



جامعة أبي بكر بلقايد - تلمسان -

كلية الحقوق والعلوم السياسية



النظام القانوني للاحتفاظ بالملكية
في عقد الاعتماد الاجاري للمنقولات
(دراسة مقارنة)

رسالة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص

إشراف الأستاذ الدكتور:

رايس محمد

إعداد الطالبة:

بن شنوف فيروز

لجنة المناقشة

رئيسا	جامعة تلمسان	أستاذ التعليم العالي	أ.د. يوسف فتيحة
مشرفا ومقررا	جامعة تلمسان	أستاذ التعليم العالي	أ.د. رايس محمد
مناقشا	جامعة تيارت	أستاذ محاضر "أ"	د. مقني بن عمار
مناقشا	جامعة تيارت	أستاذ محاضر "أ"	د. بلقنيشي لحبيب
مناقشا	المركز الجامعي تيسمسيلت	أستاذ محاضر "أ"	د. بوراس محمد

السنة الجامعية: 2017/2016

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

عَلَّمَ الْإِنْسَانَ مَا لَمْ يَعْلَمِ

صَدَقَ اللَّهُ الْعَظِيمُ

سورة العلق: الآية 05.


كلمة شكر وتقدير

دائما هي سطور الشكر والثناء في غاية الصعوبة عند الصياغة، ربما لأنها تشعرنا دوما بقصورها وعدم إيفائها حق من تهديه هذه الأسطر، غير أن من لم يشكر الناس لم يشكر الله، فلا أجدني في مقامي هذا إلا منحنية أقدم أسمى آيات الشكر والتقدير إلى:

-الأستاذ الدكتور رايس محمد الذي شرفني بقبوله الإشراف على رسالتي، وسخر لي من وقته -رغم كثرة انشغالاته- حيزا كلما احتاج البحث إلى ذلك، وأبى إلا أن أهمل مما جادت به قريحته العلمية، فكان لنا نعم المشرف ونعم المعلم، فله مني خالص الشكر ووافر الامتنان عما بذله من جهد.

- الأساتذة الكرام أعضاء لجنة المناقشة الذين نلت شرف مشاركتهم في لجنة الحكم على الرسالة، وإنه لفخر كبير لي أن يشاركوا في تقييم عملي المتواضع، فلهم مني جزيل الشكر والتقدير.

- وإلى كل من ساهم من قريب أو من بعيد في إنجاز هذا البحث على الصورة التي هو عليها اليوم.



إهداء

إلى من أرضعت قلبي صفى الحب في صغري، ولا زالت تجود له ولم تفضمه في الكبر، وتفتح قلبها الحاني له مهذا
مدى العمر،... إلى أُمي الغالية.

إلى من كان يرعاني بلا كلل بلا ضجر، ويعطيني بلا من عطاء الأرض للشجر،... إلى روح والدي.


إلى فلذات كبدي وقرّة عيني، رهف، محمد أكرم، سيرين.

إلى زوجي الكريم ورفيق الدرب الذي لم يدخر جهدا في مد يد العون والمساعدة.

إلى إخوتي وأخواتي أصلح الله أحوالهم وبلغهم آمالهم، و إلى جميع أفراد أسرتي.

إلى وطني الغالي الجزائر

إلى كل هؤلاء أهدي هذا العمل المتواضع...



ملخص: قائمة الاختصارات باللغة العربية:

جزء	ج
جريدة رسمية	ج ر
عدد	ع
صفحة	ص
الطبعة	ط
ق.م.ج القانون المدني الجزائري	
القانون المدني الفرنسي	ق.م.ف

Liste des principales abréviations et sigles

- Act. proc. coll. Actualité des procédures collectives
- Aff. Affaire
- Art. Article
- Banque Revue Banque (Banque Magazine)
- Banque et droit Revue Banque et droit
- Bull. civ. Bulletin des arrêts civils de la cour de cassation
- CA. Arrêt rendu par la cour d'appel
- Cah. dr.ent. Cahier de droit de l'entreprise
- Cass. civ. Arrêt de la chambre civile de la cour de cassation
- Cass. com. Arrêt de la chambre commerciale de la cour de cassation
- Ch. mixte. Chambre mixte de la cour de cassation
- Chron. Chronique
- C. civ. Code civil
- C. com. Code de commerce

- C. mon. Fin.	Code monétaire et financier
- Comm.	Commentaire
- D.	Recueil Dalloz Sirey
- D. Aff.	Dalloz Affaires
- Defrenois	Répertoire de notariat Defrénois
- Doctr.	Doctrine
- Dr. et Proc.	Revue droit et procédures
- Droit et patr.	Revue droit et patrimoine
Dr. Sociétés	Droit et sociétés
éd.	Edition.
Fasc.	Fascicule
Gaz. Pal.	Gazette du Palais
Gaz. proc. coll.	Gazette des procédures collectives
Ibid	Au même endroit
Infra	Ci-dessous
IR	information rapide
J. Cl.	Juris-Classeur
JCP	Juris-Classeur périodique (Semaine juridique)
JO	Journal Officiel
L.	Loi
LGDJ	Librairie générales de droit et de la jurisprudence
LPA	Les Petites Affiches
N°/n°	Numéro
Obs.	Observations
OHADA	Organisation pour l'harmonisation en Afrique du droit des Affaires

Op.cit.	Ouvrage cité
p.	Page
Préf.	Préface
PUF.	Presse Universitaire de France
R.D.	Recueil Dalloz
Rec.	Recueil
Rep.civ.	Répertoire de droit civil Dalloz
Rep.com.	Répertoire de droit commercial Dalloz
Req.	Chambre des requêtes de la cour de ...
Rev. des contrats	Revue des contrats
Rev. éco. fin.	Revue d'économie financière
Rev. juris. com.	Revue de jurisprudence commerciale
Rev. proc. coll.	Revue de procédures collectives
RDC.	Revue de droit commercial (Belgique)
RTD. civ.	Revue trimestrielle de droit civil
RTD. com.	Revue trimestrielle de droit commercial
s.	et suivants
Somm.	Sommaire
Spec.	Spécialement/n° special
Supra	Ci-dessus
T./t.	Tome
Trib. com.	Tribunal commercial
V.	Voir

مقدمة

إن ارتباط الائتمان بالعقود الممتدة في الزمان، نتج عنه تلازم حتمي بين فكري الائتمان والمخاطر، وقد كان لذلك أثره في ضرورة البحث عن وسائل فعالة وناجعة للضمان لمواجهة هذه المخاطر بحيث تكفل للمؤسسات الائتمانية حقوقها عند المطالبة بها.¹

فالترايط الوثيق بين الضمانات والائتمان،² يعد حقيقة لا يمكن إنكارها، علما بأن هذه العلاقة أضحت مرتبطة بمتغيرات جديدة أثرت بشكل حاسم فيها، ويتعلق ذلك تحديدا بقوانين الصعوبات المالية للمشروعات التي تبنت تصورات جديدة أدت إلى خلخلة التصور التقليدي لنظام الإفلاس.³

كما أن الممارسة أدت إلى وجود نوع جديد من الضمان، يتمثل في الملكية في حد ذاتها، بل إن التشريعات تتجه إلى اعتماد هذا النوع من الضمان، خاصة وأن الواقع العملي قد أبرز عجز وسائل الضمان التقليدية،⁴ فالصعوبات المرتبطة بهذه الأخيرة أدت بالممارسة إلى إيجاد ضمانات أخرى تتمثل أساسا في توظيف حق الملكية في مجال الضمان.⁵

¹ - والواقع يبرر أن للضمان مفهومين واسعاً، فهو يشمل مجموعة من الوسائل والأدوات، منها ما هو مقترن برابطة الالتزام، كالحق في الحبس، الحق في الفسخ، الدعوى المباشرة، الضمان العام... الخ، ومنها ما هو اتفاقي ينشأ عن طريق العقد، كالتأمينات العينية والشخصية.

² - Y. Cartier, Rapport de synthèse, Colloque de Deauville sur l'évolution des sûretés, Rev. Jur. com., fèv. 1982, n° 36, p. 136.

³ - د/ محمد العلواني، توظيف الملكية كضمان في عمليات الائتمان، دار الأمان، الرباط، ط. 1، 2012، ص 457.

⁴ - J.-C. Teurlai, « Les déterminants de la demande en crédit-bail », Rev. éco. fin. 1999.151; Ch. Bruneau, Le crédit-bail mobilier, la location de longue durée et la location avec option d'achat, Banque éditeur, Paris, 1999, p. 15.

