتجهيزات منها: حاصدات،عتاد الحرث والبذر، عتاد وتجهيزات تربية الحيوانات، عتاد السقي...[378]

لكن، ماذا عن الأصول البيولوجية النباتية أو الحيوانية لاسيما تلك المحمية قانونا والتي قد يحتاجها المنتج في نشاطه ولا يملك القدرة على شرائها ألا يمكنه تأجيرها عن طريق الاعتماد الإيجاري؟

إنَّ الجانب النظري يسمح بأن يكون الأصل البيولوجي موضوعاً لعقد الاعتماد الإيجاري، ذلك أنه يعد لازم لنشاط الشخص المهني أي المنتج بوصفه عون اقتصادي، كما أنه موجه أصلاً للاستعمال المهني. كما أنَّ مشرعنا [379]عرف الاعتماد الإيجاري من الجانب المحاسبي كالتالي:" 1.135- عقد الإيجار هو عبارة عن اتفاق يتنازل بموجبه المؤجر للمستأجر لمدة محددة، عن استعمال أصل مقابل دفع واحد أو دفوعات عديدة.

[378] أنظر، القرار الوزاري المشترك المؤرخ في 27 غشت 2009، يحدد قائمة المعدات الفلاحية المنتجة في الجزائر و المقتناة في إطار القرض الإيجاري والتي يعفى إيجارها من الرسم على القيمة المضافة ، ج.ر. 14 أكتوبر 2009، عدد 59، ص 16.

[379] أنظر، القرار الصادر عن وزير المالية بتاريخ 26 يوليو 2008، المحدد لقواعد التقييم والمحاسبة ومحتوى الكشوف المالية وعرضها وكذا مدونة الحسابات وقواعد سيرها، ج.ر.25 مارس 2009، عدد 19، ص. 19.

وإيجار التمويل هو عقد إيجار تترتب عليه عملية تحويل شبه كلي مخاطر ومنافع ذات صلة بملكية أصل إلى مستأجر، مقرون بتحويل الملكية عند انتهاء مدة العقد أو عدم تحويلها.

يعني عقد الإيجار البسيط « Location simple» كل عقد آخر غير عقد إيجار التمويل...".

ويلاحظ من قراءة هاته الفقرات أنّ مشرعنا أطلق على الاعتماد الإيجاري مصطلح الإيجار المالي « La location-financement »، والتي يرى بشأنها جانب من الفقه أنها تسمى أيضاً «Le bail financier » وأنها تختلف عن الإيجار البسيط « La location simple» أو ما يعرف أيضاً بالإيجار العادي « Le bail ordinaire». لاسيما في انعدام التحويل التلقائي للملكية عند نهاية العقد وإلا تحولت إلى عقد بيع بالإيجار[380]. كما يلاحظ أنّ مشرعنا لم يحدد على وجه الحصر نوع الأصل الذي يصلح موضوعا للإيجار المالي مما يجعله يشمل أيضاً الأصل البيولوجي والذي عرفه ضمن نفس هذا النص القانوني كما يتبين أعلاه.

لكن، لما كانت الأصول البيولوجية المحمية قانوناً بموجب قوانين الملكية الفكرية هي الأقرب لقبولها الاستغلال التجاري من طرف مؤسسة القرض بالإيجار بعيداً عن الأصناف غير المطورة جينياً و غير المحمية والتي لا يمكن تصور إيجار الحقوق المتعلقة بها. فإنه يلاحظ أنّ مشرعنا اهتم بتصنيف الحبوب والأشجار المثمرة ...المسموح بإنتاجها وتسويقها بالجزائر[381]. كما أنّ مشرعنا [382]وفي هذا الإطار يوفر

[380] Cf. Jean-François GERVAIS, les clés du leasing, Éditions d'Organisation, 2004, p. 74.

[381] أنظر، القرار المؤرخ في 27 نوفمبر 2008، المحدد للقائمة المؤقتة لأنواع وأصناف الحبوب و البطاطا وأنواع الشجار المثمرة والكروم المسموح بإنتاجها وتسويقها ، ج.ر. 28 يناير2009، عدد 07، ص. 16.

[382] أنظر، القانون رقم 05-03 المؤرخ في 06 فبراير 2005، المتعلق بالبذور والشتائل وحماية الحيازة النباتية، ج.ر.09 فبراير 2005، عدد 11، ص. 12.

الحماية لبعض الأصناف النباتية لمدة زمنية مابين 20 بالنسبة للأنواع السنوية و25 سنة لأنواع الأشجار والكروم قابلة للتجديد مرة واحدة لمدة 10 سنوات، قبل أن تسقط في الملك العام. ويتمتع الحاصل النباتي[383] بحماية قانونية[384]، وتمنح "شهادة الحاصل النباتي" لصاحبها الحق في استغلالها تجارياً[385]. لكن بالنسبة للأجناس الحيوانية فلا يمكن الحصول على براءات الاختراع بخصوصها في القانون الجزائري[386]، ويبدو موقف المشرع الفرنسي في حماية الأصول النباتية دون الحيوانية منها متوافقاً مع موقف المشرع الجزائري[387].

كما يلاحظ أنّ تلك الأصول البيولوجية المطوّرة لاسيما النباتية منها والتي تخضع للحماية القانونية وتقبل الاستغلال التجاري، لها دورا مهم في نشاط المنتج الفلاح أو مربي المواشي بخصوص النباتات البرية تماما كما لها دور في نشاط المنتج مربي المائيات بخصوص النباتات المائية. وبالتالي تعتبر أصل مهني مستعمل من طرف شخص مهني ولأغراض مهنية مما يجعلها تقبل أن تكون موضوعاً للاعتماد الإيجاري الذي يستفيد منه المنتج في المجال الفلاحي هذا المجال الذي يشمل الصيد البحري[388] لاسيما تربية المائيات القائمة على تربية وزراعة موارد بيولوجية[389]. لاسيما وأنه قد جاء ضمن المادة الأولى من

[383] في هذا الشأن أنظر، فرحة زراوي صالح، الكامل في القانون التجاري الجزائري، الحقوق الفكرية، ابن خلدون،2006، ص.43.:"يقصد بالحاصل النباتي النوع النباتي الجديد الذي أنشئ أو اكتشف أو تم إعداده والمتميز عن الأنواع النباتية المشابهة له...".

[384] أنظر، المادة 32 من القانون رقم 05-03، أعلاه.

[385] أنظر، فرحة زراوي صالح، الحقوق الفكرية، المرجع السابق، ص.45.

[386] أنظر، فرحة زراوي صالح، الحقوق الفكرية، المرجع السابق، ص.49.

[387] Cf. George RIPERT et René ROBLOT, op.cit., Tome 1, volume n°1, p. 488.

[388] أنظر، المادة 05 من المرسوم التنفيذي رقم 96 – 63 المؤرخ في 27 يناير 1996، يعرف النشاطات الفلاحية ويحدد شروط الاعتراف بصفة الفلاح و كيفياته، السالف الذكر.

[389] أنظر، المادة 02 من القانون رقم 01-11 المؤرخ في03 يوليو 2001، المتعلق بالصيد البحري وتربية المائيات، السالف الذكر.

القانون رقم 05-03 المتعلق بالبذور والشتائل وحماية الحيازة النباتية، ما يفيد على أهمية دور الأصل البيولوجي النباتي المحمي في الإنتاج الفلاحي وذلك من خلال الأتي :" يهدف التصديق على البذور والشتائل وحماية الحيازات النباتية...،– تشجيع وترقية الأصناف النباتية الأكثر ملائمة لحقائق الفلاحة الوطنية...".

لذلك فإنّه وفي غياب أي استثناء بصريح نص القانون فإنّ المادة 07 من الأمر رقم 96-09 المتعلق بالاعتماد الإيجاري تظل تشمل كل التجهيزات أو العتاد أو الأدوات بوصفها أصول منقولة مادية، تصلح بأن تكون موضوع عقد الاعتماد الإيجاري، بتأجيرها للمتعامل الاقتصادي. وذلك بشرط وحيد ملزم يتمثل في الاستعمال المهني للأصل المُؤَجَّر. وهو ما يبدو مبرراً كون ليس طبيعة الأصل كمنقول مادي هي التي تعطيه الطابع المهني فقط، بل رغبة أطراف العقد لاسيما المستأجر في تخصيصه للاستعمال المهني.

أما المشرع الفرنسي، فلم يحدد بدوره قائمة لكل الأموال المنقولة المادية وهو ما يبدو أمراً مستحيلاً، لكنه ركز على شراء الأصل وعلى الاستعمال المهني له، كما تبينه أحكام الاعتماد الإيجاري الواردة بالقانون النقدي والمالي لاسيما المواد L313-7 و ما يليها. وأنّ غياب الاستعمال المهني لصالح الاستعمال الشخصي أو العائلي يؤدي إلى تطبيق أحكام المادة L311-1 وما يليها من القانون الفرنسي للاستهلاك، شرط أن يقل مبلغ التمويل عن عتبة 21500 يورو[390].

[390] Cf. Rose-Noëlle SCHŰTZ, Crédit-bail, Rép. Civ. Dalloz, Janvier 2007, p.14.

الفرع الثاني

الأصول المنقولة المعنوية

إنّ المحل التجاري، مال منقول أغلب عناصره معنوية[391]، فصنف بذلك من البعض، ضمن الأصول المنقولة المعنوية «Les biens mobiliers incorporels»[392]، وهو يصلح بأن يكون محلاً لعقد الاعتماد الإيجاري بموجب المادة 09 من الأمر رقم 96-09 المتعلق بالاعتماد الإيجاري. كما أنَّ المحل التجاري لا يطرح أي إشكال بخصوص كونه محل مهني بطبيعته، وأنّ من يستغله على سبيل الإيجار لممارسة نشاطه المهني باسمه ولحسابه الخاص بموجب عقد التسيير الحر، قد يأخذ قانوناً وصف التاجر أو الحرفي تبعاً لطبيعة نشاطه[393].

لكن الإشكال قد يطرح بالنسبة إلى "المؤسسة الحرفية" كمحل لعقد الاعتماد الإيجاري، والتي تم إدراجها مع المحل التجاري ضمن صنف واحد كأصل منقول معنوي. هو معرفة الأمر الذي من المفروض أن يبرر من جهة اشتراكهما في طبيعة قانونية واحدة كمال منقول معنوي، ومن جهة أخرى تميّزهما عن بعضهما البعض.

أولاً.ـــ إشكالية اعتبار"المؤسسات الحرفية" محلاً للعقد

لقد نصت المادة 09 الأمر رقم 96-09 المتعلق بالاعتماد الإيجاري على صلاحية أن تكون "المؤسسات الحرفية" والتي تمت ترجمتها في النسخة الفرنسية من ذات القانون إلى مصطلح « Établissements artisanaux» محلاً للعقد. لكن ما المقصود

[391] Cf. Michel de JUGLART, Benjamin IPPOLITO, op.cit., p.354.

[392] Cf. Jean DERRUPPÉ, Fonds de commerce, Rép. Com. Dalloz, Septembre 1998, n°167.

[393] أنظر، المادة 203 فقرة 02 من الأمر رقم 75-59 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون التجاري، المعدّل والمتمّم.

بالمؤسسة الحرفية؟ في الواقع لقد ورد نفس هذا اللفظ باللغة العربية لكن مترجماً للغة الفرنسية تحت مصطلح « Entreprise artisanale» ضمن القانون رقم 82-12 المؤرخ في 28 أوت 1982 المتضمن القانون الأساسي للحرفي[394]، لكن القانون رقم 82-12 تم إلغاؤه بموجب الأمر رقم 96-01 المحدد للقواعد التي تحكم الصناعة التقليدية والحرف[395]، في حين لم يرد ضمن هذا الأخير مصطلح "المؤسسة الحرفية" على الإطلاق.

لكن، يلاحظ تطابق معنى « Établissements artisanaux» الوارد بالأمر رقم 96-09 المتعلق بالاعتماد الإيجاري كترجمة لكلمة "مؤسسة حرفية" مع المصطلح الذي يستعمله المشرع الفرنسي في تنظيمه لعمليات الاعتماد الإيجاري الواقعة على المحل التجاري أو المؤسسات الحرفية، والتي شرعها منذ عام 1986[396] ويتضمنها حالياً قانونه النقدي والمالي.

كما يتطابق ذات المعنى مع ذلك الوارد ضمن المادة L144-1 القانون التجاري الفرنسي[397] للدلالة على استغلال المحل التجاري أو المؤسسة الحرفية عن طريق التسيير الحر. لهذا إذا تم الأخذ بعين الاعتبار تأثر مشرعنا بالمشرع الفرنسي في هذه النقطة، فإنَّ مصطلح "المؤسسات الحرفية" الوارد بالأمر رقم 96-09 المتعلق بالاعتماد الإيجاري، لا يتعلق "بالمؤسسة الحرفية" كشخص معنوي

[394] أنظر، القانون رقم 82-12 المؤرخ في 28 غشت 1982، المتضمن القانون الأساسي للحرفي، ج. ر. 31 غشت 1982، عدد 35، ص. 1717.

[395] أنظر، الأمر رقم 96-01، المؤرخ في 10 يناير 1996 المحدد للقواعد التي تحكم الصناعة التقليدية والحرف، ج. ر. 14 يناير 1996، عدد 03، ص. 03.

[396] Cf. Rose-Noëlle SCHŰTZ, Crédit-bail, op.cit., p.14.

[397] V. Art. L144-1 du C. fr. com. : « *Nonobstant toute clause contraire, 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 est régi par les dispositions du présent chapitre* ».

والتي كان يستطيع مشرعنا الدلالة عليها، استعمال مصطلح المقاولة الحرفية أو التعاونية الحرفية الواردين بالأمر رقم 96-01 المحدد للقواعد التي تحكم الصناعة التقليدية والحرف. لاسيما وأنّ هذا الأخير صدر بنفس التاريخ و الجريدة الرسمية مع الأمر رقم 96-09 المتعلق بالاعتماد الإيجاري، مما يستبعد معه مبدئياً عدم الانسجام بين هاذين النصين بخصوص هذه النقطة القانونية.

لكن من جهة أخرى المشرع الجزائري استعمل مصطلح "المؤسسة الحرفية « Entreprise artisanale » للدلالة على الحرفي الشخص المعنوي بخصوص الإيجارات التجارية وذلك بموجب المادة 169 من القانون التجاري، رغم أنه تمَّ تعديل هذه المادة عام 2005 أي بعد حوالي 09 سنوات من إلغاء القانون رقم 82-12 المتضمن القانون الأساسي للحرفي والذي استعمل ذات المصطلح للدلالة على الحرفي الشخص المعنوي. لكن بعد تعويضه بالأمر رقم 96-01 المحدد للقواعد التي تحكم الصناعة التقليدية والحرف أصبح الشخص المعنوي الحرفي يأخذ إمَّا شكل التعاونية الحرفية أو المقاولة الحرفية[398].

وعموماً لا يمكن تصور الحرفي الشخص المعنوي محلاً لعقد الاعتماد الإيجاري وذلك بتأجيره لممارسة نشاط حرفي...! وعليه يبدو أنَّ مشرعنا قصد "بالمؤسسة الحرفية" ليس الحرفي الشخص المعنوي الذي تجسده المقاولة أو التعاونية الحرفية حسب مفهوم الأمر رقم 96-01 المحدد للقواعد التي تحكم الصناعة التقليدية والحرف ، وإنما المقصود هو المحل التجاري المستغل من طرف الحرفي الشخص الطبيعي أو المعنوي باسمه ولحسابه الخاص، فتكون بذلك العبرة بلفظ

[398] أنظر، فرحة زراوي صالح، المحل التجاري، المرجع السابق، ص. 531.

"مؤسسة حرفية" هي الاستعمال المهني للمحل التجاري من طرف الحرفي. و لعل الدليل على ذلك نص المادة 203 فقرة 02 من القانون التجاري والتي جاء فيها: "يكون للمستأجر المسير صفة التاجر، أو الحرفي إذا كان الأمر يتعلق بمؤسسة ذات طابع حرفي – Établissement artisanal –... ". فما قصده المشرع من خلال هذه المادة التي لم يفرق فيها بين الحرفي الشخص معنوي أو الطبيعي، هو قابلية استغلال المحل التجاري بواسطة "التسيير الحر" في نشاطات حرفية[399]، وهو ما يتوافق مع ما فضَّل بعض الفقه تسميته بالمحل الحرفي[400] « Le fonds artisanal »، وهي الفكرة التي دافع عنها البعض[401]، فيما لا زال الاعتراف بوجودها يثير الجدل بين جمهور الفقهاء.[402]

إنَّ استغلال المحل التجاري إذا تمَّ من حرفيٍ يمارس نشاطه باسمه ولحسابه الخاص، فإنَّه يستوجب تطبيق الأحكام المتعلقة "بالتسيير الحر"[403]. غير أنّ مشرعنا استبعد أحكام التسيير الحر بشأن المحلات التجارية و"المؤسسات الحرفية" التي يستغلها التاجر أو الحرفي بوصفهما مستأجرين ضمن عقد الاعتماد الإيجاري.

---

[399] أنظر، فرحة زراوي صالح، المحل التجاري، المرجع السابق، ص. 581.

[400] Cf. Bernard SAINTOURENS, Droit des affaires, PUG, édition 2002-2003, p.170.

[401] Cf. Michel de JUGLART, Benjamin IPPOLITO, op.cit., p.175. « *…Bien que le législateur ne reconnaisse pas la propriété du « fonds artisanal », en raison de sa faible importance, et on lui applique pas un régime spécial analogue à la vente et au nantissement du fonds de commerce, la jurisprudence en admet l'existence puisqu'elle considère qu'il peut être transmis. Il s'agit alors d'entreprise artisanale assimilée au fonds de commerce par le législateur lui-même, sur de nombreux points : location-gérance ; propriété commerciale ou droit au renouvellement du bail…* ».

[402] Cf. Henri MOURIER, op.cit., n° 90

[403] أنظر، المادة 203 فقرة 02 من الأمر رقم 75–59، أعلاه.

ثانياً.ــ إشكالية استبعاد عقد التسيير الحر

إنّ القول بأن المحل التجاري يصلح كمحل لعقد الاعتماد الإيجاري[404]، بأن يتم تأجيره إلى متعامل اقتصادي، حرفي أو تاجر ولغايات مهنية يستوجب بالضرورة تطبيق أحكام التسيير الحر. فالمستأجر لن يمارس نشاطه الحرفي أو التجاري باسم أو لصالح المؤجر سواء كان بنك أو مؤسسة المالية أو شركة اعتماد الإيجاري.

لكن، رغم ذلك ارتئ مشرعنا ضمن الأمر رقم 96-09 المتعلق بالاعتماد الإيجاري، وبشأن علاقة المؤجر بالمستأجر.استبعاد بعض أحكام القانون التجاري لاسيما المواد من 79 إلى 167 ماعدا الأحكام الموافقة لبيع المحلات التجارية المؤجرة ، و المواد من 169 إلى 214 من ذات القانون والمتعلقة بعقود الإيجار التجارية والتسيير الحر[405].