⁵ - غير أن استعمال الملكية كضمان كان موجوداً قبل ذلك في ظل القانون الروماني، فالراهن كان ينقل ملكية أمواله إلى الدائن وكانت هذه الوسيلة معروفة باسم التصرف الائتماني "Fiducie"، إلا أن هذه التقنية لم تجسد في القانون المدني القديم لأنها لا تفيد بشيء لأن الرهن الرسمي والحيازي كانا يشكلان في ذلك الوقت تأمينات فعالة وكافية للدائنين والمدينين، ولكن بظهور أزمة التأمينات العينية والشخصية فإن الممارسة أدت بالرجوع إلى استعمال حق الملكية كضمان، فأصبح البائع مثلاً يشترط الاحتفاظ بملكية المبيع إلى أن يقوم المشتري بالوفاء بالثمن، كما أصبح البنك حالياً في مجال بيع السيارات بالتقسيط يحتفظ بملكية العين إلى أن يتم الوفاء بآخر قسط، انظر في ذلك:

D. Legeais, Sûretés et garanties de crédit, LGDJ, Paris, 2006, p. 122;

د/ نبيل ابراهيم سعد. الضمانات غير المسماة في القانون الخاص، منشأة المعارف، الاسكندرية، 1991، ص 169، صليحة حاجي، الائتمان التجاري العقاري بين النظري والتطبيق، العقار والاستثمار (أشغال الندوة الوطنية المغربية في العقود والعقار)، جامعة محمد الأول، وجدة، دار النشر الجسور، ط1، 2007، ص 314.

وقد أصبح شرط الاحتفاظ بالملكية يشكل تعبيرا واضحا عن الاتجاه نحو توظيف الملكية كوسيلة

للضمان، بالإضافة إلى مفهومها الأساسي كحق عيني أصلي يخول لصاحبه مكنات محددة.¹

كما شكل توظيف الملكية كضمان، أحد المواضيع التي حظيت باهتمام بالغ في مجال قانون

التأمينات، وكذا قانون الائتمان، بل عدت في فرنسا -وإلى حد اليوم- من الظواهر القانونية التي أثارت

العديد من الجدالات الفقهية، والردود القضائية، وذلك منذ النصف الثاني من القرن العشرين، وبالتحديد

مع بداية الستينات.²

بالمقابل ارتبط ذلك بالتحولات الهامة والتنوع التي طالت قوانين الإجراءات الجماعية تحديدا، هذه

الأخيرة التي عملت على التقليل من فعالية التأمينات العينية عند افتتاح إجراءات المعالجة في مواجهة

المشروعات، خصوصا إذا كان اصحاب هذا النوع من التأمينات من الدائنين السابقين على حكم افتتاح

هذه الإجراءات. وهذا يجسد لا محالة، تراجعاً لهيمنة سلطة الدائنين، التي شكلت إحدى السمات

التقليدية، لقانون الإفلاس الذي لم يكن في حقيقة أمره إلا طريقة جماعية للتنفيذ على أموال المدين.³

ولقد أدى استعمال حق الملكية بهدف الضمان -سواء من خلال صورة الاحتفاظ بها من طرف

الدائن أو نقلها إليه من قبل المدين- إلى إدخال هذه الضمانة ضمن تقنيات تعاقدية مختلفة، فعلى سبيل

المثال، إن إدراج شرط الاحتفاظ بالملكية لم يعد مقتصرًا على عقد البيع في صورته العادية، إذ أن العوامل

الاقتصادية أدت إلى ظهور أنواع جديدة من العقود يصعب إدراجها ضمن طائفة العقود التي نظمها المشرع

¹ - P. Crocq, Propriété et garantie, préf. M. Gobert, LGDJ, 1995, p2.

² - Masamichi Nozawa, «Le transfert de propriété à titre de garantie en droit français et droit japonais», R.I.D.C., 3-2001, p. 657.

³ - عبد الحميد أخريف الدور القضائي الجديد في القانون المغربي لصعوبات المقاول، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص، جامعة محمد الأول وجدة، السنة الجامعية 2000-2001، ص 9.

المدني، وهي تقوم بدورها على توظيف آلية الملكية على سبيل الضمان،¹ ومن هذه العقود الشائعة في وقتنا الحاضر عقد الاعتماد الإيجاري الوارد على المنقول المادي،² والذي حظي بتنظيم تشريعي في العديد من الدول، غير أن مواقف التشريعات لا تقف على قدم المساواة من مختلف المسائل التي يثيرها الاحتفاظ بالملكية في هذا النوع من العقود.

وترتكز فكرة الإيجار في الاعتماد الإيجاري على أساس التمييز بين الملكية والاستعمال. فبعد أن كان الانسان ينظر للأولى نظرة متعالية ومتكبرة مقارنة بالإيجار، تغيرت اليوم النظرة الفلسفية والقانونية والاقتصادية والسياسية للإيجار. حيث أصبح يحتل مرتبة أرفع من الملكية، رغم أن كلا من الإيجار والملكية ظاهرتان مترابطتان عادة ارتباطا متناغما³ -une symbiose- ذلك أن الإنسان لطالما اعتقد عبر الأزمنة بأن الملكية تعبر عن القوة والتفوق، في البداية عن طريق الصيد، ثم الزراعة، ثم الملكية المعترفة كمصدر

¹ - وقد ظهر هذا العقد لأول مرة في الولايات المتحدة الأمريكية خلال سنة 1952 بمبادرة من أحد رجال الأعمال هو (D. P. Bouthe Junior) حيث تبنته بسعة المؤسسات المالية والبنوك، وأعطته دفعة ضمنت له ازدهارا سريعا وعرف العقد عبر العالم باسم اللينغ Leasing من الكلمة الانجليزية to lease أي أجر.

وبعد عشر سنوات من ظهور اللينغ في الولايات المتحدة الأمريكية عبر المحيط الأطلسي إلى أوروبا حيث عرف هناك نجاحا كبيرا وخاصة في فرنسا، التي بادرت بعد سنوات قليلة إلى محاولة تقنينه بقانون صدر في سنة 1966، وقبل ذلك عرف عقد الاعتماد الإيجاري في فرنسا منذ سنة 1957 مع انشاء بنك "L'indochine" لشركة الدراسات والمساهمة المالية والتقنية "Sepafitec" التي اهتمت بتجربة بعض عمليات إيجار المعدات الصناعية ليبرم أول اعتماد إيجاري في 1968/6/22 مع إحدى شركات مجموعة "Treco". ولما كانت النتائج إيجابية أصبحت "Sepafitec" في سنة 1962 "Locafrance" بعد تعديل تسميتها، أنظر في نشأة هذه التقنية التعاقدية بالتفصيل:

BEY, «De la symbiotique dans les leasing et crédit-bail mobilier », 1970, Dalloz, p. 3 et s.; P. Philipposian, Le crédit-bail et le leasing, Edition SEFI, Montréal, 1998, P. 6; M. Lauré, «L'apport du crédit-bail aux techniques financière, l'exemple français », Banque, 1977, p. 797.

² - والحقيقية أن الدائنين عندما يلجأون إلى هذا النوع من الضمانات، فهذا لا يعني بأنه الضمان المطلق، بل هناك معطيات واقعية وقانونية تنتقص من قيمته ومن درجة فعاليته يمكن ردها إلى :

1. طبيعة المال محل الضمان (عقار- منقول- حق شخصي)

2. خضوع المال محل الضمان لإجراءات شهر معينة من عدمه

3. طبيعة السلطات التي تبقى بيد المدين على المال موضوع الضمان

لذلك فإذا كان محل الضمان عقارا فإن هلاكه أو تحويله يبقى محدودا نسبيا.

بالمقابل، يصبح الأمر مختلفا، عندما يكون موضوعه منقولا - وهو الحال في موضوع بحثنا هذا- مع غياب شهر إيجاري له، فإن هذا يعرضه من الناحية الواقعية لإمكانية التصرف فيه من طرف المدين إلى الغير، الذي يتمسك بملكته عملا بقاعدة الحياة في المنقول سند الملكية.

³ - BEY, De la symbiotique, op.cit., p. 3.

للتبادل وصولاً إلى اعتبارها عنصراً للقوة، ما يميز الحاكم والمحكوم، الغني والفقير، بين رب العمل والعامل، وبين من يمارس السلطة بالأوامر ومن يتلقاها ويخضع لها لينفذها، إلى أن يصبح هذا الأخير بدوره غنياً ومالكا لوسائل الإنتاج وليس مجرد حائز لها.

لكن بظهور عقد الاعتماد الإيجاري للمنقول الذي يميز بين الملكية والاستعمال، انفصلت ظاهرتا الملكية القانونية عن الملكية الاقتصادية،¹ فتغيرت النظرة إلى الملكية.² إذ أصبح يرى بأنه من غير المجدي والنافع التوفر على وسائل إنتاج غير مستغلة، أو مستعملة لكن بشكل سيء، غير كاف وفعال، أو غير مستعملة أصلاً. فلم يعد ينظر إلى الثروة كمعيار للسلطة أو التحكم والتفوق، حيث يكون رأس المال فيه جامداً غير منتج، الأمر الذي جعل الملكية تفقد جاذبيتها ووظيفتها التقليدية ليحل محلها تفكير ونظرة مغايرة³ تماماً وهي ضرورة استغلال واستثمار وسائل الإنتاج والتجهيز.

فالثروة الحقيقية تتمثل في الاستعمال وليس في مجرد التملك.⁴ فالمهم بالنسبة للمستفيد - المستأجر- هو تمكنه من استخدام الأصل الانتاجي دون أن يملكه قانوناً، لأن المهم لديه من الناحية الاقتصادية هو الحصول على عائد هذا الاستغلال بصرف النظر عن السند القانوني لحيازته: هل هو حق الملكية أم عقد الإيجار.

وقد سعى المشرع الجزائري إلى مواكبة طرق التمويل المستجدة ومنها الاعتماد الإيجاري للمنقول، فنظم هذا الأخير بمقتضى الأمر رقم 96-09 المؤرخ في 10 يناير 1996،⁵ والمرسوم التنفيذي رقم 06-90 المؤرخ في 20 فبراير 2006⁶ والمحدد لكيفية إشهار عملية الاعتماد الإيجاري للأصول المنقولة، وقبل

¹ - G. Blanluet, Essai sur la notion de propriété économique en droit privé français, Recherches au confluent du droit fiscal et du droit civil, t. 313, Préf. P. Catala et M. Cozian, LGDJ., Paris, 1999.

² - لكن البعض يتساءل حول مقدرة طرح فكرة حق الملكية لتأدية الغاية من الضمان، وبالتالي تحقيق ما ينتغيه الدائنون من حماية عند افتتاح الإجراءات في مواجهة مدينهم، وبالتالي تأكيد مقولة: "الملكية سلاح مطلق"

«La propriété est une arme absolue»

أنظر في ذلك:

Cabrillac M. et Mouly C., Droit des sûretés, Litec, 1993, p. 409.

³ - هاني محمد دويدار. النظام القانوني للتأجير التمويلي، مكتبة الإشعاع الفنية، ط. 2، 1998، ص 102 وما بعدها.

⁴ - « La richesse consiste bien plus dans l'usage, que dans la propriété » Aristote.

⁵ - الأمر رقم 96-09 مؤرخ في 10 يناير سنة 1996، يتعلق بالاعتماد الإيجاري، ج ر، عدد 3، ص 25.

⁶ - مرسوم تنفيذي مؤرخ في 20 فبراير سنة 2006، ج ر رقم 10، ص 24 (تضمن تسع مواد).

ذلك ظهرت إمكانية إدخال نظام الاعتماد الإيجاري كوسيلة من وسائل تمويل الاستثمار منذ صدور قانون النقد والقرض رقم 90-10 المؤرخ في 14 أبريل 1990.¹

وتجب الإشارة بأن الاعتماد الإيجاري عموما يعرف عدة صور في النظام الأنجلوسكسوني،² كما أن مفهوم عملية الاعتماد الإيجاري يختلف من دولة إلى أخرى، والجزائر لا تعرف إلا الاعتماد الإيجاري المالي وهو الصورة الأكثر شيوعا وانتشارا له في العالم.³

وقد عرفت المادة الأولى⁴ من الأمر رقم 96-09 الاعتماد الإيجاري بأنه عملية تجارية ومالية يتم تحقيقها من قبل البنوك والمؤسسات المالية أو شركة تأجير مؤهلة قانونا ومعتمدة صراحة بهذه الصفة، مع المتعاملين الاقتصاديين الجزائريين أو الأجانب أشخاصا طبيعيين كانوا أم معنويين تابعين للقانون العام أو

¹ وتجدر الإشارة إلى أن الجزائر في أواخر الثمانينات بدأت سياستها المالية الإصلاحية، والتحول من الاشتراكية إلى الرأسمالية والليبرالية، فبعد تعديل دستور سنة 1989 وظهور الحرية السياسية والديمقراطية، كان من الضروري تغيير سياسة الجزائر الاقتصادية لمواجهة مصيرها السياسي الذي يعيش سنواته الأولى خاصة تحت الضغوط التي مارسها صندوق النقد الدولي والبنك العالمي على الجزائر بسبب الديون الخارجية التي بلغت حدا كبيرا. ولأجل مواجهة أزمتها الاقتصادية الحادة لم تجد الجزائر سوى اللجوء إلى المجال القانوني، لذلك صدر القانون رقم 90-10 المتعلق بالنقد والقرض الذي تم تعديله سنة 2003.

رغم أن الدراسات التي أجريت على الاقتصاد الجزائري تؤكد بأن الحل الوحيد للمشكلة الاقتصادية يعتمد أساسا على ضرورة الزيادة في الطاقة الإنتاجية. لكن نظرا لما يعانيه الاقتصاد الجزائري من ضعف في هيكله الانتاجي وعدم التوفر على القدرة التمويلية اللازمة لإجراء عمليات الإحلال أو التجديد من جهة ومن جهة أخرى وجود قيود على القروض المقدمة من البنوك، هذا كله لم يسمح بإمكانية إدخال نظام الاعتماد الإيجاري ضمن المنظومة التشريعية الجزائرية، انظر في دراسات الأوضاع الاقتصادية انذاك:

«Lettre d'information», Revue éditée par la chambre de commerce d'Algerie, févr. 1996, n° 59, pp. 3 et s; «Mutations», Revue trimestrielle éditée par la chambre national de commerce, 15 mars 1996, pp. 10 et s.

² - يحتوي الاعتماد الإيجاري على ثلاثة أنواع رئيسية هي: الاعتماد الإيجاري المالي Financial-Lease، والاعتماد الإيجاري التشغيلي Operating-Lease، والاعتماد الإيجاري اللاحق Lease-Back

³ - وذلك راجع إلى كون أن ممارسة شركات الاعتماد الإيجاري للإيجار التشغيلي والاعتماد الإيجاري المرتد قد تحتاج إلى مؤسسات مالية ضخمة تضطلع بانتاج السلع الرأسمالية أي الأصول الإنتاجية، حيث مازال الوضع يعتمد على ما يتم استيراده منها من الخارج، وإن وجد إنتاج فهو في الغالب تركيبى أكثر منه تصنيع.

⁴ - فيما عرفه المشرع الفرنسي في نص المادة L.313-7/1 من تقنين الصرف والمالية:

Art. L313-7/1: «Les opérations de crédit-bail mentionnées par la présente sous-section sont:

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...»

والغريب في الأمر أن المشرع الفرنسي لحد الآن يغفل في تعريفه لعقد الاعتماد الإيجاري للمنقولات أحد الخيارات المتاحة للمستأجر في نهاية مدة الإيجار، إذ أنه لم ينص إلا على خيار تملك المستأجر للأصول المؤجرة أو عدم تملكها بردها إلى المؤجر، مغفلا بذلك خيار تجديد مدة الإيجار. ولا يعني ذلك عدم جواز الاتفاق على تمويل المستأجر حق طلب تجديد مدة الإيجار. وكذلك أغفل المشرع الفرنسي تحديد عناصر الاتفاق، والمتمثلة بعدم قابلية مدة الإيجار للإلغاء وكيفية تحديد الأجر، ويبدو أنه تركها لسلطان الإرادة؛ انظر كذلك بالنسبة للمشرع المصري المادة الثانية بند أول من القانون رقم 95 لسنة 1995؛ وانظر المادة الثالثة من قانون الأبنك المغربي (ظهير 07 يوليو 1993)، وكذا المادة 431 من مدونة التجارة المغربية.

الخاص، وهي تكون قائمة على عقد إجبار يمكن أن يتضمن أو لا يتضمن حق الخيار بالشراء لصالح المستأجر.

كما أنها تتعلق فقط بأصول منقولة أو غير منقولة ذات الاستعمال المهني أو بالمحلات التجارية أو بمؤسسات حرفية.

وستكون دراستنا مقتصرة على الاعتماد الإيجاري للأصول المنقولة، وقد نصت المادة الثالثة من الأمر رقم 96-09 على أن عقد الاعتماد الإيجاري يعرف بأنه منقول عندما يخص أصولاً منقولة تتشكل من تجهيزات أو مواد أو أدوات ضرورية لنشاط المتعامل الاقتصادي.

ويعد هذا العقد وسيلة حديثة لمنح الائتمان، احتلت مكانة مرموقة في الأسواق المالية لإمداد المشروعات الصناعية والتجارية بالتجهيزات والأدوات اللازمة، فالشخص أو المشروع الذي يحتاج إلى منقول لاستغلاله، وليس لديه رأس المال اللازم لشرائه، ولا يرغب في الاقتراض، فيقوم بإبرام عقد مع شركة الاعتماد الإيجاري تلتزم بمقتضاه هذه الأخيرة بشراء الأصول المنقولة التي يحتاجها المشروع من البائع أو المورد، ثم تؤجره لعميلها للمدة المتفق عليها، ومقابل ذلك يدفع المستأجر أجرة للشركة المالكة.¹

وما يميز هذا العقد هو أن المؤجر الدائن، يبحث عن ضمان سهل، بسيط، وقوي في نفس الوقت، فكان أن تم توظيف الاحتفاظ بالملكية كوسيلة ضمان بمقتضى المادة 19 من الأمر المشار إليه آنفاً، والتي نجدها تنص على أن المؤجر يبقى صاحب ملكية الأصل خلال كل مدة العقد، وإلى غاية تحقيق شراء المستأجر لهذا الأصل، في حالة ما قرر هذا الأخير حق الخيار بالشراء عند انقضاء فترة الإيجار غير القابلة للإلغاء.