وهنا يبدو خاصةً استبعاد الأحكام المتعلقة بالتسيير الحر جميعها أمراً غير مفهوم، إذ كان يكفي استثناء بعض المواد التي لا تتماشى مع طبيعة عقد الاعتماد الإيجاري، وليس القضاء تماماً على السند الوحيد للعملية وهو عقد التسيير الحر.

أما المشرع الفرنسي، فقد كان أكثر واقعية ومنطقية و لم يقم باستبعاد كل أحكام التسيير الحر بمناسبة إبرام عقد الاعتماد الإيجاري، بل قام بإدخال تعديلات على الأحكام المتعلقة بالتسيير الحر الواردة ضمن القانون التجاري، وذلك كلما تعلق الأمر بتأجير المحل التجاري بموجب عقد الاعتماد الإيجاري[406]. إذ تدخل بموجب المادة L.144-5 من القانون التجاري ليلغي الشرط الوارد بالمادة L.144-3 من نفس

[404] أنظر، المادة 09 من الأمر رقم 96-09 المؤرخ في 10 يناير 1996، المتعلق بالاعتماد الإيجاري، أعلاه.

[405] أنظر، المادة 43 من الأمر رقم 96-09، أعلاه.

[406] Cf. Rose-Noëlle SCHŰTZ, Crédit-bail, op.cit., p.15.

القانون والمتعلق بوجوب أن يكون المؤجر قد استغل المحل سنتين على الأقل قبل تأجيره – في القانون التجاري الجزائري هذا الشرط وارد بالمادة 205 منه في حين استثنيت منه المؤسسات المالية .بموجب المادة 207 من نفس القانون–.

كما تدخل المشرع الفرنسي ودائما في القانون التجاري .بموجب الفقرة الأولى من المادة L.144-13، ليستبعد أحكام المادتين L.144-11 و L.144-12 المتعلقتان .بمراجعة بدل الإيجار. في حين أنه وبموجب الفقرة الثانية من نفس المادة L.144-13 و .بمجرد أن يصدر إعلان الرغبة في الشراء من المستأجر، يتمَّ استبعاد تطبيق أحكام المادة L.144-9 و التي تجعل ديون المستأجر المتعلقة باستغلال المحل مستحقة الأداء بنهاية العقد.

لكن رغم كل ما سبق، فإنَّ المادة L.144-7 من القانون التجاري الفرنسي ظلت تسري على مؤسسات القرض، ومضمونها يتعلق بكون المؤجر مسؤول بشكل متضامن مع المستأجر إلى غاية نشر عقد تأجير التسيير و لمدة 06 أشهر من تاريخ نشره، عن كل الديون المترتبة على المحل .بمناسبة استغلاله من المستأجر[407]– وتقابلها المادة 209 من القانون التجاري الجزائري–.

وعموماً، فإنَّه ولصعوبة تصور الاعتماد الإيجاري المتعلق بالمحل التجاري يتخذ المحل التجاري كموضوعٍ له، بتأجيره خارج نطاق عقد التسيير الحر[408]. فإنَّ المشرع الفرنسي عدَّلَ بعض الأحكام العامة الواردة بقانونه التجاري فقط لتتناسب مع الأحكام الخاصة لعقد الاعتماد الإيجاري، وليس كما فعل المشرع الجزائري باستبعادها كلها.

[407] Loc.cit.

[408] Cf. Guy DURANTON, Crédit-bail mobilier, op.cit., p.42.

كما يؤكد الفقه الفرنسي على أنّ أحكام "التسيير الحر" تطبق على الاعتماد الإيجاري[409]، وأنَّ مجرد التوقيع على عقد الإعتماد الإيجاري يستدعي تطبيق نظام التسيير الحر[410]، في أهم أحكامه طيلة مدة العقد[411]. مما يجعل مؤسسة القرض بوصفها مالكة المحل المؤجر في المركز القانوني للمؤجر ضمن عقد التسيير الحر[412].

ثالثاً.ــ المحل التجاري كأصل منقول معنوي وحيد، لنشاط الحرفي أو التاجر

على عكس الأصول المنقولة المادية، والتي قد تتميز بالازدواجية من حيث قابليتها للاستعمال الشخصي أو المهني، والتي يجب في كل الأحوال أن توجه للاستعمال المهني حتى تصلح قانوناً كمحل لعقد الاعتماد الإيجاري. فإنّ الأصول المنقولة المعنوية لاسيما المحل التجاري، تعد أصلاً مخصصةً لممارسة نشاط مهني، وهو إما نشاط تجاري وإما نشاط حرفي.

فبالرغم من أنّ البعض[413] فضَّلَ أن يضم في تصنيف الأصول المنقولة المعنوية المحل التجاري والمؤسسة الحرفية، فإنّ واقع الحال لا يتعلق إلاَّ بعملية واحدة تقع على المحل التجاري لصالح إما التاجر أو الحرفي، في إطار "عقد التسيير الحر".

ذلك أنَّ مشرعنا ورغم أنّه تطرق للمؤسسة الحرفية « L'établissement artisanal »كموضوع لعقد الاعتماد الإيجاري، فهو وعلى غرار المشرع الفرنسي لا يعترف صراحةً بوجود ما يسميه

[409] Cf. Jean LAGADEC, Droit commercial et des affaires, Vuibert, Décembre 2007, p.115.

[410] Cf. Georges DECOCQ, Droit commercial, Dalloz, 2ème édition 2005, p.243.

[411] Cf. Dimitri HOUTCIEFF, Droit commercial, Armand colin, 2005, p.218.

[412] Cf. Bernard SAINTOURENS, op.cit., p.172.

[413] Cf. Rose-Noëlle SCHŰTZ, Crédit-bail, op.cit., p.14.

بعض الفقه بالمحل الحرفي « Le fonds artisanal »[414]، وبالتالي لا يوجد حقاً ما يميز المحل التجاري عن المؤسسة الحرفية، فهناك فقط اختلاف في شخص المستأجر للمحل التجاري فهو إمَّا تاجر أو حرفي.

إنَّ إيجار المحل التجاري المستغل والتابع لحرفي أو تاجر معناه تطبيق أحكام الإيجارات التجارية طبقاً للمواد 169 و ما يليها من القانون التجاري، أمَّا تأجير المحل التجاري للتاجر أو الحرفي والذي يستغله باسمه ولحسابه الخاص، يستوجب تطبيق المواد من 203 إلى 214 من نفس القانون.

كما يلاحظ، أنه رغم قيام المشرع الجزائري باستبعاد جميع الأحكام المتعلقة "بالتسيير الحر" المنصوص عليها ضمن القانون التجاري. بموجب المادة 43 من رقم 96-09 المتعلق بالاعتماد الإيجاري. فإنّ الفقه يعتبر أنّ عقد الاعتماد الإيجاري المتعلق بالمحل التجاري لا يتمتع إلاَّ بقدر بسيط من الاستقلالية عن "التسيير الحر" الذي يشكل أساسه القانوني و الذي يرتكز عليه وجوباً تأجير المحل التجاري في إطار عقد الاعتماد الإيجاري[415]. وهذا ما يؤكد صعوبة القول باستغلال المحل التجاري مهنياً، بتأجيره لمن يمارس نشاطه باسمه ولحسابه الخاص خارج إطار التسيير الحر.

أمَّا بخصوص كون المحل التجاري محلاً لعقد الليزنغ دون المؤسسة الحرفية ، فمرجعه لكون عملية الإيجار تخص المحل التجاري. أما الاستغلال فيقبل أن يتم من قبل طرفين هما إما التاجر أو الحرفي أشخاصاً طبيعية أو معنوية كانوا. وتأكيداً على ذلك، فحتى إشهار عمليات الاعتماد الإيجاري للأصول المنقولة يتم بالقيد ضمن استمارة

[414] Cf. Bernard SAINTOURENS, op.cit., p.170.

[415] Cf. Guy DURANTON, Crédit-bail mobilier, op.cit., p.42.

خاصة والتي يوجد بشأنها فقط كشف قيد عمليات الاعتماد الإيجاري المرتبط "بالمحل التجاري" دون "المؤسسة الحرفية"[416]، فلا وجود "للمحل الحرفي" كمال منقول معنوي مستقل في نظامه القانوني عن المحل التجاري، حتى يمكن اعتباره في نفس المستوى مع المحل التجاري كموضوع لعقد الاعتماد الإيجاري.

I- المحل التجاري المؤجر لاستغلال نشاط تجاري

لا خلاف بأنّ المحل التجاري يشكل مال منقول معنوي[417]، مخصص لممارسة نشاط تجاري[418]. فهو بذلك أصلا موجه للاستعمال المهني، ومن ثمة فحتى العمليات المتعلقة به تعد عملاً تجارياً بحسب الشكل[419]. ومن منطلق كون المحل التجاري مال منقول معنوي ذو استعمال مهني بطبيعته، فقد نصَّ الأمر رقم 96-09 المتعلق بالاعتماد الإيجاري من خلال المادة 09 منه على جعله ضمن الأصول التي تصلح أن تكون محلاً لعقد الاعتماد الإيجاري، إذ تقوم مؤسسة القرض بتأجير محل التجاري – أو مؤسسة حرفية حسب نص المادة – من ملكها إلى المستأجر وفق بدلات إيجار ثابتة مع وعد بالبيع لصالحه، كما يمنع على المستأجر القيام بتأجير المحل لمالكه الأول.

فالعون الاقتصادي يبدي رغبته في استئجار محل التجاري من اختياره، فتتدخل مؤسسة القرض لتصبح المالك الجديد لهذا المحل، ثم تقوم بتأجيره له. فيقع بذلك استغلال المحل التجاري بين مؤسسة

---

[416] أنظر، المرسوم التنفيذي رقم 06-90 المؤرخ في 20 فبراير 2006، المحدد لكيفيات إشهار عمليات الاعتماد الإيجاري للأصول المنقولة، ج.ر.26 فبراير 2006، عدد 10، ص.27.

[417] أنظر، فرحة زراوي صالح، المحل التجاري، المرجع السابق، ص. 196.

[418] أنظر، المادة 78 من الأمر رقم 75-59 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون التجاري، المعدّل والمتمّم.

[419] أنظر، المادة 03 من الأمر رقم 75-59، أعلاه.

القرض من جهة و المستأجر من جهة أخرى ، على قاعدة «التسيير الحر/ La gérance libre »، وهو النظام الذي يعرف أيضاً تحت تسمية « تأجير التسيير / La location- gérance ».

والتسيير الحر بوصفه أحد العمليات المتعلقة بالمحل التجاري يعدُّ عملاً تجارياً بحسب شكله[420]، إذ يقوم بموجبه المستأجر بإدارة المحل لأجل استثماراته لحسابه الخاص وباسمه الشخصي[421]. وله بموجب كونه "مستأجر مسير" صفة التاجر بحكم القانون فيخضع بذلك لالتزامات التجار لاسيما ما تعلق منها بالقيد في السجل التجاري[422]، بموجب أحكام القانون التجاري والمرسوم رقم 97-41 المتعلق بشروط القيد في السجل التجاري[423].

والمحل التجاري طالما لا يتم تأجيره لصالح التاجر الذي يستغله باسمه ولحسابه الخاص خارج نطاق عقد التسيير الحر ، فإنّ الإشكال يطرح حين استبعاد أحكام "التسيير الحر" الواردة بالقانون التجاري من أن تحكم العلاقات بين المؤجر والمستأجر ضمن عقد الاعتماد الإيجاري الذي يكون موضوعه محلاً تجارياً[424]. مما يصعب معه نفي الطبيعة القانونية الموجودة للتسيير الحر والمرتبطة باستغلال المحل التجاري عن طريق الإيجار، وذلك بالرغم من استبعاد أحكامه فيما يخص التزامات الطرفين بموجب الأمر رقم 96-09 المتعلق بالاعتماد الإيجاري.

---

[420] أنظر، المادة 03 من الأمر رقم 75-59 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون التجاري، المعدّل والمتمّم.

[421] أنظر، فرحة زراوي صالح، المحل التجاري، المرجع السابق، ص.285.

[422] أنظر، فرحة زراوي صالح، المحل التجاري، المرجع السابق، ص. 293.

[423] أنظر، المادة 203 من الأمر رقم 75-59، أعلاه. والمادة 04 من المرسوم التنفيذي رقم 97-41 المؤرخ في 18 يناير 1997، المتعلق بشروط القيد في السجل التجاري، المعدّل والمتمّم.

[424] أنظر، المادة 43 مطة 02 من الأمر رقم 96-09 المؤرخ في 10 يناير 1996، المتعلق بالاعتماد الإيجاري.

و تبقى الإشارة إلى أنّ التاجر" المستأجر المسير"، بوصفه المستأجر ضمن عقد الاعتماد الإيجاري، يمنع عليه قانوناً القيام بتأجير المحل من الباطن لصالح المالك الأول الذي باع المحل لمؤسسة القرض[425].

II- المحل التجاري المؤجر لاستغلال نشاط حرفي

إنّ مشرعنا فضَّلَ تقسيم محل عقد الاعتماد الإيجاري إلى ثلاثة (03) أصول: الأولى سماها منقولة، وتشمل التجهيزات أو العتاد أو الأدوات ذات الاستعمال المهني. والثانية متعلقة بالمحلات والمؤسسات الحرفية. والثالثة غير منقولة[426].

غير أنّ البعض[427] فضل تقسيم تلك الأصول إلى قسمين، الأول يشمل الأصول العقارية. أما الثاني فيضم الأصول المنقولة والتي بدورها تنقسم إلى أصول منقولة مادية، وتشمل التجهيزات أو العتاد أو الأدوات ذات الاستعمال المهني، وأصول منقولة معنوية وتشمل المحلات التجارية والمؤسسات الحرفية.

لكن، هل طبيعة المحل التجاري كمال منقول أغلب عناصره معنوية، والتي حالت دون إدراجه ضمن فئة الأصول المنقولة ذات الطبيعة المادية بما تشمله من أدوات وعتاد؟ يمكنها تبرير قيام مشرعنا بجمع المحلات التجارية مع المؤسسات الحرفية في تصنيف واحد كمحل لعقد الليزنغ، من أجل القول بأنّ المؤسسات الحرفية تعد مال منقول معنوي كما المحلات التجارية؟

---

[425] أنظر، المادة 09 من الأمر رقم 96-09.

[426] أنظر، المواد07 ، 08 و09، من الأمر رقم 96-09.

[427] Cf. Rose-Noëlle SCHŰTZ, Crédit-bail, op.cit., p.14.

للإجابة عن هذا السؤال، فإنَّه بعيداً عن تكرار ما سبق التطرق له ضمن إشكالية استبعاد " التسيير الحر"[428] لاسيما بخصوص رأي الفقه حول وجود "المحل الحرفي" كمال منقول معنوي يستغله الحرفي بموجب التسيير الحر تماماً كما هو مقرر للتاجر على "المحل التجاري" ، سيتم البحث في العنصر المشترك الذي يبرره قصد المشرع في الجمع بين المحل التجاري والمؤسسات الحرفية ضمن فئة واحدة كموضوع لعقد الليزنغ.

ويبدوا من خلال الأمر رقم 96-09 المتعلق بالاعتماد الإيجاري، أنّ العامل المشترك بين المحل التجاري والمؤسسة الحرفية، هو التمويل بواسطة عقد الاعتماد الإيجاري لعملية الاستغلال المهني للمحل التجاري على قاعدة " التسيير الحر".

ذلك أنّ الأحكام المتعلقة بالتسيير الحر تشمل التاجر كما الحرفي، بل ومن نتائجها أن يكتسب "المستأجر المسير" صفة التاجر ويخضع للقيد في السجل التجاري[429]. كما أنّ المنع من القيام بالإيجار من الباطن هو نفسه يسري على التاجر والحرفي[430]. و منه يظهر أنّ العبرة من جمع المؤسسة الحرفية بالمحل التجاري ضمن الأمر رقم 96-09 المتعلق بالاعتماد الإيجاري، أساسها عقد "التسيير الحر" للمحل التجاري سواءً تم من تاجر أو من حرفي، بدليل أنّ إلغاء المشرع لأحكام التسيير الحر بشأن المحل التجاري في عقد الاعتماد الإيجاري يسري على المستأجر تاجراً كان أو حرفياً.

---

[428] أنظر بشان هذه المسالة، الصفحة 121 من هذه الدراسة.

[429] أنظر، المادة 203 من الأمر رقم 75-59 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون التجاري، المعدّل والمتمّم، والمادة 04 من المرسوم التنفيذي رقم 97-41 المؤرخ في 18 يناير 1997، المتعلق بشروط القيد في السجل التجاري، المعدّل والمتمّم.

[430] أنظر، المادة 09 من الأمر رقم 96-09 المؤرخ في 10 يناير 1996، المتعلق بالاعتماد الإيجاري.

أما بالنسبة للمشرع الفرنسي، فلم يكتف طبقاً للمادة L313-7 وما يليها من القانون النقدي والمالي بجعل المحل التجاري والمؤسسة الحرفية محلاً لعقد الاعتماد الإيجاري ، بل أضاف قابلية أحد عناصرهما المعنوية لذلك، لاسيما الأسهم والحصص الاجتماعية وذلك منذ عام 2005 [431]، في حين أضافت الممارسة العملية شكلاً جديداً غير مؤسس له قانوناً وهو برامج الحاسوب « Les logiciels» ، والتي تعتبر في نظر القانون الفرنسي أموالاً منقولة، رغم أنّ الفقه يعتبرها أموال منقولة معنوية– طالما كانت حقوقاً منفصلة عن كل سند مادي[432] –، لأنها قد تشكل أحياناً أحد العناصر المعنوية للمحل التجاري[433].

وبالنسبة للمحل التجاري والمؤسسة الحرفية، فمن خلال المادة L.144-2 من القانون التجاري الفرنسي يظهر أنَّ المستأجر للمحل التجاري له صفة التاجر لكونه مستأجر مسير « Locataire-gérant» ويتم استغلال المحل من طرف إمَّا من التاجر أو الحرفي حسب الحالة، مع خضوعه كليهما وجوباً للالتزامات الناتجة عن ذلك.

ولقد تم التطرق ضمن عنصر "إشكالية استبعاد عقد التسيير الحر" إلى بعض النصوص الواردة بالقانون التجاري الفرنسي المتضمنة لجملة من الاستثناءات الواردة على أحكام "التسيير الحر" والمقررة لصالح مؤسسات القرض، لاسيما بخصوص الاعتماد الإيجاري الواقع على المحل التجاري، لكون "التسيير الحر" يعتبر السند القانوني الوحيد لإبرام هذا العقد.

[431] Cf. Rose-Noëlle SCHŰTZ, Crédit-bail, op.cit., p.17.

[432] Cf. Raymond GUILLIEN et Jean VINCENT, op.cit., p362.