وبالإضافة إلى الامتياز السابق الذي تحيط به المادة 19 الشركة المؤجرة، نجد أن المشرع -واستثناء من القواعد العامة- لا يحمل هذه الشركة بتكاليف صيانة أو إصلاح الأصول المؤجرة، أو أية أعباء أخرى

¹ - وعلى هذا الأساس يعد عقد الاعتماد الإيجاري آلية لتحقيق التمويل العيني المنقول، والذي من خلاله يستطيع المشروع الحصول على ما يحتاج إليه من أصول رأسمالية منقولة سواء عند بداية التأسيس أو عند إحلال أو تجديد المعدات دون أن يستنفذ الموارد المالية الموجودة لديه في حالة شراء هذه الأصول، إذ يلجأ المشروع إلى إحدى الشركات المتخصصة في نشاط الاعتماد الإيجاري، ويرم معها عقداً بمقتضاه تلتزم الشركة المؤجرة بشراء المعدات والأصول المنقولة التي يحددها المشروع من عند المورد الذي يختاره وبما يتفق واحتياجاته.

تتعلق بهذه الأصول. كما أنه في حالة تعرض المشروع المستأجر لحالة الإفلاس فإنه يكون لشركة الاعتماد الإيجاري امتياز قانوني تستطيع من خلاله، أن تتقدم على الدائنين الآخرين للمستأجر وذلك بعدم تمكينهم من متابعة الأصل المنقول المؤجر مهما كانت وضعيتهم القانونية، وعدم تمكنهم من التمسك بقاعدة الحيابة في المنقول سند الملكية، وبما أن هذه الوسيلة لا يمكنها تفادي خطر انتقال الأصول المنقولة المؤجرة إلى الغير حسن النية، فإنه كثيرا ما تفلح الشركة المؤجرة في استرداد المنقولات التي أجزتها للمدين، بشرط مراعاتها لإجراءات الشهر القانوني للعملية التي حددها المشرع الجزائري على غرار جل التشريعات المقارنة من خلال إصداره للمرسوم التنفيذي رقم 06-09 المؤرخ في 20 فبراير 2006 والمحدد لكيفيات إشهار عمليات الاعتماد الإيجاري للأصول المنقولة.

وبالنسبة لأهمية نظام الاعتماد الإيجاري -مقارنة بمصادر التمويل التقليدية-¹ فيلاحظ أنه قد وفر مشاق كثيرة على المشروعات سواء القائمة منها أو تلك التي بصدد الإنشاء فقد يكون للمشروع موارد مالية، لكنه لا يريد استنفادها فله عندئذ الرجوع إلى الاعتماد الإيجاري،² وبدلا من أن يجمد رأس المال بشراء الآلات والمعدات اللازمة للتشغيل تقوم الشركة المؤجرة أو المؤسسة المالية بذلك ثم تؤجرها له مع وعد بالبيع خلال مدة الإيجار والتي تطابق عموما المدة المتوقعة للعمر الاقتصادي³ للأصل المنقول المؤجر والتي يتم تحديدها بالعقد، ولقاء أجرة يتفق عليها الطرفين، بحيث تغطي الأجرة بجملتها ثمن الشراء وتكاليف الصفقة والفوائد ويضاف إليها هامش ربح معقول لهذه الشركة،⁴ وتبقى الأصول المنقولة على ملكية الشركة المؤجرة.

فوفقا لنظام الاعتماد الإيجاري تقوم الشركة الممولة بشراء ما يحتاج إليه المشروع من أصول منقولة، والذي يكون بناء على طلب المشروع الذي يرغب في الاستحواذ على أصل انتاجي معين أو بإجراء توسيع

¹ - إذ تعدد مصادر تمويل المشروعات فقد تكون داخلية معتمدة على إمكانيات المشروع ومنظمه، كما أنها قد تكون خارجية معتمدة على ما يقدمه الغير عند اللجوء إليه. ولكل من هذه المصادر شروطه وظروفه، يضاف إلى ذلك المخاطر التي قد تعود على المشروع نتيجة استعماله لمصدر دون آخر. وهكذا فإن الاعتماد الإيجاري يعد في الحقيقة ابتكارا وتأصيلا في ميدان التمويل التجاري دعت إليه حاجة المشروعات الملحة للسيولة المالية، وكذلك تسارع الاختراعات العلمية مما يدعو إلى التجديد المستمر لوسائل الانتاج الآلية في الوقت الذي عجز فيه التمويل الذاتي وكذلك نظام القروض التقليدية على مواجهة هذه المعضلة.

² - Ch. Champaud, «La loi du 2 juillet 1966 sur le crédit-bail », JCP., G. 1966, I, 2021.

³ - وخلال هذه المدة المسماة غير قابلة للإلغاء، يكون العقد غير قابل للرجوع فيه، انظر المادة 12 من الأمر رقم 96-09.

⁴ - وهكذا يتم إهلاك الأصول المؤجرة ضريبيا بالكامل لتصبح القيمة المتبقية محاسبيا تقريبا تساوي لاشيء، انظر المادة 14 من الأمر رقم 96-09.

في مشروع، فيقوم المشروع طالب التمويل بتحديد المواصفات الفنية لهذا الأصل بل إنه قد يختاره بنفسه، كما أن له أن يناقش البائع في شروطه، ومن ثم تقوم الشركة التي تمارس نشاط الاعتماد التجاري بالتعاقد مع المشروع طالب التمويل.

أما بالنسبة لفائدة الفصل بين الملكية والانتفاع في عقد الاعتماد التجاري فإنها تتضح من خلال الخيارات المتاحة للمستأجر عند نهاية العقد، لأن امتلاك التجهيزات والمعدات يجعل من الصعوبة إعادة بيعها، واهتلاكها يظهر من خلال ظهور معدات وآلات جديدة ذات تقنية عالية في السوق، واستئجارها يسمح للمستأجر في نهاية العقد بالتخلي عن خيار شرائها والاستفادة من التقنيات الجديدة بإيجار آخر، ومن هنا تبدو أهمية الاعتماد التجاري في تجديد الأصول والمعدات واستبدالها بأخرى للحاق بأي تطور تكنولوجي.

كما أنه وبالمقابل لا يتحمل المؤجر خلال مدة الإيجار أية تكاليف إصلاح أو صيانة ... الخ، وإنما يتحمل المستأجر ذلك، وتكون نتيجة ذلك فائدة تعود على الشركة المؤجرة فتكون في مأمن من إفلاس المستأجر أو إعساره أو تعرضه لصعوبات مالية، حيث لا تدخل هذه الأصول في الضمان العام لهذا الأخير بما أنها تبقى مملوكة للمؤجر خلال مدة الإيجار.

ولئن كانت بعض صور البيع الائتماني كالبيع بالتقسيط والبيع بشرط الاحتفاظ بالملكية والبيع المؤجل التسليم والبيع التجاري تتضمن صراحة شرط الاحتفاظ بالملكية، فإن الطبيعة الائتمانية لعقد الاعتماد التجاري للمنقول والذي يحتفظ فيه المؤجر بملكية الآلات والمعدات المؤجرة على سبيل الضمان، لا يظهر الاحتفاظ بالملكية صراحة في الاتفاق أو العقد، بل نجده يستتر وراء فكرة الإيجار، والذي يلعب دورا حاسما في قيامه وتحقيق أهدافه، ومن ثم يعد الاعتماد التجاري تعبيراً مقنعا عن شرط الاحتفاظ بالملكية، إذ يظل المؤجر مالكا للأشياء المؤجرة طوال مدة الإيجار، ويكون له الحق في استردادها من تفليسة المستأجر ولا يجوز لهذا الأخير التصرف في الأشياء المؤجرة وإلا اعتبر مبددا ومرتكبا لجريمة خيانة الأمانة.

إن بحثنا لموضوع استخدام الملكية كضمان في عملية الاعتماد الإيجاري، يكون من خلال أساس توظيفها في هذه العملية، وآثارها العملية من خلال إبراز دورها الحمائي الذي تحققه للدائن المؤجر المستفيد منها.

وعليه فالإشكالية الرئيسية التي تطرح في هذا المقام، هل توظيف الاحتفاظ بحق الملكية كوسيلة ضمان يحقق فعاليته في عقد الاعتماد الإيجاري للمنقولات؟ وبالتالي هل استعمال هذه الآلية يحفظ حقوق الشركة المؤجرة مقارنة بوسائل الضمان التقليدية، خاصة في الحالة التي يتعرض فيها المشروع المستأجر لصعوبات مالية؟

وبعبارة أخرى هل أن الاحتفاظ بالملكية يخرج هذه الأخيرة عن دورها الذي كان يتمثل في حق صاحب الملكية في استعمال الشيء المملوك له واستئثاره به والتصرف فيه، ليصبح له دورا اقتصاديا من خلال تمكين الغير من أن يكون مالكا ملكية اقتصادية للأصول والمعدات، والمؤجر مالكا ملكية قانونية لذات الأصول لتكون ضمانا لاستردادها من يد من كان مالكا لها ملكية اقتصادية، وليكون للاحتفاظ بالملكية حينئذ دورا مزدوجا قانونيا واقتصاديا من خلال عملية شراء الأصل من قبل المؤسسة المالية وتمكين الغير من استغلاله والانتفاع به، ومن خلال احتفاظ المؤسسة المالية المؤجرة بالملكية كأداة ضمان فعالة تسمح لها باسترداد الأصل المؤجر من تحت يد المستأجر.

ويتفرع عن الإشكالية السابقة تساؤلات فرعية عن:

- دور الاحتفاظ بالملكية في عقد الاعتماد الإيجاري للمنقول مع خروج ما تقرره قواعد حماية المالك ملكيته وتقرير التزامات على شخص المستأجر، وهو الذي لا يعد مالكا بالتزامات المالك، وعلى أي أساس يتم تقرير مثل هذه الالتزامات على المستأجر على الرغم من عدم تمتعه بصفة المالك، ولا يقف الأمر عند ذلك بل سنتحدث من خلال معالجتنا للموضوع عن طبيعة الالتزامات التي تفرض على المستأجر وتكون خارجة عن نطاق القواعد العامة لعقد الإيجار.

كذلك كانت أهم الصعوبات التي اعترضتنا في هذا البحث ندرة الدراسات الفقهية التي تناولت جانب توظيف الملكية على سبيل الضمان في عقد الاعتماد الإيجاري في القانون الجزائري على الرغم من توافر المراجع التي تعرضت لهذا العقد عموماً وبأنواعها، إذ يتراءى للباحثة أن هذه الدراسات تبقى غير كافية للإحاطة بكل جوانب فكرة توظيف الملكية على سبيل الضمان في هذا العقد بما أنها تتناولها بشكل غير معمق، وفي ظل هذه الظروف سنحاول عرض فكرة الاحتفاظ بالملكية من زوايا نعتقدها مهمة في محاولة للإلمام بهذا الموضوع وتشكيل قاعدة بحثية، يمكن من خلالها تطوير أفكار أخرى تساهم في فهم أكبر لهذا الموضوع.

وفي محاولة للإلمام بهذا الأخير قسمنا الرسالة إلى بابين نحاول من خلال الباب الأول بيان كيفية توظيف شرط الاحتفاظ بالملكية في عقد الاعتماد الإيجاري للمنقول مع التركيز على خصوصية هذا العقد من حيث طبيعة أطرافه وخصوصية محله، ومدى خروجه عن القواعد العامة لعقد الإيجار في الفصل الأول، كما نعرض في الفصل الثاني لبيان مدى اعتبار الاحتفاظ بالملكية كإحدى مظاهر الخصوصية في إطار هذا العقد. أما الباب الثاني فقد خصص للحديث عن آثار الاحتفاظ بالملكية كضمان في عقد الاعتماد الإيجاري للمنقولات، فنعرض في فصل أول لدعوى استرداد المنقولات المؤجرة، وفي فصل ثان للإشهار القانوني كشرط تطلبه المشرع لممارسة الدعوى السابقة. وفي الأخير ننهي دراستنا بخاتمة تظهر نتائج البحث.

الباب الأول

ماهية شرط الاحتفاظ بملكية

المنقول المادي في عقد

الاعتماد الإجباري

الباب الأول - ماهية شرط الاحتفاظ بملكية المنقول المادي في عقد الاعتماد الإجاري

انعكاسا للوظيفة الاقتصادية التي يلعبها عقد الاعتماد الإجاري للمنقول باعتباره إحدى وسائل التمويل الاستثماري، يتم استخدام الاحتفاظ بالملكية كوسيلة لتحقيق أهداف تمويلية لكن بطريقة تضمن مصالح المؤجر والمستأجر في آن واحد، وذلك من خلال تمتع المؤجر بالضمان الذي يقدمه حق الملكية باعتباره أقوى الحقوق العينية، فهو مالك الأصول المؤجرة طوال مدة العقد.

غير أن الاحتفاظ بالملكية في هذا العقد لا يتضح في صورة شرط صريح بالاحتفاظ بالملكية، وإنما هو يستتر أمام فكرة الإيجار لذات الأصول.

ونظرا للطابع التمويلي لعقد الاعتماد الإجاري المتميز بتداخل عدة اتفاقات لتكوينه أو تنفيذه، وبالتالي بتعدد الأشخاص أصحاب المصلحة في إبرامه. لذلك فإنه يطرح العديد من المشاكل المرتبطة بإرضاء كل طرف لحاجته الاقتصادية. ونظرا للأهداف التي يسعى هذا العقد لتحقيقها، فإنه يتميز بخصائص تجعله يرفض بطبيعته الدخول تحت الشكل التقليدي لعقد الإيجار، أو غيره من العقود التجارية.

وبناء على ذلك قمنا بتقسيم هذا الباب إلى الفصلين الآتيين:

الفصل الأول: مميزات عقد الاعتماد الإجاري للأصول المنقولة

الفصل الثاني: آلية الاحتفاظ بالملكية كإحدى مظاهر الخصوصية في عقد الاعتماد الإجاري

للمنقولات.

الفصل الأول

مميزات عقد الاعتماد الإجاري

للأصول المنقولة

تتميز عملية الاعتماد الإيجاري بطابعها ثلاثي الأطراف، ذلك أن إنجاز هذه العملية وتمامها من الناحية الواقعية والفعلية يقتضي تدخل ثلاثة أشخاص هم المستأجر المستفيد الذي يبادر إلى تحريك العملية بالنظر إلى حاجته للانتفاع بالأصول المنقولة ضمن مشروعه، ثم بائع المنقولات الذي يريد التصرف فيها بنقل ملكيتها للغير مقابل الحصول على الثمن، وأخيرا شركة الاعتماد الإيجاري التي تقوم بشراء الأصول من البائع، ثم تمكن المستأجر من الانتفاع بها، فيتحقق بذلك مراد الطرفين الآخرين.

ولعله من نافلة القول أن نذكر بأن الاعتماد الإيجاري للمنقول كغيره من العقود، يجب أن تتوفر في محله الشروط العامة لصحته، ومع ذلك يتميز هذا العقد بأن التشريعات الحديثة تتطلب إلى جانب ذلك شروطا أخرى بخصوص المنقولات التي يجوز أن تكون محلا له.

ونظرا لحرص الشركة المؤجرة على القيام بالدور التمويلي البحت في عملية الاعتماد الإيجاري، فإنها تحاول أن تضمن العقد شروطا تؤكد هذا الدور، وذلك حتى تكون بمنأى عن الأمور الفنية لهذه العملية.

وتكريسا لهذا الدور يمنح المشرع للطرف المؤجر في عقد الاعتماد الإيجاري للمنقول إمكانية نقل بعض الالتزامات التي كانت أصلية له، للمستأجر وهذا تطابقا مع خصوصية هذا العقد. وإذا كان المشرع قد منح شركة الاعتماد الإيجاري إمكانية عدم الالتزام بكل ما يتعلق بانتفاع المستفيد بالأصل المنقول فإنها من باب أولى تسعى إلى البقاء بعيدة عن كل مسؤولية يمكن أن تنشأ عن هذا الانتفاع، وسبيلها إلى ذلك أن تزيد من نطاق المسؤولية المفروضة على المستفيد.

وعلى ذلك نتناول في هذا الفصل المبحثين الآتيين:

المبحث الأول: أطراف عملية الاعتماد الإيجاري للمنقولات وخصوصية محلها

المبحث الثاني: الطابع الاستثنائي لعقد الإيجار في عملية الاعتماد الإيجاري للأصول المنقولة

المبحث الأول

أطراف عملية الاعتماد الإيجاري للمنقولات وخصوصية محلها

تتميز عملية الاعتماد الإيجاري من الناحية الفعلية بتعدد أطرافها إذا أخذ بعين الاعتبار شخص البائع للأصول الاستثمارية مما يتعين مساهمة أشخاص ثلاث في إتمام هذه العملية القانونية، وهم بالإضافة إلى البائع المؤجر والمستأجر، وإذا نظرنا إلى الاعتماد الإيجاري باعتباره عقدا من الناحية القانونية، فإنه لا يلزم لانعقاده إلا طرفان هما المؤجر والمستأجر، مما يعني أنه عقد ثنائي الأطراف.

وبالمقابل يتخذ محل عقد الاعتماد الإيجاري للمنقول أهمية خاصة نظرا لما يلعبه من دور كبير في تمويل المشروعات بالآلات والمعدات وغيرها من المنقولات اللازمة لممارسة نشاطها الاستثماري.

ومن هنا نقسم هذا المبحث إلى مطلبين، نعرض في الأول لتحديد أطراف عملية الاعتماد الإيجاري الواردة على منقولات والعلاقة بينهم، بينما نخصص الثاني لبيان خصوصية محل هذه العملية :

المطلب الأول

تحديد أطراف عملية الاعتماد الإيجاري للمنقولات والعلاقة بينهم

يعد عقد الاعتماد الإيجاري وسيلة من وسائل تمويل المشروعات الاستثمارية المنتجة من خلال تمكين صاحب المشروع المستفيد من الحصول على المعدات الإنتاجية اللازمة لتشغيل مشروعه دون أن يخصص أموالا كبيرة من رأسماله طيلة مدة العقد، ليكون له في نهايته إمكانية استعمال خيار الشراء¹ لها باعتباره خيارا من الخيارات المطروحة عند نهاية مدة العقد بعد خيار فسخ العقد أو تجديده.