[433] Cf. Rose-Noëlle SCHŰTZ, Crédit-bail, op.cit., p.18.

وعموماً بعد دراسة الأصول المنقولة المادية والمعنوية كمحل لعقد الليزنغ بقي التعرف على الأصول غير المنقولة.

المطلب الثاني

الأصول غير المنقولة

بعد أن تم التطرق للأصول المنقولة المادية والمعنوية، والتي حددها مشرعنا بوصفها تصلح لأنّ تكون محلاً لعقد الاعتماد الإيجاري لصالح المتعامل الاقتصادي، ولأغراضه المهنية دون الشخصية منها. بقي التعرف على النوع الثاني من هذه الأصول، و هو الأصول الغير منقولة.

وفي هذا الإطار أستعمل المشرع الجزائري ضمن المادة 08 من الأمر رقم 96-09 المتعلق بالاعتماد الإيجاري عبارة "الأصول غير المنقولة"، بدلاً من عبارة "الأصول العقارية"، وترجمها في النسخة الفرنسية منه إلى « Les biens immobiliers». و قد يبرر ذلك بالتخوف من الوقوع في الجدل الفقهي بين العقار بطبيعته والعقار بالتخصيص، مما يجعل لفظ "الأصول الغير منقولة" يشمل الاثنين معاً، بمجرد أنهما لا يعتبران منقولان بطبيعتهما أو بموجب القانون.

كما أنّ هذه الأصول تقدِّمها مؤسسة القرض بوصفها المؤجر إلى المستأجر في إطار عقد الاعتماد الإيجاري، وتكون إما مبنية أو بنيت لحسابه[434]. ولهذا سوف يتم التطرق إلى هاذين النوعين من الأصول غير المنقولة كمحلٍ للعقد. والتي لها مواصفات خاصة ذلك أنَّه يتمَّ إمَّا شرائها أو بناؤها لصالح المستأجر[435].

[434] Cf. Jean-Louis RIVES-LANGE et Monique CONTAMINE-RAYNAUD, op.cit., p.586.

[435] Cf. El Mokhtar BEY et Christian GAVALDA, op.cit., p.32.

أمّا بالنسبة للمشرع الفرنسي، فإنّ الاعتماد الإيجاري للأصول المنقولة ورغم احتكاره من مؤسسات القرض بوصفه عملية مصرفية، فإنّه كان يتم أيضاً بواسطة نظام الشركة العقارية للتجارة والصناعة أو ما يعرف تحت تسمية السيكومي -SICOMI « société immobilière pour le commerce et l'industrie » وهو نظام ارتبط بمزايا ضريبية لهذا النوع من الشركات[436]. كما يسمح الاعتماد الإيجاري على الأصول غير المنقولة بتمويل ليس فقط النشاطات التجارية والحرفية والحرة بل يتعداها إلى النشاطات الفلاحية[437]. لكن نظام السيكومي قد تلاشى منذ صدور القانون رقم 96-115 المؤرخ في 04 فبراير 1995 المتعلق بتهيئة وتنمية الإقليم، والذي أزال الامتيازات الضريبية المتعلقة به بأن وحَّدَ النظام الضريبي للاعتماد الإيجاري غير المنقول[438].

الفرع الأول

الأصول غير المنقولة المشتراة مبنية

إنَّ المادة 08 من الأمر رقم 96-09 المتعلق بالاعتماد الإيجاري تؤكد على أنّ الاعتماد الإيجاري يقع إما على أصول ثابتة مهنية اشتراها أو بنيت لصالحه – أي المؤجر–، ليمنحها على شكل تأجير للمستأجر، مقابل إيجارات.

وبمفهوم المخالفة، المؤجر يقتني الأصول العقارية، إما مبنية أو تعاقد لبنائها لصالح المستأجر. وعليه فإنَّ موضوع العقد، لا يمكن أن يكون أرضاً غير

[436] أنظر، إلياس ناصيف، المرجع السابق، ص. 157.

[437] Cf. Rose-Noëlle SCHŰTZ, Crédit-bail, op.cit., p.07.

[438] Cf. Rose-Noëlle SCHŰTZ, Crédit-bail, op.cit., p.21.

مبنيـــــــــة « Un fonds de terre» لتعـــــذر حصـــــــول الاستغـــــــلال المهنـــي لهـــا على صورتـــــها هـــذه. ولعـــل مـــا يؤكـــد علـــى هـــــذا، هـــو القـــانون رقـــم 08-15 المحـــدد لقواعـــد مطابقـــة البنايـــات وإتمـــام إنجازهـــا، والذي جاء بمجوعة من التعريفات[439]، منها خاصة :

"...**البنـــــــاء** « Construction»: كـــــل بنايـــــة « Édifice »، أو منشـــــأة « Ouvrage » يوجـــه اســـتعمالها للســـكن أو التجهيـــز أو النشـــاط التجـــاري، أو الإنتاج الصناعي والتقليدي أو الإنتاج الفلاحي أو الخدمات .

الشـــغل « Occupation»: كـــل اســـتعمال أو اســـتغلال لبنايـــة طبقـــاً للوجهـــة المخصصة لها.

الاســـــتغلال« Exploitation»: ممارســـــة نشـــــاط تجـــــاري أو خـــــدماتي أو سياحي أو صناعي أو خاص بالصناعة التقليدية..."

فمـــن خـــلال التعريفـــات الســـابقة، يبـــدو جليـــاً توافـــق الأحكـــام المتعلقـــة بالبنـــاء مـــع الأحكـــام المتعلقـــة بالاعتمـــاد الإيجـــاري للأصـــول غـــير المنقولة لاسيما قابليـــة اســـتغلالها مهنيـــاً، ذلـــك أنَّـــه بعيـــدا عـــن الاســـتعمال الشخصي للبناء من أجـــل حاجـــات الســـكن فإنـــه يقبـــل توجيهـــه إلى غايـــات مهنيـــة، كالتجـــارة والصـــناعة والإنتـــاج الفلاحـــي والتقليـــدي وكـــذا الخدمات، وهي كلها نشـــاطات تتوافـــق مـــع طبيعـــة الاســـتغلال الصـــادر عـــن المتعامل أو العون الاقتصادي التاجر، المنتج، الحرفي، أو مقدم خدماتٍ.

إنَّ الأصـــل غـــير المنقـــول كمحـــل لعقـــد الاعتمـــاد الإيجـــاري يتمثـــل في بنايـــة مشـــيَّدة أو يـــراد بناؤهـــا، ولـــيس مـــجرد قطعـــة أرضـــية جـــرداء. فالقـــانون رقـــم 08-15 ســـالف الـــذكر نـــص

[439] أنظر، المادة 02 من القانون رقم 08-15 المؤرخ في 20 يوليو 2008، المحدد لقواعد مطابقة البنايات وإتمام إنجازها، ج.ر.03 أوت 2008، عدد 44، ص. 20 و21.

في المادة 08 منه، نصَّ على أنّه :« لا يمكن أي مالك أو صاحب مشروع شغل أو استغلال بناية، قبل إتمام إنجازها وفقا لأحكام المادة 02 أعلاه». إذن فإذا كان حسب المادة 02 من نفس القانون استغلال الأصل غير المنقول يتم بممارسة النشاط المهني، وأنه حسب المادة 08 منه، لا يمكن أن يتم هذا الاستغلال إلاَّ على بناية تم إنجازها بشكل كامل. لذلك فإنَّ البناية المشتراة من مؤسسة القرض في إطار الاعتماد الإيجاري تشكل عقاراً بالتخصيص ملتصق بالوعاء العقاري الذي تمثله الأرض المشيد فوقها بوصفها عقاراً بالطبيعة. وفي هذه الحالة تكون مؤسسة القرض مالكة للوعاء العقاري والبناء المشيد فوقها[440]، وهو ما يتأكد من خلال الصيغة التي يمكن بها للمستأجر الحصول على مجمل الأصول المؤجرة، عند نهاية مدة العقد، وذلك بتنازل المؤجر عن الأصل بمجمله تنفيذاً لوعده بالبيع .

كما ركز مشرعنا على فعل الشراء، مما يستبعد معه إعادة تأجير أصل عقاري مبني سبق تأجيره لشخص سابق. وهذا يعني مبدئياً استبعاد أن يقوم المستأجر بإعادة العقار الذي يكون عند نهاية الإيجار قد دفع كل ثمنه، إذ يحصل عليه بإعلان رغبته في الشراء بثمن رمزي[441] تنفيذاً للوعد بالبيع الصادر عن المؤجر[442].

أما بالنسبة للمشرع الفرنسي وبخصوص الاعتماد الإيجاري المتعلق بالأصول غير المنقولة المشتراة مبنية، فإنّه يتم أولاً شراء الأصل من مؤسسة القرض بطلب من المستأجر، فيكون ثمة عقدين عقد شراء وعقد إيجار[443].

---

[440] أنظر، إلياس ناصيف، المرجع السابق، ص 196.

[441] أنظر، إلياس ناصيف، المرجع السابق، ص 198.

[442] أنظر، المادة 08 من الأمر رقم 96-09 المؤرخ في 10 يناير 1996، المتعلق بالاعتماد الإيجاري، أعلاه.

[443] Cf. Rose-Noëlle SCHŰTZ, Crédit-bail, op.cit., p.20.

الفرع الثاني

الأصول غير المنقولة المراد بنائها

إنَّ النوع الثاني الذي يصلح لأن يكون محلاً لعقد الاعتماد الإيجاري ضمن الأصول غير المنقولة يتعلق بتلك التي سوف يتم بناؤها لصالح المستأجر في عقد الاعتماد الإيجاري.

وفي هذه الحالة يستوي أن يكون المستأجر مالكاً أم لا، للوعاء العقاري الذي يراد تشييد البناء عليه. ولعل الاختلاف الوحيد الناجم عن ذلك، هو طريقة اكتساب المستأجر في مدة أقصاها نهاية عقد الإيجار للأصل إما بطريق الاكتساب المباشر أو غير المباشر لحقوق الملكية التي شيدت عليها العمارة أو العمارات المؤجرة وذلك في حالة تملك المستأجر للوعاء العقاري الذي شيد عليه العقار بالتخصيص. أو عن طريق تحويل ملكية الأصول المشيَّدة أو العقارات بالتخصيص التي بنيت على أرض يملكها المستأجر أصلاً.

وبالنسبة للمشرع الفرنسي فإنّ تأجير البناء الذي يراد بناؤه يتم بتمويل العملية على مرحلتين الحصول على الأرض ثم بناء العقار، فإن كانت الأرض مملوكة للغير تشتريها مؤسسة القرض لصالح المستأجر، أما إن كان المستأجر مالكاً للأرض فيقتصر تمويل مؤسسة القرض لعملية البناء بوجب عقد بناء [444]. أمّا تملك المستأجر للمباني المقامة على أرضه فيتم بواسطة الالتصاق بالعقار « L'accession »[445] وذلك بقوة القانون في حال كان يملك الأرض المقام عليها البناء[446].

---

[444] أنظر، إلياس ناصيف، المرجع السابق، ص 199.

[445] Cf. Pierre VOIRIN, Manuel de droit civil, L.G.D.J, 1968, p.197. : «Du cas où un individu plante ou construit sur son fonds avec les matériaux d'autrui.- le fonds est considéré comme le principal; donc, le propriétaire de ce fonds devient propriétaire des végétaux ou matériaux d'autrui qu'il y a incorporés, même s'il est de mauvaise foi… ».

[446] أنظر، إلياس ناصيف، المرجع السابق، ص 206.

أمـــا اســـتغلال الأصـــل الـــذي يـــتم بنـــاؤه لصـــالح المســـتأجر فيـــتم في مرحلة ثانية بعـــد أن تنقضـــي المرحلـــة الأولى والـــتي تشـــرف خلالهـــا مؤسســـة القرض على إتمام البناء[447].

لقـــد تم التعـــرف علـــى أنـــواع الأصـــول الـــتي تصـــلح محـــلا لعقـــد الاعتمـــاد الإيجـــاري، وتم تصـــنيفها بحســـب الأمـــر رقـــم 96-09 المتعلـــق بالاعتمـــاد الإيجـــاري إلى ثلاثـــة أنـــواع هـــي الأصـــول منقولـــة ثم المحـــلات التجارية والمؤسسات الحرفيـــة وأخـــيراً الأصـــول غـــير المنقولـــة. ويلاحـــظ بهـــذا الشأن أنّ هذا التصنيف لمحل العقد يحمل مجموعة من الآثار القانونية.

المبحث الثاني

الآثار القانونية المتعلقة بموضوع العقد

إنّ دراســـة محـــل الاعتمـــاد الإيجـــاري لا تقـــف عنـــد التعـــرف إلى أنواعه بـــل تتعـــداه إلى الشـــروط و الأثـــار القانونيـــة المتعلقـــة بـــه مـــن حيـــث مشـــروعية الســـبب، تحديـــد أنـــواع عقـــد الليزنـــغ وكـــذا إثبـــات العمليـــات الواقعة عليه.

المطلب الأول

مشروعية السبب وأنواع العقد

إنّ مشـــروعية الســـبب وتحديـــد أنـــواع العقـــد بالنســـبة للاعتمـــاد الإيجاري يعتبران من بـــين الآثـــار القانونيـــة الناتجـــة مـــن جهـــة عـــن تصـــنيف الاعتماد الإيجاري كعقـــد قـــرض، ومـــن جهـــة أخـــرى بســـبب أنـــواع محـــل العقد التي تتحكم بدورها في تحديد نوع العقد نفسه.

[447] Cf. Rose-Noëlle SCHŰTZ, Crédit-bail, op.cit., p.20.

الفرع الأول

مشروعية سبب العقد بوصفه قرضاً بحسب موضوعه

لقد تم التأكيد بموجب صريح نص القانون لاسيما الأمر رقم 03-11 المتعلق بالنقد والقرض، المعدَّل والمتمّم، على كون عمليات الإيجار المقرونة بخيار الشراء لاسيما عمليات القرض الإيجاري تندرج ضمن عمليات القرض [448]. رغم أنّ هذا الربط الوجوبي بين خيار الشراء وعقد الاعتماد الإيجاري يناقض نصوص قانونية سابقة له، لاسيما نص المادة الأولى من الأمر رقم 96-09 المتعلق بالاعتماد الإيجاري والتي جعلت خيار الشراء أمراً جوازياً ضمن الاعتماد الإيجاري.

في حين أنَّ المادة 02 فقرة 01 من الأمر رقم 96-09 المتعلق بالاعتماد الإيجاري تنص على أنه: «تعتبر عمليات الاعتماد الإيجاري عمليات قرض، لكونها تشكل طريقة تمويل اقتناء الأصول المنصوص عليها في المادة الأولى أعلاه – (أي الأصول المنقولة أو غير المنقولة أو المحلات التجارية أو المؤسسات الحرفية) –، أو استعمالها» . وهنا يظهر محل العقد بمختلف أنواعه كسبب في تكييف الاعتماد الإيجاري كعقد قرض.

وبعيداً عن الخوض في سبب تكييف عقد الاعتماد الإيجاري على أنه عقد قرض كلما تعلق الأمر بعمليات إيجار مقرونة بالشراء طبقاً للأمر رقم 03-11 المتعلق بالنقد والقرض، المعدَّل والمتمّم، أم أنه عقد قرض بسبب محل العقد الذي يقع عليه بغرض الاقتناء أو الاستعمال بموجب الأمر رقم 96-09 المتعلق بالاعتماد الإيجاري.

[448] أنظر، المادة 68 من الأمر رقم 03-11 المؤرخ في 26 أوت 2003، المتعلق بالنقد والقرض، المعدّل والمتمّم.

إنَّ حقيقة كون الاعتماد الإيجاري عقد قرض تبدو ثابتة بموجب القانون رقم 03-11 المتعلق بالنقد والقرض، المعدَّل والمتمّم[449]، كما أنّ بعض الفقه لا يجادل في كونه عقد قرض[450].لكن مادام أن مشرعنا من خلال المادة الثانية من الأمر رقم 96-09 المتعلق بالاعتماد الإيجاري أعطاه وصف القرض بسبب محل عقد الليزنغ، يبدو من المناسب تحديد الأثر القانوني المتعلق بتصنيفه كذلك بسبب موضوعه.

كما أنّ من أهم الآثار المتعلقة بكون عقد الاعتماد الإيجاري عقد قرض هو سبب العقد، وفي هذا الإطار سيتم التعرف على الآليات التي وضعها مشرعنا بشكل مباشر أو غير مباشر، لمراقبة مشروعية سبب التعاقد في كل قرض، من خلال مركزية المخاطر، والإخطار بالشبهة. وهما الآليتان اللتان يخضع لهما الاعتماد الإيجاري بسبب تكييفه كقرض.

أولاً.ـــ مركزية المخاطر

دون الخوض في السبب ضمن الشروط الموضوعية للعقد حسب الشريعة العامة و بالنسبة لعقد الاعتماد الإيجاري فإنّ سبب كل طرف من أطرافه يجب أن يكون مشروعاً. أمَّا سبب التزام المستأجر دفع بدلات الإيجار فهو سبب التزام المؤجر تمكينه من المال المؤجر[451]. وهناك من يضيف السبب الاقتصادي الذي من جهة يسمح للمستأجر من الاستعمال المهني للأصل الذي يحتاجه ومن جهة أخرى يسمح

[449] Cf. Stéphane PIEDELIÈVRE, op.cit., p.356. : «Le crédit-bail est une opération de crédit. L'idée d'anticipation de l'épargne est très nette… ».

[450] أنظر، المادة 68 فقرة 02 من الأمر رقم 03-11 المتعلق بالنقد والقرض، المعدّل والمتمّم:"...تعتبر بمثابة عمليات قرض، عمليات الإيجار المقرونة بحق خيار الشراء، لاسيما عمليات القرض الإيجاري..." .

[451] Cf. Rose-Noëlle SCHŰTZ, Crédit-bail, op.cit., p. 26.

للمؤجر استثمار الأموال لتحقيق الربح[452]. لكن ماذا عن مشروعية سبب التعاقد التي تتعدى ما يظهر من كون متعامل اقتصادي يتعامل مع مؤسسة قرض لتأجير أصل مالي، لاستغلاله مهنياً؟

في هذا الشأن ظهر واجب الانخراط في مركزية المخاطر« La centrale des risques» على جميع البنوك والمؤسسات المالية وذلك منذ عام 1992، بخصوص القروض إجمالاً وعمليات القرض الإيجاري خصوصاً[453]. كما نص على ذلك أيضاً الأمر رقم 03-11 المتعلق بالنقد والقرض، المعدَّل والمتمّم[454]، والذي ألزم مركزية المخاطر بجمع أسماء المستفيدين من القروض – بما فيها الاعتماد الإيجاري بوصفه قرضاً–، وطبيعتها وسقفها والمبالغ المسحوبة ومبالغ القروض غير المسددة والضمانات المعطاة لكل قرض من جميع البنوك والمؤسسات المالية. و رغم أنّ هذه المعلومات تستعمل أصلاً في قبول القروض وتسييرها ويمنع استعمالها في الاستشراف التجاري أو التسويقي، فإنَّه لا يوجد ما يمنع قانوناً من استعمال تلك المعلومات في الخطوة التالية من خلال واجب الإخطار بالشبهة بسبب كون هذا الأخير لا يتعارض مع السر المصرفي. وهذا يجعل من مركزية المخاطر طريقة قانونية غير مباشرة أوجدها المشرع لمراقبة سبب التعاقد في عقد الليزنغ بوصفه قرضاً.