وإذا كانت عملية الاعتماد الإيجاري في الأصل تتم بين ثلاثة أطراف، وهم الشركة المالية المؤجرة المالكة للأصول المؤجر، والتي تقوم بشراء الأشياء، والبائع المورد أو الصانع لها، والمستأجر الذي يقوم باستغلالها، فإنه من الممكن أن تنطوي العملية على أربعة أطراف، وذلك عندما تقدم مؤسسة مالية على

1- أنظر في خيار الشراء المتاح للمستأجر: محمد عبد العزيز حسن زيد، الإجارة بين الفقه الإسلامي والتطبيق المعاصر، (في المؤسسات المالية والإسلامية)، المعهد العالمي للفكر الإسلامي، القاهرة، ط1، 1996، ص 39 وما بعدها.

تمويل شراء الأشياء محل العقد لصالح المؤجر الذي يقوم بتأجيرها مما يعني وجود الطرف الممول، والمالك للأصل المؤجر (المشترى) والبائع والمستأجر¹. وإذا كان مزيج العلاقات الناتجة عن عقد الاعتماد الإيجاري بحسب رأي الفقهاء يقوم على علاقات ثلاثية الأطراف، من خلال إدخال بائع أو مورد الأصول والمعدات طرفاً في العقد²، فإن عملية الاعتماد الإيجاري من الناحية الفعلية أو الواقعية تحتاج إلى هذه الأطراف الثلاثة ومن ثم كان لزاماً تحديد هذه الأطراف وإبراز الدور الذي يقوم به كل طرف وعلاقة بعضهم ببعض وهذا ما نستعرضه في فرعين: يتم تخصيص الأول منه لأطراف عملية الاعتماد الإيجاري والثاني إلى العلاقة بين أطرافها، وذلك حسب التقسيم التالي:

الفرع الأول: أطراف عملية الاعتماد الإيجاري للمنقولات.

الفرع الثاني: العلاقة بين أطراف عملية الاعتماد الإيجاري للمنقولات.

الفرع الأول: أطراف عملية الاعتماد الإيجاري للمنقولات

إذا كان التسليم قائماً بأن إتمام عملية الاعتماد الإيجاري يحتاج إل تدخل ثلاثة أطراف بحسب ما تلميه الناحية الواقعية لعقد الاعتماد الإيجاري، فإن الأمر يحتاج لعرض هذه الأطراف ومركزها القانوني، وهي ذات الأطراف إذا نظر إلى العقد من الناحية الاقتصادية وهي المتمثلة في المنتج أو البائع، والمؤسسة المالية المؤجرة والمستأجر المستفيد³.

أولاً: بائع المنقول المادي المؤجر

يقصد ببائع المنقول المادي، المورد أو ما يسمى بمنتج الأصول الاستثمارية أو المنقولات المادية موضوع عملية الاعتماد الإيجاري، حيث يقوم بتصنيع ما يريده المستأجر وبحسب المواصفات التي قدمها على المعدات التي يريد اقتناءها لمشروعه، ومما لاشك فيه أن البائع يسعى دوماً إلى زيادة مبيعاته وقبض ثمنها فوراً أو في أقرب وقت ممكن، لأن ذلك من شأنه أن يزيد من أرباحه ويجنبه الآثار المترتبة على نقص السيولة

¹ - محمد حسين منصور، النظرية العامة للائتمان، دار الجامعة الجديدة للنشر، الاسكندرية، 2001، ص 37.

² - نادر عبد العزيز شافي، عقد الليزنج (دراسة مقارنة)، المؤسسة الحديثة للكتاب، طرابلس، لبنان، 2004، ص 93.

³ - د/علي سيد قاسم، الجوانب القانونية للإيجار التمويلي، دار النهضة العربية، القاهرة، 1990، ص 94.

النقدية لديه، إلا أن هذا الهدف قد يصطدم مع رغبة العملاء في الحصول على آجال طويلة أو مناسبة للسداد، وفضلا عن ذلك قد يتعرض البائع لمنافسة المنتجين الآخرين الذين قد يمارسون نشاطهم في ظروف أفضل، لذلك فإن البائع يجد في الاعتماد الإيجاري علاجا لمشكلته من حيث أن المؤسسة المالية تشتري المعدات الإنتاجية منه وتدفع الثمن له فورا، وتقوم في نفس الوقت بمنح العميل أجلا كافيا للسداد، ولهذا يعد الاعتماد الإيجاري وسيلة هامة وبديلة عن البيع بالتقسيط للبائع المورد من خلال حصوله على قيمة المعدات المباعة للمؤسسة المالية، ولا غرابة أن يقوم المنتجون أو البائعون للمعدات بتشجيع عملائهم بالتوجه للمؤسسات المالية للتدخل كطرف في العملية لتقديم أفضل التسهيلات، فضلا على أن الاعتماد الإيجاري يجعل المورد قادرا على المنافسة¹.

ثانيا: مؤجر المنقول المادي

إذا كان عقد الاعتماد الإيجاري يرتكز على عقد الإيجار في الأساس عند بداية سريانه بين المؤجر والمستأجر، وفي الاحتياط على عقد البيع عند نهاية مدته بعد استعمال المستأجر لخيار الشراء، فإنه ومما هو معروف في عقد البيع أن ملكية البائع للمبيع تعد شرطا أساسيا حتى يصير البيع صحيحا بحكم أن بيع ملك الغير قابل للإبطال، إلا أن الأمر مختلف في عقد الاعتماد الإيجاري.

فإذا كان محل التزام البائع في عقد البيع هو نقل الملكية، فإنه يلزم أن يكون هذا البائع مالكا للحق المبيع حق يستطيع تنفيذ التزامه، إلا أنه وبخلاف ذلك في عقد الإيجار، فإن محل التزام المؤجر ليس نقل ملكية العين المؤجرة للمستأجر، وإنما هو تمكين هذا الأخير من الانتفاع بهذه العين، أي أن التزام المؤجر هو القيام بعمل معين، بينما محل التزام البائع في عقد البيع هو نقل ملكية، ومن ثم ليس شرطا أن يكون المؤجر مالكا للشيء المؤجر لعدم التزامه بنقل ملكية الشيء المؤجر، إنما يكفي أن يكون المؤجر قد التزم بتمكين المستأجر من الانتفاع بالشيء المؤجر، وإذا كان مالك الشيء أن يؤجر ما يملكه فهو مالك للشيء ومنفعته، كما أن للمنتفع أيضا باعتباره مالكا للحق في الانتفاع تأجير الشيء حيث يستطيع تنفيذ التزامه بتمكين غيره من الانتفاع، ويكون أيضا لمن لم يكن مالكا وصاحب حق انتفاع الحق في الإيجار إذا كان له حقا في

¹ - د/علي سيد قاسم، المرجع السابق، ص 27.

إدارة الشيء المؤجر، وقد يكون المؤجر لا يملك الشيء ولا يكون له عليه حق انتفاع، ولا حق له في إدارته، ومع ذلك يقوم بتأجير الشيء، وهذا ما يسمى بإيجار ملك الغير، وبحسب الرأي الراجح فقها فإنه ولو كان عقد الإيجار واردا على ملك الغير فإنه يعد صحيحا بين أطرافه، ولا يجوز لأحدهما إبطاله بسبب عدم ملكية المؤجر للعين المؤجرة¹.

ويلعب المؤجر في عقد الاعتماد الإيجاري دورا أساسيا إذ يعتبر الطرف الممول في هذه العملية الائتمانية، فهو الذي يقوم بشراء المعدات والتجهيزات للمستأجر ويضعها تحت يده، أو يسهل ذلك عن طريق عقد الإيجار، ومن ثم لا يقوم بدور المؤجر سوى المؤسسات المالية الضخمة كالبنوك والشركات الكبيرة، التي تحترف تمويل شراء المعدات والأصول الاستثمارية وتأجيرها للمستأجرين. وبناء عليه هل يشترط في عقد الاعتماد الإيجاري أن يكون المؤجر مالكا للأصل المؤجر؟

إذا كانت التشريعات تتجه إلى ارتكاز عقد الاعتماد الإيجاري على عقد الإيجار ومن بينها التشريع الجزائري²، إلا أن المؤجر في عقد الاعتماد الإيجاري يختلف عن المؤجر في عقد الإيجار العادي، لكون المؤجر في عقد الاعتماد الإيجاري يعد طرفا أساسيا فيه، لأنه هو الذي يتولى تمويل شراء الأصل المؤجر ليكون مالكا له، وقد بينت المادة السابعة من الأمر المتعلق بالاعتماد الإيجاري رقم 96-09 بأن المؤجر قد يكون شركة تأجير وقد يكون بنكا أو مؤسسة مالية.