وفي التشريع الفرنسي، توجد أيضا مصلحة مركزية المخاطر، والتي يقع على عاتقها تمكين مؤسسات القرض شهرياً من معرفة ومتابعة الحجم الإجمالي لديون زبائنهم. وذلك من خلال إحصاء

---

[452] أنظر، إلياس ناصيف، المرجع السابق، ص 226.

[453] أنظر، المادة 02 من النظام رقم 92-01 المؤرخ في 22 مارس 1992، المتضمن تنظيم مركزية الأخطار وعملها، ج.ر.07 فبراير 1993، عدد 08، ص.12.

[454] أنظر، المادة 98 من الأمر رقم 03-11 المؤرخ في 26 أوت 2003، المتعلق بالنقد والقرض، المعدّل والمتمّم

التصريحات التي تقدمها مؤسسات القرض عن لجوء الزبائن المهنيين وغير الأجراء أشخاصاً طبيعيين أو معنويين إلى الاقتراض بشكل مفرط[455].

ثانيا.ــ واجب الإخطار بالشبهة

إنّ الإخطار بالشبهة « la déclaration de soupçon »جاء طبقاً لمقتضيات القانون رقم 05-01 المتعلق بالوقاية من تبييض الأموال وتمويل الإرهاب ومكافحتهما[456]، و الذي بموجبه صدر النظام رقم 05-05 المتعلق بالوقاية من تبييض الأموال وتمويل الإرهاب ومكافحتهما[457]. وهذا الواجب المقرر في حق مؤسسة القرض بموجب المادة 04 من ذات النظام، يتعلق بكل زبون مشترك بعملية مالية. وأنه بموجب المادة الأولى من الأمر رقم 96-09 المتعلق بالاعتماد الإيجاري، فإنّ الاعتماد الإيجاري يعد عملية مالية، مما يجعله مشمولاً به.

فواجب الإخطار حسب المادة 10 من النظام رقم 05-05 أعلاه، يشمل "...العمليات التي تبدو أنها لا تستند إلى مبرر اقتصادي أو تجاري يمكن إدراكه...التي تتم في ظروف من التعقيد غير عادية أو غير مبررة...التي يبدو أنها لا تستند على محل مشروع...". كما أنّ هذا الواجب طبقاً للمادة 11 من هذا النظام يخص كل مؤسسات القرض بنوكاً أو مؤسسات مالية، ويتعلق بإبلاغ خلية معالجة الاستعلام المالي قبلياً أو بعدياً عن مجرد وجود شبهة بخصوص أية عملية تتعلق بأموال يشتبه أنها متحصلة من جناية أو جنحة، لاسيما الجريمة

[455] Thierry BONNEAU, op.cit., p. 577.

[456] أنظر، القانون رقم 05-01 المؤرخ في 06 فبراير2005، المتعلق بالوقاية من تبييض الأموال وتمويل الإرهاب ومكافحتهما، ج.ر.09 فبراير 2005، عدد 11، ص. 03.

[457] أنظر، النظام رقم 05-05 المؤرخ في 15 ديسمبر2005، المتعلق بالوقاية من تبييض الأموال وتمويل الإرهاب ومكافحتهما،ج.ر. 23 أبريل 2006، عدد 26، ص. 20.

المنظمة والمتاجرة بالمخدرات والمؤثرات العقلية، أو يبدو أنها موجهة لتمويل الإرهاب. كما أنّ واجب الإخطار لا يتعارض مع السر المصرفي بموجب المادة 14 منه. و يعفي القانون المُخْطِر بحسن نية من كل متابعة أو مسؤولية إدارية، مدنية أو جزائية، بموجب المادة 15 منه، مما يجعل الإخطار بالشبهة. محاولة من المشرع لمعرفة السبب الخفي وغير المشروع للتعاقد ضمن الاعتماد الإيجاري.

أيضاً، المشرع الفرنسي وفي إطار مكافحة تبييض الأموال والمخدرات، أسس لواجب الإبلاغ إلى المصلحة المسماة « Tracfin»[458] من طرف مؤسسات القرض[459] عن كل مبلغ مسجل في لديهم، يمكن أن يأتي من تجارة المخدرات أو نشاطات الجريمة المنظمة أو حتى العمليات المالية المتعلقة بهذه الأموال[460].

وعموماً، بعد أن تم تحديد مشروعية سبب عقد الاعتماد الإيجاري والتي يتم تفحصها بموجب آليتين قانونيتين هما واجب الانخراط في مركزية المخاطر وواجب الإخطار بالشبهة. واللذان تلزم بهما كل مؤسسة قرض بشأن كل قرض أو عملية مالية صادرة عنهما لاسيما الاعتماد الإيجاري بوصفه قرضاً وعملية مالية. فإنه ينبغي الآن معرفة الأثر القانوني الثاني المتعلق بتحديد نوع عقد الليزنغ بناءاً على نوع الأصل موضوع التعاقد .

---

[458] Thierry BONNEAU, op.cit., p. 158. : « *Traitement du renseignement et action contre les circuits financiers clandestins…*».

[459] Cf. Étienne MICHELLE, op.cit., n° 138. : « *Les banques doivent déclarer leurs soupçons auprès de «TRACFIN», service antiblanchiment qui dépend du ministère de l'Économie et des finances, lorsque des sommes ou des opérations leur paraissent provenir d'un trafic de stupéfiants ou de l'activité d'organisation criminelle…* ».

[460] Loc.cit.

الفرع الثاني

أنواع العقد بحسب موضوع التعاقد

لقد تم بمناسبة تحديد موضوع العقد وأنواعه التطرق إلى التصنيف الفقهي لأنواع موضوع الاعتماد الإيجاري، مابين أصول منقولة مادية أو معنوية، وأصول غير منقولة.

أمَّا مشرعنا فقد اعتمد على نوع الأصل موضوع العقد، في تحديد نوع عقد الاعتماد الإيجاري المتعلق به[461]. وهذا معناه أنّ ثمة ترابط وثيق بين نوع الموضوع ونوع العقد في حد ذاته. فمن خلال المواد من 07 إلى 09 من الأمر رقم 96-09 المتعلق بالاعتماد الإيجاري، تم اعتماد تقسيم ثلاثي، بين اعتماد إيجاري للأصول المنقولة ، وثانٍ متعلق بالمحلات التجارية والمؤسسات الحرفية، وثالثٍ للأصول غير المنقولة.

أولاً.ـــ عقد الاعتماد الإيجاري للأصول المنقولة

إنَّ عقد الاعتماد الإيجاري للأصول المنقولة تم تعريفه بموجب المادة 03 من الأمر رقم 96-09 المتعلق بالاعتماد الإيجاري بقولها: « يعرف الاعتماد الإيجاري على أساس أنه "منقول" عندما يخص أصولاً منقولة، تتشكل من تجهيزات، أو مواد أو أدوات ضرورية لنشاط المتعامل الاقتصادي » .

كما عرفت بخصائصه بشكل دقيق المادة 07 من ذات الأمر، والتي جاء فيها: « يعتبر عقد الاعتماد الإيجاري للأصول المنقولة عقداً تمنح، من خلاله، شركة التأجير، البنك

[461] Cf. Rose-Noëlle SCHŰTZ, Crédit-bail, op.cit., p. 26. : « *Le contrat de crédit-bail peut en principe porter sur l'ensemble des meubles et immeubles corporels et sur certains meubles incorporels. Le régime légal de l'opération tient compte de la nature des biens loués* ».

أو المؤسسة المالية المسماة "بالمؤجر"، على شكل تأجير، مقابل الحصول على إيجارات ولمدة ثابتة، أصولاً متشكلة من تجهيزات أو عتاد أو أدوات ذات الاستعمال المهني لمتعامل اقتصادي، شخصاً طبيعياً كان أو معنوياً، يدعى "المستأجر". كما يترك لهذا الشخص إمكانية اكتساب، كلياً أو جزئياً، الأصول المؤجرة عن طريق دفع سعر متفق عليه والذي يأخذ بعين الاعتبار، على الأقل جزئياً، الأقساط التي تم دفعها بموجب الإيجار ».

فحسب المادتين 03 و 07 أعلاه، فإنّ الاعتماد الإيجاري للأصول المنقولة هو ذلك العقد الذي يقع على الأصول المنقولة المادية من تجهيزات أو عتاد أو أدوات ذات استعمال مهني، مؤجرة لمتعامل اقتصادي بصفته هذه. و بالتالي يظهر الدور الذي يلعبه نوع محل العقد في تحديد نوع العقد المتعلق به[462]. لكن يلاحظ أنّ مشرعنا وبموجب المدة 03 أعلاه قصر وصف الاعتماد الإيجاري بأنّه "منقول" على الأصول المنقولة المادية دون المعنوية لاسيما المحل التجاري.

أما المشرع الفرنسي، ومن خلال الفقرة الأولى من المادة L313-7 من القانون النقدي والمالي لم يعرف صراحةً الاعتماد الإيجاري بحسب أنواعه اعتمادا على موضوع العقد. بل قام بتعداد لكل الأصول التي تصلح بأن تكون محلاً للعقد. لكن الترتيب الذي تم به يسمح بإدراج كل فئة ضمن تلك التي تخصها، ولو من الناحية الفقهية[463]. أما بخصوص الأصول المنقولة "المادية" فتنص هذه المادة على أنه:

« Les opérations de crédit-bail mentionnées par la présente sous-section sont :

[462] Cf. Rose-Noëlle SCHŰTZ, Crédit-bail, op.cit., p14.

[463] Loc.cit.

1° Les opérations de location de biens d'équipement ou de matériel d'outillage achetés en vue de cette location par des entreprises qui en demeurent propriétaires, lorsque ces opérations, quelle que soit leur qualification, donnent au locataire la possibilité d'acquérir tout ou partie des biens loués, moyennant un prix convenu tenant compte, au moins pour partie, des versements effectués à titre de loyers » .

و بمقتضى هذا النص، حدد المشرع الفرنسي الأصول المنقولة من تجهيزات وعتاد الأدوات ضمن الأموال التي تصلح بأن تكون موضوعاً لعقد الإعتماد الإيجاري، والتي يقابلها في تصنيف بعض الفقه الفرنسي ما يعرف بالاعتماد الإيجاري للأصول المنقولة المادية « Le crédit-bail mobilier corporel »، وذلك اعتماداً على نوع الأصل الذي يخصه[464].

ثانياً.ـ عقد الإعتماد الإيجاري المتعلق بالمحلات التجارية والمؤسسات الحرفية

إنَّ هذا النوع من العقود و كما يبرز من تسميته، مرتبط بموضوع العقد في حال كان محلاً تجارياً أو مؤسسة حرفية. ولقد عرفته المادة 09 من الأمر رقم 96-09 المتعلق بالاعتماد الإيجاري كالتالي: « يعتبر عقد الاعتماد الإيجاري المتعلق بمحل تجاري أو بمؤسسة حرفية سندا يمنح، من خلاله، طرف يدعى "المؤجر"، على شكل تأجير، مقابل الحصول على إيجارات ولمدة ثابتة، لصالح طرف يدعى "المستأجر"، محلاً تجارياً أو مؤسسة حرفية من ملكه، مع الوعد من جانب واحد بالبيع لصالح "المستأجر" وبمبادرة منه عن طريق دفع سعر متفق عليه يأخذ بعين الاعتبار،على الأقل جزئياً، الأقساط التي تم دفعها بموجب الإيجارات، مع انعدام إمكانية المستأجر في إعادة تأجير المحل التجاري، أو هذه المؤسسة الحرفية لصاحب الملكية الأول » .

يظهر أنَّ هذا النص صريحٌ وواضح، بحيث يستشف منه خصائص عقد الاعتماد الإيجاري المتعلق بالمحلات التجاري والمؤسسات

[464] Cf. Thierry BONNEAU, op.cit., p. 369

الحرفية، إذ وكما تؤكده تسميته يلاحظ ارتباطه أساساً بنوع موضوع العقد. فوجوده يكون آلياً بمجرد أن يقع موضوع العقد على محل تجاري أو مؤسسة حرفية.

كما أنَّ المشرع الفرنسي، اعتمادا على الفقرة الثالثة من المادة L313-7 من القانون النقدي والمالي ، لم يسم الاعتماد الإيجاري المتعلق بالمحلات التجارية والمؤسسات الحرفية، لكنه حدد موضوعه المتعلق به، وهذا بقوله:

« *Les opérations de crédit-bail mentionnées par la présente sous-section sont :…*

***3°** Les opérations de location de fonds de commerce, d'établissement artisanal ou de l'un de leurs éléments incorporels, assorties d'une promesse unilatérale de vente moyennant un prix convenu tenant compte, au moins pour partie, des versements effectués à titre de loyers, à l'exclusion de toute opération de location à l'ancien propriétaire du fonds de commerce ou de l'établissement artisanal* ».

فالمشرع الفرنسي، ورغم أنه وسَّع من مجال موضوع العقد، ليشمل زيادةً على المحل التجاري أو المؤسسة الحرفية، أحد عناصرهما المعنوية ، فإنه لم يعرِّف هذا النوع من الاعتماد الإيجاري أو يسميه. لكن بعض الفقه الفرنسي تدخل وصنف الاعتماد الإيجاري الذي تكون فيه المحلات التجارية أو المؤسسات الحرفية أو أحد العناصر المعنوية للمحل التجاري أو المؤسسة الحرفية كموضوعٍ له، ضمن الاعتماد الإيجاري للأصول المنقولة المعنوية « Le crédit-bail mobilier incorporel»[465]. وهو تنصيف يبدو منطقياً بالنظر لكون المحل التجاري يعتبر مال منقول معنوي في أغلب عناصره[466].

[465] Cf. Thierry BONNEAU, op.cit., p. 382.

[466] Cf. George RIPERT et René ROBLOT, op.cit., Tome 1, volume n°1, p. 325. : « *Le fonds de commerce est une propriété incorporelle consistant dans le droit à la clientèle qui attachée au fond par les éléments servant à l'exploitation. Ces éléments sont les uns de nature corporelle : l'outillage, les marchandises, les autre de nature incorporelle : le nom et l'enseigne, le droit au bail, les brevets et les marques…* » .

ثالثاً.ــ عقد الاعتماد الإيجاري للأصول غير المنقولة

لقد تطرق له مشرعنا في الأمر رقم 96-09 المتعلق بالاعتماد الإيجاري، إذ عرفه بموجب المادة 04 منه كما يلي: " يعرف الاعتماد الإيجاري على أساس أنه "غير منقول" عندما يخص أصولاً عقارية مبنية أو ستبنى لسد الحاجات المهنية الخاصة بالمتعامل الاقتصادي" .

أما المادة 08 من ذات الأمر فقد تطرقت لخصائص هذا النوع من الاعتماد الإيجاري إذ تنص : « يعتبر عقد الاعتماد الإيجاري للأصول غير المنقولة عقداً يمنح، من خلاله، طرف يدعى "المؤجر"، وعلى شكل تأجير لصالح طرف آخر يدعى "المستأجر" مقابل الحصول على إيجارات ولمدة ثابتة، أصولاً ثابتة مهنية اشتراها أو بنيت لحسابه، مع إمكانية المستأجر في الحصول على ملكية مجمل الأصول المؤجرة أو جزء منها في أجل أقصاه انقضاء مدة الإيجار، ويتم ذلك في صيغة من الصيغ المذكورة أدناه ... ».

فيلاحظ أيضا بخصوص الاعتماد الإيجاري للأصول غير المنقولة، أنّ مشرعنا حافظ على ذات المرجع في تصنيف نوع عقد الاعتماد الإيجاري، وذلك بالرجوع إلى نوع موضوع العقد المتعلق به[467]. و عموماً نكون بصدد عقد اعتماد إيجاري للأصول غير المنقولة كلما تعلق الأمر، بأصل غير منقول مبني أو تم بنائه لتلبية الحاجات المهنية للمتعامل الاقتصادي.

وفي هذا المجال لم تختلف الفقرة الثانية من المادة L313-7 من القانون الفرنسي النقدي والمالي، عن سابقاتها إذ لم تعرف عقد الاعتماد الإيجاري للأصول غير المنقولة و لم تسميه بعينه، لكنها تطرقت للأصول غير المنقولة كموضوعٍ له،حيث جاء بنص هذه المادة :

[467] Cf. Rose-Noëlle SCHŰTZ, Crédit-bail, op.cit., p14.

« *Les opérations de crédit-bail mentionnées par la présente sous-section sont :…*

2° *Les opérations par lesquelles une entreprise donne en location des biens immobiliers à usage professionnel, achetés par elle ou construits pour son compte, lorsque ces opérations, quelle que soit leur qualification, permettent aux locataires de devenir propriétaires de tout ou partie des biens loués, au plus tard à l'expiration du bail, soit par cession ...*».

وهنا أيضاً تدخل الفقه ليصنف عقد الليزنغ للأصول غير المنقولة « Le crédit-bail immobilier» بحسب موضوعه[468]، المتمثل في أصول عقارية يتم شرائها أو بنائها لصالح المستأجر.

هذا عن تصنيف أنواع عقود الاعتماد الإيجاري بناءً على نوع محل العقد المتعلق به، لكن ماذا عن إثبات عمليات الاعتماد الإيجاري حسب نوع الأصول الواقعة عليها؟

المطلب الثاني

إثبات العمليات الواقعة على موضوع العقد

تنص المادة 06 من الأمر رقم 96-09 المتعلق الاعتماد الإيجاري على أنه: « تخضع عمليات الاعتماد الإيجاري إلى إشهار تحدد كيفياته عن طريق التنظيم». وفي هذا الشأن يبقى معرفة دور هذا الإشهار، بين تأثيره على صحة التعاقد أو مجرد إثباته.

كما أنّ الإشهار يستلزم وجود الكتابة، وهو يهدف في الأصل إلى إكساب العملية القانونية المتعلقة به الحجية القانونية بجعلها نافذة في مواجهة الغير، إلاّ أنَّ الخطير بالنسبة للإشهار هو أنه يستوجب الرسمية أيضاً، ذلك أنه لا يمكن شهر إلاّ العقود الرسمية دون العرفية. وهو ما تؤكده المادة 61 من المرسوم رقم 76-63 المؤرخ في 25 مارس 1976 المتعلق بتأسيس السجل العقاري، المعدَّل والمتمّم.