كما أكدت المادة الأولى من ذات القانون أن عملية الاعتماد الإيجاري تعتبر عملية قرض، وأن المؤجر فيها هي البنوك والمؤسسات المالية، وقد أكدت المادة 19 من القانون سالف الذكر وعلى سبيل اليقين بأن المؤجر هو صاحب ملكية الأصل المؤجر خلال كل مدة عقد الاعتماد الإيجاري³.

وإذا كانت ملكية المؤجر للأصل المؤجر ليست شرطا أساسيا في عقد الإيجار العادي بحسب ما تم استعراضه، فإنه في عقد الاعتماد الإيجاري يشترط وبشكل أساسي أن يكون المؤجر مالكا للأصل الإنتاجي

¹ - رمضان أبو السعود، العقود المسماة، عقد الإيجار، الأحكام العامة في الإيجار، الفتح للطباعة والنشر، الإسكندرية، 2001، ص 86.

² - المادة الأولى من الأمر رقم 96-09.

³ - المادة 19 من الأمر 96-09 المتضمن قانون الاعتماد الإيجاري.

طوال مدة الإيجار، وإلى أن يعلن المستأجر عن رغبته في تملك الأشياء والأصول المؤجرة عند نهاية العقد من خلال استعماله لخيار الشراء¹.

ومما يلاحظ على قانون الاعتماد الإيجاري في التشريع الجزائري، أن المشرع استبعد في مادته الأولى الأشخاص الطبيعية من نطاق المؤجرين وقصرها على البنوك والمؤسسات المالية أو شركات التأجير، إلا أن المشرع المصري يجيز للأشخاص الطبيعيين ممارسة ما يسمى بالتأجير التمويلي، على الرغم من أن ذلك أثار انتقاداً من بعض الاقتصاديين لكون هذا النشاط ذا خطورة على النظام الاقتصادي عموماً².

أما المشرع الفرنسي فقد قصر عمليات إبرام عقود الاعتماد الإيجاري على الشركات التجارية، وذلك بحسب ما جاء بالمادة الثالثة من القانون الفرنسي رقم 455 الصادر بتاريخ 2 يوليو 1966.³ وقد اعتبرت محكمة النقض الفرنسية أنه لا يمكن أن تتم عمليات الاعتماد الإيجاري بصورة اعتيادية، إلا من خلال المؤسسات المالية، وقضت بإبطال الأعمال المخالفة لهذه القاعدة⁴. أما المشرع الجزائري فقد نص صراحة في المادة الأولى من الأمر رقم 96-09 من قانون الاعتماد الإيجاري على أن الاعتماد الإيجاري عملية تجارية ومالية يتم تحقيقها من قبل البنوك والمؤسسات المالية أو شركات تأجير مؤهلة قانوناً ومعتمده صراحة بهذه الصفة.

¹ - د/علي سيد قاسم، المرجع السابق، ص 39.

² - د\ عبد الرحمان السيد قرمان، عقد التأجير التمويلي، دار النهضة العربية، 1995، ص 65.

³ - Art. 3 Loi n° 66-455 du 2 juillet 1966 relative aux entreprises pratiquant le crédit-bail (JORF du 5 juillet 1966 page 5654) (Modifié par Loi n°96-597 du 2 juillet 1996 - art. 10 JORF 4 juillet 1996):

«Les entreprises constituées antérieurement à la promulgation de la présente loi disposeront d'un délai de six mois à compter de cette promulgation pour se conformer aux prescriptions résultant de l'article précédent. Celles qui n'auront pas obtenu, dans ce délai, leur inscription sur la liste des banques ou leur enregistrement comme établissement financier par le conseil national du crédit et du titre, devront cesser les opérations de crédit-bail visées à l'article 1^{er} ci-dessus.»

وقد كان للقانون الفرنسي رقم 46-84 الصادر في 24 يناير 1984 دور في تحديد القواعد التي ستطبق على الهيئات الناشطة في مجال الاعتماد الإيجاري، انظر في ذلك:

E.-M. Bey, La location financière dans la réforme bancaire, JCP, éd. E, 1986. II. 14630.

⁴ - Cass Com 19 nov 1991, bull. civ. 4N° 347.

وبناء عليه فإن عمليات الاعتماد الإيجاري بمفهوم نص المادة السابق يكون قاصرا على البنوك والمؤسسات أو شركات التأجير والتي يشترط فيها أن تكون مؤهلة من الناحية القانونية،¹ وأن ذلك لن يتأتى إلا إذا كانت معتمدة ومن ثم فإنه لا يجوز أن يكون مؤجرا، إلا إذا كان بنكا أو مؤسسة مالية، وعليه يخرج الشخص الطبيعي أو الشخص الاعتباري غير المعتمد من نطاق ممارسة وامتهان الاعتماد الإيجاري من وجهة نظر المشرع الجزائري.²

ففي البداية، عندما صدر القانون رقم 90-10 المؤرخ في 14/4/1990 والمتعلق بالنقد والقرض، أخضع المشرع الجزائري شركات الاعتماد الإيجاري للنظام القانوني الخاص بالبنوك والمؤسسات المالية التي تعمل في مجال المال والائتمان.³

وبذلك يكون المشرع قد اعتد بالطابع المالي للعملية عند تحديده للنظام القانوني لشركات الاعتماد الإيجاري خاصة بعد صدور الأمر رقم 96-09، والنظام رقم 96-06 بالإضافة الى التعليمية رقم 96-07 المتعلقة بطرق إنشاء شركة الاعتماد الإيجاري وشروط الحصول على الاعتماد.

وتجب الإشارة إلى أن الأشخاص المذكورين أعلاه ينبغي أن يؤسسوا في شكل شركات مساهمة طبقا لنص المادة 83 من الأمر رقم 03-11، وكذا شركة الاعتماد الإيجاري طبقا لنص المادة الثالثة من النظام رقم 96-06 الصادر عن محافظ بنك الجزائر.

¹ - تقوم بهذا النوع من العمليات (الاعتماد الإيجاري) في الجزائر البنوك والمؤسسات المالية الخاضعة لأحكام قانون النقد والقرض، كما أنها تخضع للنظام instruction رقم 96-06 المؤرخ في 03/7/1996 المتعلق بكيفية إنشاء شركات الاعتماد الإيجاري وشروط الحصول على الاعتماد (الحد الأدنى لرأسمال شركة الاعتماد الإيجاري-الشرط المتعلقة بمسيري هذه الشركات- ضرورة الحصول على الاعتماد-...)، ويمكن أن تتخصص هذه الهيئات في نوع معين من التجهيزات، وتعد الشركة الجزائرية لتأجير التجهيزات والعتاد التي يرمز لها اختصارا S.A.L.E.M. SPA أول شركة اعتماد إيجاري أنشئت في الجزائر (تحصلت على اعتمادها بتاريخ 1997/12/70).

² - المادة الأولى من الأمر رقم 96-09 سابق الذكر.

³ - نصت المادة 114 من القانون رقم 90-10 المتعلق بالنقد والقرض الملغي بقولها: " البنوك أشخاص معنوية مهمتها العادية والرئيسية إجراء العمليات الموصوفة في المواد 110-113 وهي تلقي الأموال من الجمهور، عمليات القرض، وضع وسائل الدفع تحت تصرف الزبائن وإدارة هذه الوسائل"، في حين اكتفى المشرع من خلال الأمر رقم 03-11 بتعريف البنوك بحسب موضوعها في المادة 70 التي أحالت إلى المواد من 66 إلى 68، وهذه المواد بدورها تقابل المواد من 110 إلى 113 من القانون الملغي.

ويستنتج من ذلك أن حماية الاقتصاد الوطني هو هدف المشرعين الجزائري والفرنسي من وراء قصر عمليات الاعتماد الإيجاري على البنوك والمؤسسات المالية أو الشركات المؤهلة بهذه الصفة.¹

ثالثا: مستأجر المنقول المادي

يشكل المستأجر طرفا أساسيا في عقد الاعتماد الإيجاري، وهو السبب في ظهوره ونشأته، وقد وصف المشرع الجزائري هذا الطرف في العقد بوصف المستأجر حيث اعتبر أن: «عقد الاعتماد الإيجاري للأصول المنقولة عقد تمنح من خلاله شركة التأجير البنك أو المؤسسة المالية المسماة بالمؤجر على شكل تأجير مقابل الحصول على إيجارات ولمدة ثابتة أصولا مشكلة من تجهيزات أو عتاد أو أدوات ذات الاستعمال المهني لمعامل اقتصادي شخصا طبيعيا كان أو معنويا يدعى المستأجر...»² ويوصف هذا الطرف أيضا بنفس الوصف في التشريع الفرنسي، وذلك عند تعريفه لعقد الاعتماد الإيجاري بالمادة الأولى من قانون 66-455 لسنة 1966.³

وإذا كان المشرع الجزائري قد نص بشكل صريح على أن عملية الاعتماد الإيجاري تقوم على الإيجار، فإنه أكد أن طرفها الأساسي هو المستأجر، بالإضافة إلى طرفها الآخر هو المؤجر، وإذا كان الأمر كذلك فإن المستأجر في عقد الاعتماد الإيجاري لا يخرج عن كونه مستأجرا عاديا، ومن ثم فإنه ما يشترط في المستأجر في عقد الإيجار بحسب القواعد العامة يشترط أيضا في المستأجر في عقد الاعتماد الإيجاري، من حيث أنه يجب أن يكون أهلا للوفاء بالتزامات المستأجر في عقد الإيجار.