[468] Cf. Thierry BONNEAU, op.cit., p. 384.

وتظهر خطورة الرسمية في الجزاء المترتب عن مخالفتها كما هو الحال بالنسبة لتحرير العقود التي تتضمن نقل ملكية عقار أو حقوق عقارية، أو محلات تجارية... والتي يشترط تحريرها في شكل رسمي تحت طائلة البطلان[469] طبقاً لأحكام القانون المدني الجزائري[470]. كما تؤكد أحكام القانون التجاري على هذه الرسمية تحت طائلة البطلان بخصوص كل بيع أو وعد البيع وعموماً كل تنازل عن المحل التجاري، وتمَّ اشتراط الرسمية أيضاً في عقود التسيير الحر للمحل التجاري[471]. ومن خلال ما سبق يظهر بأنَّ الرسمية تعتبر ركناً لازماً لصحة العقد متى وقعت تحت طائلة بطلان، طالما أنه من المبادئ القانونية الشهيرة لا بطلان إلاَّ بصريح نص القانون. وإن كان بعض الفقه[472] يرى أنّ هذا البطلان يتعلق بإثبات العقد وليس صحته.

غير أنّهَ بالنسبة للإشهار والذي يتعلق أساسا بآثار العقد، فالمواد 165، 792 و793 من القانون المدني و المواد 15 و16 من الأمر رقم 75-74 المتضمن إعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري، تؤكد على دور الإشهار كشرط لنقل الملكية، يسري بموجبه أثر العقد بين الأطراف وفي مواجهة الغير[473].

---

[469] أنظر، مجيد خلفوني، نظام الشهر العقاري في القانون الجزائري، الديوان الوطني للأشغال التربوية، 2003، ص 83.

[470] أنظر، المادة 324 مكرر 01 من الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون المدني، المعدّل والمتمّم.

[471] أنظر، المادتين 79 و203 من الأمر رقم 75-59 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون التجاري، المعدّل والمتمّم.

[472] أنظر، فرحة زراوي صالح، المحل التجاري، المرجع السابق، ص. 292.:"...ولقد نصَّ المشرع على نفس القاعدة في المادة 324 مكرر 1 من القانون المدني...ولقد أدرجت هذه المادة في الفصل الأول من الباب السادس تحت عنوان الإثبات بالكتابة. ولهذا اشترط المشرع الرسمية من أجل الإثبات...".

[473] أنظر، جمال بوشنافة، شهر التصرفات العقارية في التشريع الجزائري، دار الخلدونية، 2006، ص 225.

وعموماً ما تم التطرق له بشأن الإشهار أعلاه يتعلق بالقواعد العامة المرتبطة به، ويبقى معرفة مدى صلاحية هذه القواعد في أن تطبق على عقد الاعتماد الإيجاري، سواء كان موضوعه أصل منقول مادي أو معنوي، أو أصل غير منقول. وذلك كله خارج نطاق حالة نقل ملكية الأصل المؤجر في حال إعلان المستأجر عن رغبته في الشراء عند نهاية عقد الاعتماد الإيجاري، والتي تخضع للقواعد العامة لنقل الملكية[474].

لذلك يتوجب التعرف على مدى ضرورة توافر الرسمية كركن لصحة العقد أم فقط كشرط للقيام بإشهار عمليات الاعتماد الإيجاري لضمان نفاذها مواجهة أطراف العقد والغير، إضافةً إلى معرفة الشروط والآجال القانونية المتعلقة به. ولقد تم إدراج الإشهار ضمن محل العقد لتعلقه به قانوناً، ذلك أنّ إشهار عمليات الاعتماد الإيجاري التي يكون محلها أصل منقول، تختلف عن تلك التي يكون المحل فيها أصل غير منقول، وذلك وفق ما تنظمه النصوص الخاصة في هذا الشأن.

الفرع الأول

بالنسبة للأصول المنقولة

إنَّ الأمر رقم 96-09 المتعلق بالاعتماد الإيجاري وبموجب المادة 06 منه ، أوجب إخضاع كل عمليات الاعتماد الإيجاري إلى الإشهار بكيفيات يحددها التنظيم. وفعلاً صدر التنظيم المحدد لكيفيات إشهار عمليات الاعتماد الإيجاري للأصول المنقولة[475]. إذ جَنَحَ إلى دمج ما أسماه مشرعنا – ضمن الأمر رقم 96-09 المتعلق بالاعتماد

[474] أنظر، المادتين 43 و 45 من الأمر رقم 96-09 المؤرخ في 10 يناير 1996، المتعلق بالاعتماد الإيجاري.

[475] أنظر، المرسوم التنفيذي، رقم 06-90 المؤرخ في 20 فبراير 2006، المحدد لكيفيات إشهار عمليات الاعتماد الإيجاري للأصول المنقولة، ج.ر. 26 فبراير 2006، عدد 10، ص. 24.

الإيجـــاري –، عقـــد"الاعتمـــاد للأصـــول المنقولـــة" مـــع "عقـــد الاعتمـــاد الإيجـــاري المتعلـــق بـــالمحلات التجاريـــة والمؤسســـات الحرفيـــة، وذلـــك ضـــمن فئـــة الأصـــول المنقولـــة. و بهـــذا يكـــون قـــد أخـــذ بالتقســـيم الـــذي وضـــعه الفقه[476]، بشأن جمـــع الأصـــول المنقـــــولة في فئـــــة واحـــد تضـــم نـــــوعين مـــن الأصـــول المنقولـــة، أحـــدها مـــادي و يضـــم التجهيـــزات أو العتـــاد أو الأدوات ذات الاســـتعمال المهـــني، والثـــاني معنـــوي ويشـــمل المحـــلات التجارية والمؤسسات الحرفية.

كما أنه بموجـــب المـــادة 02 مـــن المرســـوم التنفيـــذي المحـــدد لكيفيـــات إشهار عمليـــات الاعتمـــاد الإيجـــاري للأصـــول المنقولـــة ، تم تكليـــف المركـــز الـــوطني للســـجل التجـــاري بضـــمان الشـــهر القـــانوني لعمليـــات الاعتمـــاد الإيجاري للأصـــول المنقولـــة والاعتمـــاد الإيجـــاري المتعلـــق بـــالمحلات التجاريـــة والمؤسســـات الحرفيـــة، وذلـــك بحســـب مفهـــوم المـــادتين 07 و09 مـــن الأمـــر رقم 96-09 المتعلق بالاعتماد الإيجاري.

و مـــا ينبغـــي الإشـــارة إليـــه هـــو أنَّ هـــذه الصـــلاحيات، بخصـــوص شـــهر العمليـــات المتعلقـــة بـــالمحلات التجاريـــة، والـــتي أوكلـــت إلى المركـــز الوطني للسجل التجـــاري، كانـــت مـــن مهـــام مصـــالح كتابـــة الضـــبط لـــدى المحاكم قبل تحويلها عنهم قانوناً[477].

وقـــد ألـــزم المرســـوم التنفيـــذي رقـــم 06-90 المـــؤجر القيـــام بالشـــهر، لكنـــه لم يركـــز علـــى وجـــوب الرسميـــة في الاعتمـــاد المتعلـــق بالأصـــول المنقولة، تحت طائلة البطلان، ولـــو تعلـــق الأمـــر بتـــأجير محـــل تجـــاري، طالمـــا

[476] Cf. Rose-Noëlle SCHŰTZ, Crédit-bail, op.cit., p14.

[477] أنظر، المرسوم التنفيذي رقم 98-109 المؤرخ في 04 أبريل 1998، المحدد لكيفيات تحويل الصلاحيات المخولة لمكاتب الضبط وكتاب الضبط وأمناء كتاب الضبط في المحاكم، والمتعلقة بمسك السجلات العمومية، للبيوع و رهون حيازة المحلات التجارية، وإجراءات قيد الامتيازات المتصلة بها إلى المركز الوطني للسجل التجاري ومأموري المركز الوطني للسجل التجاري، ج.ر. 05 أبريل 1998، عدد 20، ص. 09.

أبطل أحكام المواد من 169 إلى 214 من القانون التجاري[478]، المتعلقة بعقود إيجار المحل التجاري والتسيير الحر، لكن ركز فقط على وجوب قيد العقد المتعلق بتلك الأصول بالسجل الموجود على مستوى المركز الوطني للسجل التجاري بالملحقة التي تم لديها تسجيل المؤجر، في خلال أجل (30) يوم عمل ابتداءً من تاريخ إمضاء العقد[479].

والواقع أنّ هذا الأجل قد يطرح إشكالاً بخصوص بداية احتسابه، من منطلق اعتبار مشرعنا بأنّ الاعتماد الإيجاري يعتبر قرضاً، والتطبيق بالنتيجة لأحكام الأمر رقم 03-11 المتعلق بالنقد و القرض، المعدَّل والمتمّم، والتي تشترط في القروض الشفافية ووضوح شروطها، وبالمقابل تسمح لأي شخص أكتتب تعهداً أن يتراجع عنه في أجل (08) أيام من تاريخ التوقيع على العقد[480].

كما أنه لا يتم شطب تسجيل عقود الاعتماد الإيجاري [481] إلاّ وفق 03 حالات ، تماشياً مع متطلبات المرسوم التنفيذي رقم 06-90 المحدد لكيفيات إشهار عمليات الإعتماد الإيجاري للأصول المنقولة[482]، وذلك بناءً إمَّا على:

1- إثبات اتفاق الطرفين،

2- بموجب حكم أو قرار حاز قوة الشيء المقضي فيه،

3- بانقضاء الإيجار عن طريق التنازل تنفيذاً للوعد بالبيع من جانب واحد.

---

[478] أنظر، المادة 43 من الأمر رقم 96-09 المؤرخ في 10 يناير 1996، المتعلق بالاعتماد الإيجاري.

[479] المادة 03 من المرسوم التنفيذي رقم 06-90.

[480] المادة 119 مكرر 01 من الأمر رقم 03-11 المؤرخ في 26 أوت 2003، المتعلق بالنقد والقرض، المعدّل والمتمّم.

[481] Cf. Guy DURANTON, Crédit-bail mobilier, op.cit., p.26.

[482] أنظر، المادة 06 من المرسوم التنفيذي رقم 06-90 المؤرخ في 20 فبراير 2006، المحدد لكيفيات إشهار عمليات الاعتماد الإيجاري للأصول المنقولة، أعلاه.

4- بموجب الحالات المذكورة بالمادة 45 من الأمر رقم 96-09 المتعلق بالاعتماد الإيجاري.

وأنَّ المادة 45 من الأمر رقم 96-09 المتعلق بالاعتماد الإيجاري، تتعلق بإعلان المستأجر رغبته في التمسك بحق الخيار في الشراء قبل انتهاء العقد بمدة 15 يوماً، إذ يجب على الطرفين في حال الاتفاق على بيع الأصل، الإثبات بعقد ناقل للملكية يحرر لدى الموثق – اشتراط الرسمية–، والقيام بعدها بالإجراءات المتعلقة بالبيع لاسيما الإشهار. مما يجعل البيع قد تم من تاريخ تحرير العقد بغض النظر عن إجراءات الإشهار الملزمة للطرفين، وهذا يعني انتهاء عقد الاعتماد الإيجاري.

وينتج عن أحكام الأمر رقم 96-09 ونصوصه التطبيقية في مجال شهر الاعتماد الإيجاري للأصول المنقولة [483] النتائج التالية:

1- إنَّ الإشهار المتعلق بعمليات الاعتماد الإيجاري للأصول المنقولة لا يشترط الرسمية في تحرير العقد المتعلق بها، مما يعني أنها ليست ركناً لصحة العقد. فلا يؤدي فقدانه إلى بطلان عمليات الاعتماد الإيجاري للأصول المنقولة.

2- أنَّ الإشهار يشمل عمليات التأجير أو تجديده ضمن عمليات الاعتماد الإيجاري للأصول المنقولة دون أن يمتد للبيع ونقل الملكية واللذان يخرجان عن نطاقه ويمثلان نهاية أثره القانوني، بإعلان المستأجر نيته في الشراء.

[483] أنظر، المرسوم التنفيذي رقم 06-90 المؤرخ في 20 فبراير 2006، المحدد لكيفيات إشهار عمليات الاعتماد الإيجاري للأصول المنقولة، ج.ر. 26 فبراير 2006، عدد 10، ص.24.

3- أنَّ الإشهار شرط فقط لإثبات عمليات الاعتماد الإيجاري ونفاذها بين أطرافها وفي مواجهة الغير[484] « L'opposabilité» ، وليس لصحتها بدليل المادة 45 من الأمر رقم 96-09 المتعلق بالاعتماد الإيجاري، والتي تؤكد على ضرورة إثبات البيع بعقد ناقل للملكية ، إضافة إلى غياب أي نص صريح من القانون يقضي ببطلان عمليات الاعتماد الإيجاري تلك في غياب هذا الإشهار.

4- أنَّ الأمر رقم 96-09 المتعلق بالاعتماد الإيجاري وبموجب المادة 43 منه، نص على عدم تطبيق المواد من 79 إلى 167 من القانون التجاري، ماعدا تلك الموافقة لبيع المحل التجاري المؤجر بمقتضى الإعتماد الإيجاري. وهذا يعني به سريان نص المادة 79 المتعلقة ضرورة إثبات بيع المحل التجاري بالرسمية تحت طائلة بطلان التصرف. لكن بيع المحل التجاري للمتعامل الاقتصادي (المستأجر) معناه نهاية عقد الاعتماد الإيجاري وبالتالي يقع خارج مدة عقد الليزنغ أي خارج نطاق إشهار تأجير الأصل، مما يستبعد معه خضوعه للتسجيل المقصود بالمرسوم التنفيذي رقم 06-90 سالف الذكر.

5- أنه من خلال الملحق الثاني من المرسوم 06-90 أعلاه، تم وضع كشف لقيد عملية الاعتماد الإيجاري المرتبط بالمحلات التجارية الخاضعة للشهر، دون وضع كشف قيد خاص بالمؤسسات الحرفية. مما يؤكد على وحدة المحل التجاري كأصل منقول معنوي لممارسة نشاط تجاري أو حرفي.

---

[484] Cf. Christian LARROUMET, droit civil, éd. Economica, 1996, p.827. : « *Le principe de l'opposabilité du contrat aux tires signifie que les tiers, c'est-à-dire tous ceux qui ne consentent pas à la conclusion du contrat par eux-mêmes ou par voie de représentation, doivent tenir compte de l'existence du contrat dans la mesure où il peut leur nuire, sans qu'il crée pour autant une obligation à leur charge. De la même façon, les tiers ont la possibilité de se prévaloir du contrat ; notamment envers les parties, sans pour autant devenir créanciers en vertu du contrat…* »

6- أنَّ هذا الإشهار يمثل حماية للمؤجر على الأصول المنقولة موضوع الاعتماد الإيجاري[485]، إذ بموجبه لا يمكن لدائني المستأجر القيام بأي إجراء قانوني عليها، طالما أنّ الإشهار يعلمهم أنها لا تخصه، وبالتالي يستحيل التنفيذ على المال المملوك لغير المدين. فيكون بذلك هذا الإشهار قرينة قانونية على علم كل الدائنين المحتملين للمستأجر بالتصرف المالي الذي ينويه من خلال عقد الاعتماد الإيجاري الذي ابرمه، كما يحميهم من الغلط حول وضعه المالي[486].

7- أنَّ هذا الإشهار يتم بالمركز الوطني للسجل التجاري الذي يحكم أصلا نشاط التجار. لكن ليس كل مستأجر في الاعتماد الإيجاري، بوصفه متعامل أو عون اقتصادي تاجراً بالضرورة، بسبب وجود فئات مستثناة من القانون 04-08 المتعلق بشروط ممارسة الأنشطة التجارية، المعدَّل والمتمّم، كالحرفي أو المنتج الفلاحي وصاحب المهنة المدنية الحرة– مقدم خدمات –[487]. لذا كان من الأفضل إبقاء هذا القيد من صلاحيات كتاب الضبط لدى المحاكم، وهو الأمر المعمول به في القانون الفرنسي[488].

أما المشرع الفرنسي، فبدوره قد خصص لشهر عمليات الاعتماد الإيجاري في المواد المنقولة «Publicité des

[485] Cf. Guy DURANTON, Crédit-bail mobilier, op.cit., p. 27: «*Le défaut d'accomplissement des formalités de publicité dans les conditions … est sanctionné par l'inopposabilité par le crédit-bailleur aux créanciers ou ayants cause à titre onéreux de ses droits sur les biens dont il a conservé la propriété…* ».

[486] Cf. Guy DURANTON, Crédit-bail mobilier, op.cit., p. 26: «*Les créanciers de l'entreprise crédit-preneur peuvent être trompés par la détention des biens dont ils pourraient en déduire que leur débiteur en a la propriété apparente. De manière à remédier à cette apparence trompeuse de prospérité … les opérations de crédit-bail doivent être publiées…*».

[487] أنظر، المادة 07 من القانون رقم 04-08 المؤرخ في 14 أوت 2004، المتعلق بشروط ممارسة الأنشطة التجارية، أعلاه.

[488] Cf. Guy DURANTON, Crédit-bail mobilier, op.cit., p.26.

«opérations de crédit-bail en matière mobilière» المـــــــواد مـــــــن R.313-3 إلى R.313-11 مـــن القـــانون النقـــدي والمـــالي. ويخلـــص مـــن تلـــك المواد أنّ الإشهار والـــذي يلـــزم المـــؤجر بالقيـــام بـــه، يســـمح بتحديـــد هويـــة الأطراف و الأمـــوال موضـــوع عمليـــات الاعتمـــاد الإيجـــاري المحـــددة بالمـــادة L.313-7 من نفس القانون، كما ينـــتج التســـجيل أثـــره مـــن يـــوم القيـــام بـــه ،وذلك كله طبقاً للمادة R.313-7 من نفس القانون.

وعلى عكس المشـــرع الجزائـــري، فـــإنّ نظـــيره الفرنســـي أبقـــى مهمـــة الإشـــهار ضـــمن مهـــام أمانـــة كتابـــة الضـــبط للمحـــاكم، وذلـــك بالنســـبة للتجـــار وغـــير التجـــار بموجـــب المـــادتين R.313-4 و R.313-5 مـــن القـــانون النقدي و المالي .

كمـــا أنّ التســـجيل يشـــطب فقـــط بموجـــب ســـببين، إمـــا بإثبـــات اتفاق الطـــرفين، أو حكـــم قضـــائي حـــائز لقـــوة الشـــيء المقضـــي بـــه طبقـــاً للمـــادة R.313-8 مـــن ذات القـــانون. ورغـــم أنّ المشـــرع الفرنســـي لم يحدد آجـــال قانونيـــة معينـــة لقيـــام المـــؤجر بعمليـــة الشـــهر[489]، لكنـــه جعـــل عملية الشـــهر تتقـــادم بمـــرور 05 ســـنوات مـــا لم يـــتم تجديـــدها ، وهـــو مـــا تؤكد عليه المادة L.313-11 من نفس القانون.

غير أنَّ المـــادة R.313-10 مـــن نفـــس القـــانون جـــاءت صـــريحة بشـــأن الهدف من الإشهار، وهو حمايـــة المـــؤجر مـــن المســـاس بالأصـــل المملـــوك لـــه من طـــرف دائـــني المســـتأجر، مـــا لم يثبـــت علمهـــم بـــذلك. وبـــذلك فـــإنَّ إشـــهار الاعتمـــاد الإيجـــاري المتعلـــق بالأصـــول المنقولـــة يعـــد قرينـــة علـــى علمهم بذلك، ممـــا يؤكـــد أنَّ الإشـــهار لـــيس ركنـــاً لصـــحة التصـــرف علـــى الأصل، بل فقط شرطاً لنفاذه على الغير[490].

[489] Cf. Rose-Noëlle SCHŰTZ, Crédit-bail, op.cit., p. 33.

[490] Loc.cit.

وعليه وبالرغم من أنَّ المشرع الفرنسي – على خلاف المشرع الجزائري –، لم يحدد آجالاً للقيام بشهر الاعتماد الإيجاري المتعلق بالأصول المنقولة، فإنَّ الأثر الوحيد لإغفال المؤجر القيام به هو عدم نفاذه في مواجهة الغير كجزاء للمؤجر. والذي نتيجةً لذلك لن يستطيع حماية ماله من إجراءات التنفيذ التي قد تمسه من دائني المستأجر ما لم يثبت علمهم بذلك، لكن يبقى الاعتماد الإيجاري الغير مشهر نافذاً في حق المستأجر الذي لا يمكنه التهرب من التزاماته[491].

وأما من زاوية الفقه الفرنسي فقد مدَّ البعض أثر الإشهار إلى حماية حتى الدائنين المحتملين للمستأجر من خطر اعتقادهم بأنّ الأصول التي بحوزته ملكاً له[492]، فيساهم الإشهار بذلك في تجنيبهم أخذ نظرة مغلوطة عن حجم وأهمية وضعه المالي قبل التعاقد معه[493].

الفـــرع الثاني

بالنسبة للأصول غير المنقولة

طبقاً للالتزام بوجوب إخضاع كل عمليات الاعتماد الإيجاري للإشهار، والمؤسس له بموجب المادة 06 من الأمر رقم 96-09 المتعلق بالاعتماد الإيجاري، تدخل المشرع الجزائري بالنسبة للأصول غير المنقولة، بموجب المرسوم التنفيذي رقم 06-91 المحدد لكيفيات إشهار عمليات الاعتماد الإيجاري للأصول غير المنقولة[494]. وهذا المرسوم التنفيذي حدد جملة من الشروط وهي على النحو التالي:

[491] Cf. Chantal BRUNEAU, op.cit., p.214.

[492] Cf. Marguerite BOUTELET-BLOCAILLE, op.cit., p.117.

[493] Cf. Chantal BRUNEAU, op.cit., p.206.

[494] أنظر، المرسوم التنفيذي رقم 06-91 المؤرخ في 20 فبراير 2006، المحدد لكيفيات إشهار عمليات الاعتماد الإيجاري للأصول غير المنقولة، ج.ر. 26 فبراير 2006، عدد 10، ص. 28.

- أن يكون عقد اكتساب العقار، موضوع عملية الاعتماد الإيجاري مشهر لدى المحافظة العقارية وفقاً لأحكام المرسوم رقم 76-63 المتعلق بتأسيس السجل العقاري. و أن يتضمن المعلومات المتعلقة بالاعتماد الإيجاري، كتحديد المستفيد، تعيين الموثق محرر العقد...، وذلك وفقا للعناصر المنصوص عليها بالمادة 08 من الأمر رقم 96-09 المتعلق بالاعتماد الإيجاري[495].

- ضرورة قيام المؤجر "بنشر"– استعمل المشرع عبارة "نشر" وعبارة "شهر" –،عقد الاعتماد الإيجاري لدى المحافظة العقارية المختصة إقليمياً، وفق الآجال المنصوص عليها في التشريع المعمول به[496].

والواقع أنَّ المادة 03 من المرسوم التنفيذي رقم 06-91 تطرح إشكالات عديدة، منها:

1- استعمل المشرع بخصوص شهر عقد الاعتماد الإيجاري باللغة العربية وفي النسخة الفرنسية من ذات المرسوم عبارة "نشر– Publication–" ثم عبارة "شهر– Publicité –"، دون تبرير إجرائي، رغم أنّ النشر عادةً لا يستعمل على غير المنقول إذ يكون في بيع المحل التجاري و يتم النشر في الجرائد المختصة بالإعلانات القانونية[497]. إضافةً إلى أنّ عبارة "وفق الآجال المنصوص عليها في التشريع المعمول به "، تأتي فضفاضة لعدم تحديد أجل دقيق لذلك. كما يصعب تحديد من المقصود بها، أهو المؤجر أم الموثق؟

[495] أنظر، المادة رقم 02 من المرسوم التنفيذي، رقم 06-91.

[496] أنظر، المادة رقم 03 من المرسوم التنفيذي، رقم 06-91.

[497] En ce sens, v. George RIPERT et René ROBLOT, op.cit., Tome 1, volume n°1, p. 225. : «*Quand il s'agit d'atteindre un large public, le moyen le plus efficace est de faire une publication par voie de presse. Elle est imposée pour les ventes de fonds de commerce…* ».

2- لقد تم اشتراط تحرير العقد من موثق من خلال وجوب تعيينه في العقد. وهذا معناه ضمنياً أن يكون عقد الاعتماد الإيجاري محرر في شكل رسمي، رغم أنه خلال مدة الإيجار موضوع العقد لا يتم التصرف بنقل ملكية العقار أو حقوق عقارية حتى تشترط فيها الرسمية. كما أنه لم يتم النص على الرسمية صراحةً تحت طائلة البطلان.

3- أنه وفق القواعد العامة فإنَّ من يحرر العقد هو من يلزم بشهره وهو في هذه الحالة الموثق، والقانون ألزمه بذلك في مهلة شهر واحد من تأريخها بالنسبة للعقود إجمالاً، وقد تمدد إلى (15 يوماً) إذا ما وجب القيام بالشهر في مكتبين أو أكثر[498].

4- اشتراط إشهار عقد الاعتماد الإيجاري للأصول غير المنقولة يعني أيضاً اشتراط الرسمية، طالما أنّ كل عقد يكون موضوع إشهار في المحافظة العقارية، يجب أن يكون محرراً في شكل رسمي[499].

5- لقد كيَّفَ مشرعنا الاعتماد الإيجاري على أنه عقد إيجار، لكن عقد الإيجار لا تشترط فيه الرسمية أصلا، رغم تجسيد علاقة المؤجر بالمستأجر في عقد إيجار نموذجي يحرر كتابياً بتاريخ مسمى[500] يقع تجاوز الكتابة والتاريخ الثابت فيه تحت طائلة البطلان[501]. ورغم أنه

---

[498] أنظر، المادة 99 من المرسوم رقم 76-63 المؤرخ في 25 مارس 1976، المتعلق بتأسيس السجل العقاري، المعدّل والمتمّم.

[499] أنظر، المادة 61 من المرسوم رقم 76-63.

[500] أنظر، المادة 21 من المرسوم التشريعي رقم 93-03، المؤرخ في 01 مارس 1993، المتعلق بالنشاط العقاري، المعدّل بإلغاء الفقرتين 02 و 03 من المادة 21 منه، بموجب القانون رقم 07-05، المؤرخ في 13 مايو 2007، المعدّل والمتمّم للأمر رقم 75-58، المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون المدني، ج.ر. 13 مايو 2007، عدد 31، ص. 06.

[501] أنظر، المادة 467 مكرر من الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون المدني، المعدّل والمتمّم.

تم تحديد نموذجه قانوناً فلقد تم إخضاعه للتسجيل دون اشتراط الرسمية[502].

6- إنّ الحالة الوحيدة التي تشترط فيها الرسمية في عقد الإيجار عموماً، هي فقط للتمكن من إشهاره وذلك بالنسبة لإيجار العقارات لمدة 12 عاماً أو أكثر، بدليل أنّ الأثر الوحيد لإغفال الشهر هو عدم نفاذه بين أطرافه وعدم الاحتجاج به في مواجهة الغير[503]، وكل ذلك دون النص على بطلان العقد لانعدام الرسمية، كما في نقل ملكية العقار[504]. وبذلك يظهر أنّ مشرعنا، ومن باب كون الاعتماد الإيجاري المتعلق بأصول منقولة يصعب تصور إبرامه لمدة تقل عن 12 عاماً، و حمايةً لحق المؤجر على الأصل من دائني المستأجر المحتملين قرر الشهر للاعتماد الإيجاري، وهو الإجراء الذي يستحيل القيام به دون عقد رسمي طبقاً للمادة 61 من المرسوم رقم 76-63 المؤرخ في 25 مارس 1976 والمتعلق بتأسيس السجل العقاري.

وبالتالي، يظهر أنّ الرسمية المشترطة في الاعتماد الإيجاري للأصول غير المنقولة، هي لضرورة شهره من أجل نفاذه في مواجهة الغير، وحماية دائني المستأجر من الغلط حول حالته المالية[505]. فالرسمية ليست ركناً لصحة العقد بدليل أنّ الجزاء المترتب عن إغفال الرسمية هو ذو طبيعة مدنية تتعلق بحجيته[506]. وعموماً فإنه في الحالة التي لا ينصُّ

[502] أنظر، المادة 11 المرسوم التنفيذي رقم 94-69 المؤرخ في 19 مارس 1994، المتضمن المصادقة على نموذج عقد الإيجار، المنصوص عليه في المادة 21، من المرسوم التشريعي رقم 93-03، المؤرخ في 01 مارس 1993، والمتعلق بالنشاط العقاري، ج.ر.30 مارس 1994، عدد 17، ص. 08.

[503] أنظر، المادة 17 من الأمر رقم 75-74 المتضمن إعداد مسح الأراضي العام و تأسيس السجل العقاري، المعدّل والمتمّم.

[504] أنظر، المادة 324 مكرر 01 من الأمر رقم 75-58.

[505] Cf. Éric GARRIDO, le cadre économique et réglementaire du crédit-bail, éd. R.B.É, 2002, p.88.

[506] Cf. Guy DURANTON, Crédit-bail immobilier, op.cit., p.16.

المشرع فيها صراحةً بالبطلان لعدم مراعاة الرسمية، تتحول بذلك من ركن (كما في البيوع العقارية) إلى مجرد شرط إثبات[507].

أما المشرع الفرنسي، فقد أفرد أحكاماً لشهر عمليات الاعتماد الإيجاري في المواد غير المنقولة «Publicité des opérations de crédit-bail en matière immobilière» من خلال المادتين R.313-12 و R.313-13، من القانون النقدي والمالي.

لكن ما يمكن أن يقال عن الأحكام القانونية المتعلقة بشهر الاعتماد الإيجاري للأصول غير المنقولة في التشريع الفرنسي من خلال هذه المواد هو صراحتها ووضوحها بأن جعلت الأثر الوحيد والصريح لعدم الشهر، هو عدم الحجية في مواجهة الغير وليس في مواجهة الأطراف، وأنّ الشهر يدور بين اختياري وإجباري.

ذلك أنّ المشرع الفرنسي لم يجعل كل اعتماد إيجاري على أصول غير منقولة واجب الشهر، بل فقط تلك التي تصل مدتها 12 عاماً أو تزيد، مع أثر عدم الحجية كجزاء لعدم مراقبة شرط الإشهار[508].

إنَّ مدة 12 عاماً المشترطة للشهر تظهر متطابقة مع شهر الإيجارات العقارية في التشريع الجزائري. مما يؤكد أنّ إشهارها ليس ركنا لصحة العقد طالما أنّ الإيجار لا تشترط الرسمية في صحته، وكذلك الأمر بالنسبة للاعتماد الإيجاري كونه قائم على عقد إيجار ، مما يجعل الرسمية المشترطة في لوجوب القيام بالشهر، في حين أنّ شهره مطلوب لنفاذ العقد.

---

[507] Cf. Christian LARROUMET, op.cit., p.202.

[508] Cf. Rose-Noëlle SCHŰTZ, Crédit-bail, op.cit., p.34.

الخاتمــة

لقد تم التعرف على عقد الاعتماد الإيجاري من حيث نشأته التاريخية والأحكام القانونية التي تحكمه. ولّما كان موضوع الدراسة الحالية، يهتم أساساً بشروط تكوين هذا العقد، فلقد تم التطرق إلى أركانه، التي حددتها بوضوح المادة الأولى من الأمر رقم 96-09 المتعلق بالاعتماد الإيجاري، في عنصري أطراف العقد وموضوعه.

وخلال التطرق لأطراف العقد، تبين أنَّ للعقد طرفان فقط، هما المؤجر والمستأجر. ويأخذ وصف المؤجر، مؤسسة القرض، سواءً كانت بنكاً أو مؤسسة ماليةً أو شركة اعتماد إيجاري. في حين المستأجر المستفيد من الاعتماد الإيجاري، فيأخذ وصف المتعامل أو العون الاقتصادي. ويلاحظ بخصوص أطراف العقد أنَّ كليهما شخص مهني.

ولعل الطابع المهني لأطراف العقد، هو ما يبرر الصرامة القانونية، التي أبداها مشرعنا بتدخله في تنظيم هذا العقد، لاسيما بخصوص شروط تأسيس المؤجر، من خلال تنظيمها ضمن الأمر رقم 03-11 المتعلق بالنقد و القرض، المعدَّل والمتمّم، وكذا جملة الأنظمة المرتبطة به. كما أنّ المستأجر أيضاً تحكمه جملة من القوانين، مهما كان نوعه، تسهم في تحديد صفته القانونية، وتحكم و تؤطر نشاطه، سواءً كان تاجراً، منتجاً، حرفياً أو مقدم خدمات ...

أيضا في التشريع الفرنسي فطرفا عقد الاعتماد الإيجاري هما المؤجر الذي يأخذ شكل مؤسسة قرض والمستأجر[509]، هذا الأخير الذي مهما كانت صفته كشخص مهني تاجراً كان أو صناعياً أو

[509] Cf. Rose-Noëlle SCHŰTZ, Crédit-bail, op.cit., p.20.

حرفياً أو صاحب مهنة حرة، يبقى المهم أن يوجه الأصل المنقول أو غير المنقول الذي يؤجره للاستعمال لمهني[510].

أما الأصل الإنتاجي موضوع التأجير، فهو ينقسم أساساً إلى قسمين رئيسيين، أصول منقولة وأخرى غير منقولة. أمَّا الأصول المنقولة، فبدورها تتفرع إلى أصول منقولة مادية، وتشمل التجهيزات أو العتاد أو الأدوات ذات الاستعمال المهني، وأصول منقولة معنوية، تشمل المحلات التجارية والمؤسسات الحرفية، في حين أنَّ الأصول غير المنقولة، يتم شرائها أو بناؤها لصالح المستأجر.

وينتج عن موضوع العقد، التأكيد على طابعه المهني بطبيعته. أما في حالة كانت طبيعته تقبل الاستعمال المهني وغير المهني(شخصي أو عائلي)، فإنّ مشرعنا يركز دوماً على الاستعمال المهني، لموضوع العقد من خلال الغاية المنتظرة من تأجير الأصل وهي تلبية الحاجات المهنية للمستأجر.

يظهر في القانون الفرنسي لا يوجد ما يدل على تقسيم الاعتماد الإيجاري إلى منقول وغير منقولة، ولا إلى التفرقة بين المنقول المعنوي والمادي. لكن جانب من الفقه هو من تولى مهمة تقسيم عقد الاعتماد الإيجاري بحسب موضوع العقد[511].

كما أنَّ هذا العقد، يتميز بأنّه يسمح من جهة للمستأجر، من تمويل استثماراته و لو عَدمَ المال اللازم لشراء الأصل الذي يرغبه، إذ يكفي أن يستأجره ويبقى له في حال نجح مشروعه، خيار شراء الأصل أو تمديد الإيجار، أو رده في حال رغب في تغيير نشاطه أو استبدال الأصل بآخر جديد و حديث بموجب عقد اعتماد إيجاري آخر. كما

[510] Cf. Rose-Noëlle SCHŰTZ, Crédit-bail, op.cit., p.22.

[511] Cf. Rose-Noëlle SCHŰTZ, Crédit-bail, op.cit., p.14.

يسمح هذا العقد للمؤجر بإبقاء الأصل تحت ملكيته من البداية وحمايته من دائني المستأجر المحتملين، وبمجرد ما يبدي المستأجر نيته في الشراء يبيعه إياه.

كما قرر مشرعنا شهر عمليات الاعتماد الإيجاري، مما يعزز ضمانات المؤجر على الأصل المؤجر، ويعطي لدائني المستأجر المحتملين صورة صادقة عن وضعيته المالية، بشكلٍ يكفيهم خطر الوقوع ضحية النصب والغلط.

لكن، الجدل المطروح ببعض المسائل القانونية في الشريعة العامة انتقل إلى الأحكام الخاصة بعقد الاعتماد الإيجاري، كإعطاء صفة التاجر لمسيري مؤسسات القرض تماما كما في شركات المساهمة والتي تعد الإطار القانوني الوحيد لتأسيس المؤجر. رغم أنهم لا يمارسون التجارة باسمهم ولحسابهم الخاص. كذلك لم تتم معالجة رد اعتبار الشخص المعنوي الراغب مثلاً في الاستثمار في نشاط التأجير التمويلي كعضو مجلس إدارة شركة مساهمة ضمن احد أنواع مؤسسات القرض، والذي سبق وأن ارتكب جرائم خارج نطاق حالتي الإفلاس وقبول التسوية القضائية ضمن المادة 358 من القانون التجاري .

أما في التشريع الفرنسي، فشهر عمليات الاعتماد الإيجاري لاتتم تحت طائلة بطلان العقد، بل فقط من اجل إثباته وحماية المؤجر من الدائنين المحتملين للمستأجر. كما يحمي هؤلاء من الغلط في حقيقة وضعيته المالية بأن يعتقد أنه مال للمال المؤجر له، ما لم يثبت علمه بذلك وهو عبء الإثبات الذي يقع على المؤجر الذي تجاوز واجب الشهر[512].

[512] Cf. Guy DURANTON, Crédit-bail mobilier, op.cit., p. 26 et 27.

أمـــا الصـــفة التجاريـــة لمســـيري المـــؤجر بوصـــفه شـــخص معنـــوي مؤسس ضـــمن مؤسســـة قـــرض، فالقـــانون الفرنســـي لا يمـــنحهم إيـــاه بنـــاءً على الوظائف التي يتولونهـــا بصـــفتهم تلـــك، لكنـــه يخضـــعهم في حـــال توقـــف الشركة عن الدفع للإجـــراءات الـــتي يخضـــع لهـــا التجـــار إلى درجـــة أنهـــم قـــد يخضـــعون للإفـــلاس الشخصـــي في حالـــة الخطـــأ الجســـيم في التســـيير[513]، وذلك من باب دفعهم للحرص على مصير الشركة التي يتولون إدارتها.

كمـــا أنّ طبيعـــة الاعتمـــاد الإيجـــاري، كعمليـــة ماليـــة مـــن الناحيـــة الاقتصـــادية، توجـــب أخـــذ بعـــض المـــتغيرات بعـــين الاعتبـــار. فلقـــد أعـــاب البعض على المشرع الفرنســـي مـــثلاً، توســـيعه موضـــوع العقـــد ليشـــمل أحـــد عناصر المحـــل التجـــاري، في الوقـــت الـــذي تحجـــم فيـــه مؤسســـات القـــرض، عن تمويل عمليـــات الاعتمـــاد الإيجـــاري علـــى المحـــلات التجاريـــة[514]، بـــالنظر المخاطرة المؤثرة في قيمة المحـــل، والـــتي تخضـــع لطريقـــة تســـيير المســـتأجر لـــه. ممـــا يجعـــل مؤسســـات القـــرض ورغـــم ملكيتـــها للمحـــل فهـــي لا تحـــوز أي ضمان حول نجاعـــة طريقـــة تســـيير المســـتأجر، ناهيـــك عـــن حالـــة رد المحـــل ورفض المســـتأجر شـــراءه أو تمديـــد الإيجـــار، بمعـــنى فشـــل المشـــروع نتيجـــة ضعف الإيراد وبالتالي نقص قيمة المحل الذي يصعب إعادة تأجيره[515].

وبالنســـبة للمشـــرع الجزائـــري عليـــه، أخـــذ هـــذه المعطيـــات بعـــين الاعتبـــار، كـــذلك وجـــوب إعادتـــه النظـــر في مـــدى ملائمـــة إلغائـــه لكـــل النصوص المتعلقة بالتســـيير الحـــر، بالنســـبة لتـــأجير المحـــل التجـــاري، رغـــم أنّ التســـيير الحـــر يعـــد الســـند القـــانوني الوحيـــد للعمليـــة، والـــذي لم يتجـــاوزه المشرع الفرنسي من هـــذا المنطلـــق. وكـــذا إلزامـــه للمتعامـــل الاقتصـــادي غـــير التاجر، الدخول في علاقـــة قانونيـــة مـــع المركـــز الـــوطني للســـجل التجـــاري،

[513] Cf. Philippe MERLE, op.cit., p.433.

[514] Cf. Guy DURANTON, Crédit-bail mobilier, op.cit., p.42.

[515] Cf. Rose-Noëlle SCHŰTZ, Crédit-bail, op.cit., n°57, p.15.

لشـــهر عمليـــات الاعتمـــاد الإيجـــاري للأصـــول المنقولـــة، رغـــم أنَّ هـــذه العملية كانت من اختصاص كتاب الضبط لدى المحاكم[516].

[516] أنظر، المرسوم التنفيذي رقم 98-109 المؤرخ في 04 أبريل 1998، المحدد لكيفيات تحويل الصلاحيات المخولة لمكاتب الضبط وكتاب الضبط وأمناء كتاب الضبط في المحاكم، والمتعلقة بمسك السجلات العمومية، للبيوع و رهون حيازة المحلات التجارية، وإجراءات قيد الامتيازات المتصلة بها إلى المركز الوطني للسجل التجاري ومأموري المركز الوطني للسجل التجاري، ج.ر. 05 أبريل 1998، عدد 20، ص. 09.

أولا ـ قائمة المراجع

I- المراجع العامة

1- **جمال بوشنافة،** شهر التصرفات العقارية في التشريع الجزائري، دار الخلدونية، 2006.

2- **فرحة زراوي صالح،** الكامل في القانون التجاري الجزائري، الحقوق الفكرية، ابن خلدون، 2006.

3- **فرحة زراوي صالح،** الكامل في القانون التجاري الجزائري، المحل التجاري والحقوق الفكرية، القسم الأول، المحل التجاري، نشر وتوزيع ابن خلدون، 2001.

4- **فرحة زراوي صالح،** الكامل في القانون التجاري، الأعمال التجارية، التاجر، الحرفي، نشر وتوزيع ابن خلدون، 2003.

5- **مجيد خلفوني،** نظام الشهر العقاري في القانون الجزائري، الديوان الوطني للأشغال التربوية، 2003.

6- **هاني دويدار،** القانون التجاري، العقود التجارية-العمليات المصرفية-الأوراق التجارية-الإفلاس، منشورات الحلبي الحقوقية، 2008.

****

7- **Alain BÉNABENT**, Droit civil, Les contrats spéciaux civils et commerciaux, Montchrestien, 7ème éd., 2006.

8- **Alain et Marie-Claire PIÉDELIÈVRE,** droit du crédit, P.U.F, 1985.

9- **André JACQUEMONT,** Droit des entreprises en difficulté, Litec, 5ème édition, 2007.

10- **Bernard SAINTOURENS**, Droit des affaires, PUG, édition 2002-2003.

11- **Brigitte HESS-FALLON** et **Anne-Marie SIMON,** Droit des affaires, 15e édition, Dalloz, 2003.

12- **Catherine D'HOIR-LAUPRÊTRE,** Droit du crédit, ellipses, 1999.

13- **Christian LARROUMET**, droit civil, éd. Economica, 1996.

14- **Dimitri HOUTCIEFF**, Droit commercial, Armand colin, 2005.

15- **Fatiha TALEB**, Des techniques para-bancaires, O.P.U, 1997.

16- **Francis LEMEUNIER,** Société anonyme, édition Dalloz, 2001.

17- **George RIPERT et René ROBLOT**, Traité de droit commercial, Paris L.G.D.J., Tome 1, 18 ème éd., 2002, par M.GERMAIN, volume n°2.

18- **George RIPERT et René ROBLOT**, Traité de droit commercial, Paris L.G.D.J., Tome 1, 18 ème éd., 2002, par Louis VOGEL, volume n°1.

19- **Georges DECOCQ**, Droit commercial, Dalloz, 2ème édition 2005.

20- **Jean LAGADEC**, Droit commercial et des affaires, Vuibert, Décembre 2007.

21- **Jean-Louis RIVES-LANGE** et **Monique CONTAMINE-RAYNAUD**, Droit Bancaire, Dalloz Delta, 6ème éd., 1995.

22- **Jean-Marc BÉGUIN** et **Arnaud BERNARD**, L'essentiel des techniques Bancaires, Eyrolles, éd 2008.

23- **Luc BERNET-ROLLAND**, Principes de techniques bancaire, Dunod, 25e édition, 2008, p. 06.

24- **Marguerite BOUTELET-BOUCAILLE**, Droit du crédit, éditions Masson,1987.

25- **Michel de JUGLART** et **Benjamin IPPOLITO**, Cours de Droit Commercial, Montchrestien, 8ème édition, 1984.

26- **Mohamed SALAH,** Les sociétés commerciales, Tome 1, EDIK, 2005.

27- **Mohamed SALAH,** Les valeurs mobilières émises par les sociétés par actions, EDIK, 2001.

28- **Olivier BARRET**, Les contrats portant sur le fonds de commerce, L.G.D.J, 2001.

29- **Philippe MALAURIE**, **Laurent AYNÈS** et **Pierre-Yves GAUTIER**, Les contrats Spéciaux, Éditions Defrénois, 2005.

30- **Philippe MERLE**, Droit commercial, Sociétés commerciales, Dalloz, 10e édition, 2005.

31- **Philippe SIMLER,** Le crédit et ses garanties, Édition du Juris-Classeur, 2004

32- **Raymond GUILLIEN** et **Jean VINCENT**, Lexique des termes juridiques, Dalloz, 13ème éd, 2001.

33- **Sophie SABATHIER**, Droit du crédit, Ellipses, 2007.

34- **Stéphane PIEDELIÈVRE**, Droit bancaire, Thémis, 1ère édition, novembre, 2003.

35- **Thierry BONNEAU**, Droit bancaire, Montchrestien, 5ème édition, 2003.

36- **Yves GUYON,** Droit des affaires, Tome 1, droit commercial général et société, , Economica, 6ème édition, 1990.

II-المراجع الخاصة

37- **إلياس ناصيف،** العقود الدولية، عقد الليزنغ أو عقد الإيجار التمويلي، في القانون المقارن، منشورات الحلبي الحقوقية، 2008.

38- **عبد العزيز سمير محمد،** التأجير التمويلي ومداخله -المالية - المحاسبية - الاقتصادية - التشريعية – التطبيقية، مكتبة الإشعاع- الإسكندرية، 2001.

39- **علاء الدين عبد الله فواز الخصاونة،** التكييف لقانوني لعقد الإيجار التمويلي، الدار العلمية الدولية، 2002.

40- **ناذر عبد الشافي،** عقد الليزنغ(دراسة مقارنة)، الجزء الأول، المؤسسة الحديثة للكتاب، 2004.

*****

41- Chantal BRUNEAU, Le crédit-bail mobilier, la location de longue durée et la location avec option d'achat, Banque éditeur, 1999.

42- El Mokhtar BEY et Christian GAVALDA, Le crédit-bail immobilier, P. U. F, 1re éd., 1983.

43- Éric GARRIDO, Le cadre économique et réglementaire du crédit-bail, éd. R.B.É, 2002.

44- Jean-François GERVAIS, Les clés du leasing, éditions d'Organisation, 2004.

45- Pascal PHILIPPOSSIAN, Le crédit-bail et le leasing, outils de financements locatifs, S.É.F.I, La location de longue durée et la location avec option d'achat, Banque éditeur, 1998.

46- Rose-Noëlle SCHŰTZ, Les recours du crédit-preneur dans l'opération de crédit-bail, P.U.F, 1994.

III-المقالات

47- **إبراهيم الدسوقي أبو الليل،** تطورات حديثة في التأجير التمويلي، الجديد في أعمال المصارف من الوجهتين القانونية والاقتصادية، أعمال المؤتمر العلمي السنوي، لكلية الحقوق بجامعة بيروت العربية، الجزء الثاني، الجديد في التمويل المصرفي، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت- لبنان، 2002.

48- **بوجلال مفتاح**، ممثل الشخص الاعتباري في قانون الشركات التجارية، مجلة المؤسسة والتجارة، ابن خلدون للنشر والتوزيع، عدد 02 - 2006.

49- **سامي منصور**،خصائص عقد الليزنغ في القانون اللبناني، مجلة العدل، العدد الثاني، 2009.

50- **هاني محمد دويدار**، التأجير التمويلي من الوجهة القانونية، الجديد في أعمال المصارف من الوجهتين القانونية والاقتصادية، أعمال المؤتمر العلمي السنوي، لكلية الحقوق بجامعة بيروت العربية، الجزء الثاني، الجديد في التمويل المصرفي، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت- لبنان، 2002.

51- Annie CUDENNEC, Pèche maritime, Rép. Com. Dalloz, mars 1998.

52- Charley HANNOUN, Fernand DERRIDA et Emmanuel KORNPROBST, Location-gérance de fonds de commerce, Rép. Com. Dalloz, Mars 1997**.**

53- Étienne MICHELLE, Banques et établissement de crédit, Rép. Com. Dalloz, avril 1994.

54- Guy DURANTON, Crédit-bail mobilier, Rép. Com. Dalloz, Juin 2000.

55- Guy DURANTON, Crédit-bail immobilier, Rép. Com. Dalloz, Juin 2000

56- Henri MOURIER, Artisans, Rép. Com. Dalloz, 1972 .

57- Jacques PRÉVAULT, Agriculture, Rép. Com. Dalloz, juillet 1995.

58- Jean DERRUPPÉ, Fonds de commerce, Rép. Com. Dalloz, Septembre 1998**.**

59- La Lettre de la D.G.I, Le leasing, une alternative pour le financement de l'investissement, Bulletin d'information de la D.G.I, n° 32 Juin 2008.

60- La Lettre de la D.G.I, L'agriculture et la fiscalité, Bulletin d'information de la D.G.I, n° 35 octobre 2008.

61- Marie-Pierre DUMONT, Beaux commerciaux, Rép. Com. Dalloz, janvier 2003.

62- Michel GUIBAL, Commerce et industrie, Rép. Com. Dalloz, février 2003.

63- Pascal BEDER, Registre de commerce et des sociétés, Rép. Com. Dalloz, juin 200**1.**

64- Rose-Noëlle SCHŰTZ, Crédit-bail, Rép. Civ. Dalloz, Janvier 2007**.**

65- Thierry DUBAELE, Actes de commerce, Rép. Com. Dalloz, septembre 1999**.**

66- Thierry DUBAELE, Commerçant, Rép. Com. Dalloz, septembre 1997.

67- Yves GUYON, Entreprise en difficulté, Rép. Com. Dalloz, mars 1996.

ثانيا ـ النصوص القانونية

I- القوانين والأوامر

1- الأمر رقم 66-155 المؤرخ في 08 يونيو 1966،المتضمن قانون الإجراءات الجزائية، الجريدة الرسمية، المؤرخة في 10 يونيو 1966، عدد 48، الصفحة 622.

2- الأمـــر رقـــم 66-156 المـــؤرخ فـــي 08 يونيـــو 1966، المتضـــمن قـــانون العقوبـــات، الجريـــدة الرســـمية، المؤرخة في 11 يونيو 1966، عدد 49، الصفحة 702.

3- الأمـــر رقـــم 75-58 المـــؤرخ فـــي 26 ســـبتمبر 1975، المتضـــمن القـــانون المـــدني، الجريـــدة الرســـمية، المؤرخة في 30 سبتمبر 1975، عدد 78، الصفحة 990.

4- الأمـــر رقـــم 75-59 المـــؤرخ فـــي 26 ســـبتمبر 1975، المتضـــمن القـــانون التجـــاري، الجريـــدة الرســـمية، المؤرخة في 19 ديسمبر 1975، عدد 101، الصفحة 1306.

5- الأمـــر رقـــم 75-74 المـــؤرخ فـــي 12 نـــوفمبر 1975، المتضـــمن إعـــداد مســـح الأراضـــي العـــام و تأســـيس السجل العقاري، الجريدة الرسمية، المؤرخة في 18 نوفمبر 1975، عدد 92، الصفحة 1206.

6- القـــانون رقـــم 82-12 المـــؤرخ فـــي 28 غشـــت 1982، المتضـــمن القـــانون الأساســـي للحرفـــي، الجريـــدة الرسمية، المؤرخة في 31 غشت 1982، عدد 35، الصفحة 1717.

7- القـــانون رقـــم 84-21 المـــؤرخ فـــي 24 ديســـمبر 1984، المتضـــمن قـــانون الماليـــة لســـنة 1985، الجريـــدة الرسميـــة، المؤرخة في 31 ديسمبر 1984، عدد 72، الصفحة 2540.

8- القـــانون رقـــم 86-12 المـــؤرخ فـــي 19 غشـــت 1986، المتعلـــق بنظـــام البنـــوك والقـــرض، الجريـــدة الرســـمية، المؤرخة في 20 غشت 1986، عدد 34، الصفحة 1425.

9- القـــانون رقـــم 90-10 المـــؤرخ فـــي 14 أبريـــل 1990، المتعلـــق بالنقـــد والقـــرض، الجريـــدة الرســـمية، المؤرخة في 18 أبريل 1990، عدد 16، ص. 520.

10- القـــانون رقـــم 90-22 المـــؤرخ فـــي 18 غشـــت 1990، المتعلـــق بالســـجل التجـــاري، الجريـــدة الرســـمية، المؤرخة في 22 غشت 1990، عدد 36، الصفحة 1145.

11- الأمـــر رقـــم 96-01 المـــؤرخ فـــي 10 ينـــاير 1996، المحـــدد للقواعـــد التـــي تحكـــم الصـــناعة التقليديـــة والحرف، الجريدة الرسمية، مؤرخة في 14 يناير 1996، عدد 03، الصفحة 03.

12- الأمـــر رقـــم 96-09 المـــؤرخ فـــي 10 ينـــاير 1996، المتعلـــق الإعتمـــاد الإيجـــاري، الجريـــدة الرســـمية، المؤرخة في 14 يناير 1996، عدد 3، الصفحة 25.

13- الأمـــر رقـــم 96-22 المـــؤرخ فـــي 09 يوليـــو 1996،المتعلـــق بقمـــع مخالفـــة التشـــريع والتنظـــيم الخاصـــين بالصـــرف وحركـــة رؤوس الأمـــوال مـــن وإلـــى الخـــارج، الجريـــدة الرســـمية، المؤرخـــة فـــي 10 يوليـــو 1996، عدد 43 ، الصفحة 10.

14- الأمـــر رقـــم 01-03 المـــؤرخ فـــي 20 أوت 2001، المتعلـــق بتطـــوير الإســـتثمار، الجريـــدة الرســـمية، المؤرخة في 22 أوت 2001، عدد 47، الصفحة 04.

15- الأمـــر رقـــم 03-03 المـــؤرخ فـــي 19 يوليـــو 2003، المتعلـــق بالمنافســـة، الجريـــدة الرســـمية، المؤرخـــة فـــي 20 يوليو 2003، عدد 43، الصفحة 25.

16- قانـــون رقـــم 03-12 المـــؤرخ فـــي 25 أكتـــوبر 2003، يتضمـــن الموافقـــة علـــى الأمـــر رقـــم 03-03 المـــؤرخ فـــي 19 يوليـــو ســـنة 2003 والمتعلـــق بالمنافســـة، الجريـــدة الرســـمية المؤرخـــة فـــي 26 أكتـــوبر 2003، عدد 64الصفحة 4.

17- الأمـــر رقـــم 03-11 المـــؤرخ فـــي 26 غشـــت 2003، المتعلـــق بالنقـــد والقـــرض، الجريـــدة الرســـمية، المؤرخة في 27 غشت 2003، عدد 52، الصفحة 03.

18- القـــانون رقـــم 03-15 المـــؤرخ فـــي 25 أكتـــوبر2003، يتضـــمن الموافقـــة، علـــى الأمـــر 03-11، المـــؤرخ فـــي 26 غشـــت2003، والمتعلـــق بالنقـــد والقـــرض، الجريـــدة الرســـمية، المؤرخـــة فـــي 26 أكتـــوبر 2003، عدد 64 ، الصفحة 05.

19- القانون رقم 04-02 المؤرخ في 23 يونيو 2004، المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية، الجريدة الرسمية، المؤرخة في 27 يونيو 2004، عدد 41، الصفحة 03.

20- القانون رقم 04-08 المؤرخ في 14غشت 2004، المتعلق بشروط ممارسة الأنشطة التجارية، الجريدة الرسمية، المؤرخة في 18 غشت 2004، عدد 52، الصفحة 04.

21- القانون رقم 05-03 المؤرخ في 06 فبراير 2005، المتعلق بالبذور والشتائل وحماية الحيازة النباتية، الجريدة الرسمية، المؤرخة في 09 فبراير 2005، عدد 11، ص. 12.

22- القانون رقم 05-01 المؤرخ في 06 فبراير2005، المتعلق بالوقاية من تبييض الأموال وتمويل الإرهاب ومكافحتهما، الجريدة الرسمية، المؤرخة في 09 فبراير 2005، عدد 11، الصفحة 03.

23- القانون رقم 06-01 المؤرخ في 20 فبراير2006، المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته، الجريدة الرسمية، المؤرخة في 08 مارس 2006، عدد 14، الصفحة 04.

24- الأمر رقم 07-01 المؤرخ في 01 مارس 2007، المتعلق بحالات التنافي والالتزامات الخاصة ببعض المناصب والوظائف، الجريدة الرسمية، المؤرخة في 07 مارس 2007، عدد 16 ، الصفحة 03.

25- قانون رقم 07-03 المؤرخ في 17 أبريل 2007، المتضمن الموافقة على الأمر رقم 07-01 المؤرخ في أول مارس سنة 2007 والمتعلق بحالات التنافي والالتزامات الخاصة ببعض المناصب والوظائف، الجريدة الرسمية، المؤرخة في 22 أبريل 2007، عدد 26، الصفحة 03.

26- القانون رقم 07-11 المؤرخ في 25 نوفمبر2007، المتضمن للنظام المحاسبي المالي، الجريدة الرسمية، المؤرخة في 25 نوفمبر 2007، عدد 74، الصفحة 03.

27- القانون رقم 08-11 المؤرخ في 25 يونيو 2008، المتعلق بشروط دخول الأجانب إلى الجزائر، وإقامتهم بها وتنقلهم فيها، الجريدة الرسمية، المؤرخة في 02 يوليو 2008، عدد 36، الصفحة 04.

28- القانون رقم 08-15 المؤرخ في 20 يوليو 2008، المحدد لقواعد مطابقة البنايات وإتمام إنجازها، الجريدة الرسمية، المؤرخة في 03 غشت 2008، عدد 44، الصفحة 19.

29- القانون رقم 08- 16 المؤرخ في03 غشت 2008 المتضمن التوجيه الفلاحي، الجريدة الرسمية، المؤرخة في 10 غشت 2008، عدد 46، ص 04.

30- القانون رقم 09-03 المؤرخ في25 فبراير2009، المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، الجريدة الرسمية، المؤرخة في 08 مارس 2009، عدد 15، الصفحة 12.

31- الأمر رقم 09-01 المؤرخ في 22 يوليو 2009، المتضمن قانون المالية التكميلي لسنة 2009، الجريدة الرسمية، المؤرخة في 26 يوليو 2009، عدد 44، الصفحة 04.

32- قانون رقم 09-05 المؤرخ في 11 أكتوبر 2009، المتضمن الموافقة على الأمر رقم 09-01 المؤرخ في 22 يوليو سنة 2009 والمتضمن قانون المالية التكميلي لسنة 2009، الجريدة الرسمية، المؤرخة في 14 أكتوبر 2009، عدد 59، الصفحة 04.

33- الأمر رقم 10-01 المؤرخ في 26 غشت 2010، المتضمن قانون المالية التكميلي لسنة 2010، الجريدة الرسمية، المؤرخة في 29 غشت 2010، عدد 49، الصفحة 04.

34- الأمر رقم 10-04 المؤرخ في 26 غشت 2003، المعدَّل والمتمّم للأمر رقم 03-11،المؤرخ في 26 غشت 2003، والمتعلق بالنقد والقرض، الجريدة الرسمية، المؤرخة في أول سبتمبر 2010، عدد 50، الصفحة 11.

35- القانون رقم 10-06 المؤرخ في 15 غشت 2010، المعدَّل والمتمّم للقانون رقم 04-02، المؤرخ في 23يونيو 2004، والمحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية، الجريدة الرسمية، المؤرخة في 18 غشت 2010، عدد 46، الصفحة 11.

36- قانون رقم 10-07 المؤرخ في 27 أكتوبر 2010، المتضمن الموافقة على الأمر رقم 10-01 المؤرخ في 26 غشت سنة 2010 والمتضمن قانون المالية التكميلي لسنة 2010، الجريدة الرسمية المؤرخة في 03 نوفمبر 2010، عدد 66، الصفحة 04.

II- المراسيم

37- المرسوم رقم 76-63 المؤرخ في 25 مارس 1976، المتعلق بتأسيس السجل العقاري، الجريدة الرسمية، المؤرخة في 13 أبريل 1976، عدد 30، الصفحة 498.

38- المرسوم التشريعي رقم 93-03 المؤرخ في 01 مارس 1993، المتعلق بالنشاط العقاري، الجريدة الرسمية، المؤرخة في 03 مارس 1993، عدد 14، الصفحة 04.

39- المرسوم التنفيذي رقم 94-69 المؤرخ في 19 مارس 1994، المتضمن المصادقة على نموذج عقد الإيجار، المنصوص عليه في المادة 21، من المرسوم التشريعي رقم 93-03، المؤرخ في أول مارس 1993، والمتعلق بالنشاط العقاري، الجريدة الرسمية، المؤرخة في 30 مارس 1994عدد 17، الصفحة 08.

40- المرسوم التنفيذي رقم 96 – 63 المؤرخ في 27 يناير 1996 يعرف النشاطات الفلاحية ويحدد شروط الاعتراف بصفة الفلاح و كيفياته، الجريدة الرسمية، المؤرخة في 28 يناير 1996، عدد 07، ص 12.

41- المرسوم التنفيذي رقم 97-40 المؤرخ في 18 يناير 1997، المتعلق بمعايير تحديد النشاطات والمهن المقننة الخاضعة للقيد في السجل التجاري و تاطيرها، الجريدة الرسمية، المؤرخة في 19 يناير 1997،عدد 5، الصفحة 07.

42- المرسوم التنفيذي رقم 97-41 المؤرخ في 18 يناير 1997، المتعلق بشروط القيد في السجل التجاري، الجريدة الرسمية، المؤرخة في 19 يناير 1997، عدد 5، الصفحة 10.

43- المرسوم التنفيذي، رقم 98-109 المؤرخ في 04 أبريل 1998، المحدد لكيفيات تحويل الصلاحيات المخولة لمكاتب الضبط وكتاب الضبط وأمناء كتاب الضبط في المحاكم، والمتعلقة بمسك السجلات العمومية، للبيوع و رهون حيازة المحلات التجارية، وإجراءات قيد الامتيازات المتصلة بها إلى المركز الوطني للسجل التجاري ومأموري المركز الوطني للسجل التجاري، الجريدة الرسمية، المؤرخة في 05 أبريل 1998، عدد 20، الصفحة 09.

44- المرسوم التنفيذي رقم 03- 453 المؤرخ في 01 ديسمبر2003 يعدل ويتمم المرسوم التنفيذي رقم 97-41 المؤرخ في 18 يناير 1997 المتعلق بشروط القيد في السجل التجاري المعدَّل والمتمّم، الجريدة الرسمية، المؤرخة في 07 ديسمبر 2003 ، عدد 75، ص. 13.

45- المرسوم التنفيذي، رقم 06-90 المؤرخ في 20 فبراير 2006، المحدد لكيفيات إشهار عمليات الإعتماد الإيجاري للأصول المنقولة، الجريدة الرسمية، المؤرخة في 26 فبراير 2006، عدد 10، الصفحة 24.

46- المرسوم التنفيذي، رقم 06-91 المؤرخ في 20 فبراير 2006، المحدد لكيفيات إشهار عمليات الإعتماد الإيجاري للأصول غير المنقولة، الجريدة الرسمية، المؤرخة في 26 فبراير 2006،عدد 10 ، الصفحة 28.

47- المرسوم التنفيذي رقم 08-156 المؤرخ في 26 ماي 2008، المتضمن تطبيق أحكام القانون رقم 07-11، المؤرخ في 25 نوفمبر2007، والمتضمن النظام المحاسبي المالي، الجريدة الرسمية، المؤرخة في 28 مايو 2008، عدد 27، الصفحة 11.

III- الأنظمة والقرارات

48- النظام رقم 92-01 المؤرخ في 22 مارس 1992، المتضمن تنظيم مركزية الأخطار وعملها، الجريدة الرسمية، المؤرخة في 07 فبراير 1993، عدد 08، الصفحة 12.

49- النظام رقم 92-05 المؤرخ في 22 مارس 1992، المتعلق بالشروط التي يجب أن تتوفر، في مؤسسي البنوك والمؤسسات المالية، ومسيريها وممثليها، الجريدة الرسمية، المؤرخة في 07 فبراير 1993، عدد 08 ، الصفحة 14.

50- النظام رقم 96-06 المؤرخ في 3 يوليو 1996، المحدد لكيفيات تأسيس شركات الإعتماد الإيجاري وشروط اعتمادها، الجريدة الرسمية، المؤرخة في 03 نوفمبر 1996، عدد 66، الصفحة 13.

51- النظام رقم 97-02 المؤرخ في 06 أبريل 1997، يتعلق بشروط إقامة شبكة البنوك والمؤسسات المالية، الجريدة الرسمية، المؤرخة في 05 نوفمبر 1997، عدد 73، الصفحة 52.

52- النظام رقم 02-05 المؤرخ في 31 ديسمبر 2002، يعدل ويتمم النظام رقم 97-02، المؤرخ في 06 أبريل 1997، والمتعلق بشروط إقامة شبكة البنوك والمؤسسات المالية، الجريدة الرسمية، المؤرخة في 09 أبريل 2003، عدد 25، الصفحة 27.

53- النظام رقم 05-05 المؤرخ في 15 ديسمبر2005، المتعلق بالوقاية من تبييض الأموال وتمويل الإرهاب ومكافحتهما، الجريدة الرسمية، المؤرخة في 23 أبريل 2006، عدد 26، الصفحة 20.

54- النظام رقم 06-02 المؤرخ في 24 سبتمبر 2006، المحدد لشروط تأسيس بنك ومؤسسة مالية،وشروط إقامة فرع بنك و مؤسسة مالية أجنبية، الجريدة الرسمية، المؤرخة في 02 ديسمبر 2006، عدد 77، ، الصفحة 66.

55- النظام رقم 07-01 المؤرخ في 03 فبراير 2007، يتعلق بالقواعد المطبقة على المعاملات الجارية مع الخارج والحسابات بالعملة الصعبة، الجريدة الرسمية، مؤرخة في 13 مايو 2007، عدد 31، الصفحة 14.

56- القرار الصادر عن وزير المالية بتاريخ 20 فبراير 2008، المحدد للنسبة القصوى لمساهمة بنك أو مؤسسة مالية، في رأسمال شركة تأمين و/أو إعادة التأمين، الجريدة الرسمية، المؤرخة في 30 مارس 2008، عدد 17،الصفحة 25.

57- القرار الصادر عن وزير المالية بتاريخ 26 يوليو 2008، المحدد لقواعد التقييم والمحاسبة ومحتوى الكشوف المالية وعرضها وكذا مدونة الحسابات وقواعد سيرها، الجريدة الرسمية، المؤرخة في 25 مارس 2009، عدد 19، الصفحة 03.

58- القرار المؤرخ في 27 نوفمبر 2008 المحدد للقائمة المؤقتة لأنواع وأصناف الحبوب و البطاطا وأنواع الشجار المثمرة والكروم المسموح بإنتاجها وتسويقها. الجريدة الرسمية المؤرخة في 28 يناير2009، عدد 07، ص. 16.

59- النظام رقم 08-04 المؤرخ في 23 ديسمبر 2008، المتعلق بالحد الأدنى لرأسمال البنوك والمؤسسات المالية العاملة في الجزائر،الجريدة الرسمية، المؤرخة في 24 ديسمبر 2008، عدد 72، الصفحة 34.

60- النظام رقم 09-03 المؤرخ في 26 مايو 2009، المحدد للقواعد العامة المتعلقة بشروط البنوك المطبقة على العمليات المصرفية، الجريدة الرسمية، المؤرخة في 13 سبتمبر 2009، عدد 53، الصفحة 23.

61- القرار الوزاري المشترك المؤرخ في 27 غشت 2009 يحدد قائمة المعدات الفلاحية المنتجة في الجزائر و المقتناة في إطار القرض الإيجاري والتي يعفى إيجارها من الرسم على القيمة المضافة. الجريدة الرسمية، المؤرخة في 14 أكتوبر 2009، عدد 59، ص 16.

62- المقـــرر رقـــم 10-01 المـــؤرخ فـــي 24 ينـــاير 2010، المتضـــمن نشـــر قائمـــة البنـــوك وقائمـــة المؤسســـات الماليـــة المعتمـــدة فـــي الجزائـــر، الجريـــدة الرســـمية، المؤرخـــة فـــي 10 فبرايـــر 2010، عـــدد 11، الصفحة 33.

******

الفهرس

المختصرات.....

المقدمة.....01

الفصـل الأول: الأطراف عقد الاعتماد الإيجاري.....16

المبحـث الأول: المؤجر.....20

المطلب الأول: الشروط المتعلقة بمرحلة التأسيس.....24

الفـرع الأول: الشروط العامة.....25

أولاً.- استبعاد الأشخاص الطبيعية لصالح الأشخاص المعنوية.....25

ثانياً.- اشتراط الشكل القانوني لشركات المساهمة في الشخص المعنوي.....28

الفرع الثاني: الشروط الخاصة.....33

أولاً.- التزام الشروط القانونية لطلب تأسيس البنوك أو المؤسسات المالية أو إقامة فروعها الأجنبية.....34

I- القوانين الأساسية وتعديلها.....36

II- رأس المال الاجتماعي لمؤسسة القرض.....37

أ- رأسمال مبرأ كلية ولا يقل عن الحد القانوني الخاص.....37

ب- مدى حرية التصرف في الأسهم والتحكم في نوعية المساهمين.....40

ج- المساهمات.....41

III - المسيرين.....43

أ- شروطهم العامة المتعلقة بصفتهم التجارية.....44

ب- شروطهم الخاصة بكفاءتهم وشرفيتهم.....47

IV- اعتماد قائمة المسيرين.....50

أ- شرط تعيين شخصين على الأقل لتحمل أعباء التسيير.....53

ب- شرط المقيم بالنسبة للمسيرين.....57

ثانياً.- الحصول على الترخيص لإجراء القيد في السجل التجاري.....61

المطلب الثاني: الشروط المتعلقة بمرحلة النشاط.....65

الفرع الأول: الحصول على الاعتماد لبدء النشاط.....66

الفرع الثاني: الحفاظ على الاعتماد لاستمرار النشاط.....69

الفرع الثالث: ضرورة الاعتماد للقيام بالعمليات المصرفية على وجه الاعتياد.....71

الفرع الرابع: أهمية الاعتماد في حماية الاحتكار القانوني للتسمية.....74

الفرع الخامس: أهمية الاعتماد في حماية الاحتكار القانوني على العمليات المصرفية..... 75
أولاً: الاحتكار العام..... 76
ثانياً: الاحتكار الخاص..... 78
المبحث الثاني: المستأجر..... 79
المطلب الأول: شرط صفة المتعامل الاقتصادي..... 80
الفرع الأول: التاجر..... 82
الفرع الثاني: الحرفي..... 86
الفرع الثالث: المنتج..... 91
أولاً- المنتج في مجال النشاطات الفلاحية وتربية المواشي..... 92
ثانياً- المنتج في مجال الصيد البحري وتربية المائيات..... 96
ثالثاً- المجال الموسع لنشاط المنتج..... 99
الفرع الرابع: مقدم الخدمات..... 100
المطلب الثاني: شرط الاستعمال المهني للأصل..... 103
الفصل الثاني: موضوع عقد الإعتماد الإيجاري..... 108
المبحث الأول: أنواع الأصول التي تصلح محلاً للاعتماد الإيجاري..... 109
المطلب الأول: الأصول المنقولة..... 109
الفرع الأول: الأصول المنقولة المادية..... 110
الفرع الثاني: الأصول المنقولة المعنوية..... 117
أولاً- إشكالية اعتبار "المؤسسات الحرفية" محلاً للعقد..... 117
ثانياً- إشكالية استبعاد عقد التسيير الحر..... 121
ثالثاً- المحل التجاري كأصل منقول معنوي وحيد، لنشاط الحرفي أو التاجر..... 123
I- المحل التجاري المؤجر لاستغلال نشاط تجاري..... 125
II- المحل التجاري المؤجر لاستغلال نشاط حرفي..... 127
المطلب الثاني: الأصول غير المنقولة..... 130
الفرع الأول: الأصول غير المنقولة المشتراة مبنية..... 131
الفرع الثاني: الأصول غير المنقولة المراد بنائها..... 134
المبحث الثاني: الآثار القانونية المتعلقة بموضوع العقد..... 135
المطلب الأول: مشروعية السبب وأنواع العقد..... 135

الفـرع الأول: مشروعية سبب العقد، بوصفه قرضاً بحسب موضوعه..... 136

أولاً- مركزية المخاطر..... 137

ثانيا- واجب الإخطار بالشبهة..... 139

الفـرع الثاني: أنواع العقد بحسب موضوع التعاقد..... 141

أولاً- عقد الإعتماد الإيجاري للأصول المنقولة..... 141

ثانياً- عقد الإعتماد الإيجاري المتعلق بالمحلات التجارية والمؤسسات الحرفية..... 143

ثالثاً- عقد الاعتماد الإيجاري للأصول غير المنقولة..... 145

المطلــب الثاني: إثبات العمليات الواقعة على موضوع العقد..... 146

الفـرع الأول: بالنسبة للأصول المنقولة..... 148

الفـرع الثاني: بالنسبة للأصول غير المنقولة..... 155

الخاتمــة..... 160

قائمة المراجع والنصوص القانونية..... 166

الفهرس..... 175

****

ملخص

إن موضوع المذكرة الحالية يركز على الشروط الخاصة التي تدخل في تكوين عقد الاعتماد الايجاري، من خلال ركنين إثمين، الأول يتعلق بالأطراف من خلال الشروط المتعلقة بالمؤجر بوصفه مؤسسة قرض سواء تعلق الأمر ببنك أو بمؤسسة مالية أو شركة اعتماد إيجاري، وكذلك الشروط المتعلقة بالمستأجر يوفيه المستعمل المهني للأصل لغايات مهنية. أما الركن الثاني فيتعلق بمحل العقد أي الأصل المستأجر وذلك بتحديد أنواعه وطرق إثبات التعاقد الواقع عليه سواءً كان ذو طبيعة عقارية أو ذو طبيعة منقولة مادية أو معنوية.

الكلمات المفتاحية:

الاعتماد الايجاري؛ أطراف العقد؛ المؤجر؛ المستأجر؛ محل العقد؛ أنواع محلات العقد؛ الأصول المنقولة؛ الأصول غير المنقولة؛ المحلات التجارية؛ المؤسسات الحرفية.