وقد رأى الكثير أن الاستئجار من أعمال الإدارة فيكفي إذن في المستأجر في عقد الاعتماد الإيجاري أن تتوفر له أهلية الإدارة دون التصرف، إلا أن البعض ذهب إلى اعتبار الاستئجار عملا من

¹ - وهي ذات المبررات التي ساقها المشروع التمهيدي للأمر رقم 96-09 إذ جاء فيه: "غير أنه ينبغي أن تخضع عملياته لقواعد الحذر مثلما هو الحال بالنسبة لكل عملية ائتمان، لكونها تنسم بخطر تفتيت أصول غير مصحوبة بإمكانية إعادة الخصم لدى مؤسسة الإصدار، وبالتالي تنسم بخطر مصرفي محض..."، فالمشرع الجزائري إذن يمنع الأشخاص الطبيعية من ممارسة نشاط الاعتماد الإيجاري، ويحصره في البنوك والمؤسسات المالية وشركات الاعتماد الإيجاري.

² - المادة السابعة من الأمر رقم 96-09.

³ - Art 1^{er} du la loi 66-455 du 02/07/1966 portant crédit-bail «les opérations du crédit-bail visées par la présente loi sont lies opérations de location des biens d'équipement ou de matériel d'outillage achète en vue de cette location...lorsque ces opérations donne au locataire la possibilité d'acquérir...»

أعمال التصرف، وذلك لأن المستأجر حين يدفع الأجرة فإنه يتصرف بعوض فيما يدفع، ولا يهم بعد ذلك أن تكون الأجرة من غلة المال المؤجر أو من رأسماله، ولذلك يلزم أن يتوافر في المستأجر أهلية التصرف في الأجرة، بل أن البعض الآخر ذهب إلى أن الاستئجار قد يكون عملا من أعمال الإدارة، وقد يكون من أعمال التصرف، وذلك بالنظر إلى ظروف الاستئجار وإلى القصد منه، فإذا كان المستأجر قد استأجر المال لإدارة شؤونه المألوفة أو كان الاستئجار ليس إلا عملا تابعا لعمل اقتضته ظروف الإدارة كان المستأجر قد عمل عملا مستقلا تابعا لعمل آخر وقصد به استغلال المال بقصد المضاربة، فهو حينئذ من أعمال التصرف، ويشترط فيه أهلية التصرف ولا يكتفى بأهلية الإدارة¹.

ولا يختلف الأمر في عقد الاعتماد الإيجاري من أن يكون أيضا المستأجر المستفيد أهلا، والأهلية المشروطة بحسب العقد والالتزامات المالية المفروضة عليه هي أهلية تصرف.

وإذا كان الأصل في عقد الإيجار ألا يكون للشخص الحرية في التأجير والاستئجار، إلا أنه يجوز للمستأجر الإيجار من الباطن إذا كان الاتفاق واردا على جواز ذلك كما نصت على ذلك المادة 505 من ق.م.ج «لا يجوز للمستأجر أن يتنازل عن هذا الإيجار أو يؤجر إيجارا فرعيا كل ما استأجره أو بعضه بدون موافقة صريحة من المؤجر، كل ذلك ما لم يوجد نص قانوني يقضي بخلاف ذلك»، وأشارت المادة 506 من ق.م.ج على أن المستأجر يبقى عند التنازل ضامنا للمتنازل له في تنفيذ التزاماته.

والقاعدة العامة في عقد الاعتماد الإيجاري أيضا حظر ومنع المستأجر من الإيجار من الباطن، إلا في حالة الاعتماد الإيجاري المرتد باعتبار استئجار المعدات من الباطن عنصرا في العقد. ويعد الاعتماد الإيجاري المرتد صورة مشتقة من الاعتماد الإيجاري اللاحق في التشريع الفرنسي والمصري بحكم أن المشرع

¹ - رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص 96.

الجزائري لم يشير إلى هذا النوع من الاعتماد الإيجاري، وهو ذلك العقد الذي يبرم بين أحد المشروعات التي تحترف تأجير الآلات والمعدات لعملائها مع شركة الاعتماد الإيجاري، حيث تقوم الأولى بموجب هذا العقد بنقل ملكية تلك الآلات إلى شركة الاعتماد الإيجاري في مقابل الحصول على ثمنها مع احتفاظها بالحق في إعادة تأجيرها إلى عملائها، ويلتزم هذا المشروع المستفيد بأداء القيمة الإيجارية المتفق عليها إلى شركة الاعتماد الإيجاري خلال مدة غير قابلة للإلغاء مع إمكانية تملك تلك المعدات في نهاية مدة الإيجار إذا استعمل خيار الشراء¹.

وبالرغم من أن القاعدة العامة تقضي بحظر الإيجار من الباطن فإنه لا مانع بمنع المستأجر من الإيجار من الباطن إذا وافقت الشركة الممولة والمؤجرة على ذلك، وهذا ما نصت عليه الفقرة 12 من المادة 39 من الأمر رقم 96-09 عند استعراضها للالتزامات المستأجر ومن ضمنها الالتزام بعدم التنازل عن حقه في الانتفاع وعدم إعادة تأجير الأصل المؤجر دون موافقة صريحة من المؤجر².

وبناء عليه فإنه يتبين من نص المادة 39 من قانون الاعتماد الإيجاري أن القاعدة العامة في عدم جواز الإيجار من الباطن يمكن الخروج عنها استثناء عند موافقة المؤجر الصريحة.

وإذا كانت الحكمة من الحظر تكمن في الإبقاء على التزام المستأجر الشخصي بالوفاء بالأجرة بالنظر إلى يساره الذي توقفت عليه الشركة الممولة عند قبولها التمويل، فإن وجدت في الشخص المستأجر من الباطن أو المتنازل إليه ما يأمن لها استيفاء حقوقها، فليس ثمة ما يمنع رفضها الاستئجار من الباطن أو التنازل عن الإيجار، إلا أن الأمر يقتضي قبولها الصريح³.

¹ - د/رياض فخري، الآليات القانونية المميزة لعقد الإيجار التمويلي، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، 1999، ص 41.

² - المادة 39 من الأمر رقم 96-09 سابق الذكر.

³ - هاني محمد دويدار، المرجع السابق، ص 409 وما بعدها.

وقد سبق أن أشرنا إلى نص المادة 39 من قانون الاعتماد الإيجاري وجواز التنازل عن الأصل المؤجر، إلا أن ذلك مشروط بالتزام المستأجر بضمان التنفيذ من قبل المتنازل إليه لالتزاماته في حالة التنازل كما هو مشروط بموافقة المؤجر.

وبحسب ما أشرنا إليه أيضا في شأن وصف المشرع الجزائري لعقد الاعتماد الإيجاري بكونه يقوم على عقد إيجار يلتزم بمقتضاه طرفه الأول الذي سماه مؤجرا وطرفه الثاني الذي سماه مستأجرا بالتزامات متبادلة¹، فإن المستأجر المستفيد في عقد الاعتماد الإيجاري هو شخص طبيعي أو شركة تمتلك خبرة فنية، ولكن لا تمتلك الأموال الكافية لشراء ما تحتاج إليه من معدات وآلات لاستغلال تلك الخبرة، لذا تحدد مواصفات تلك المعدات والآلات وموردها ومنتجها ثم تتقدم بطلب إلى شركة الاعتماد الإيجاري المؤجرة لشراء تلك المعدات أو الأصول الرأسمالية المحددة من قبلها وتأجيرها لها لتقوم بتشغيلها في مجال عملها وخبرتها، في مقابل التزامها بأداء القيمة الإيجارية المتفق عليها سلفا.

والمستأجر هو الذي يقوم بالخطوات الأولى من عملية الاعتماد الإيجاري تمهيدا لإبرام العقد، فبعد تحديد حاجته إلى المعدات أو التجهيزات أو الآلات اللازمة لمشروعه يتجه نحو المالك الأساسي لتلك المعدات أو منتجها، ويتفاوض معه حول جميع التفاصيل الضرورية لشراء تلك المعدات التي يريدتها أو غيرها، ثم يحصل منه على عرض كامل يتوجه به إلى شركة التأجير التي تقرر الدخول أو عدم الدخول في تمويل عملية الاعتماد الإيجاري².

وبناء عليه فإن حاجة المستأجر للانتفاع بالأصل الإنتاجي الذي يتفق مع طبيعة نشاطه وحاجته إلى التمويل الذي ينقصه هي ما يجعله يلجأ إلى البائع من جهة، ويلجأ إلى شركة الاعتماد الإيجاري من

¹ - المادة السابعة من الأمر رقم 96-09 المتضمن قانون الاعتماد الإيجاري تنص على: « يعتبر عقد الاعتماد الإيجاري للأصول المنقولة عقدا تمنح من خلاله شركة التأجير البنك أو المؤسسة المالية المسماة بالمؤجر على شكل تأجير مقابل الحصول على إيجارات ولمدة ثابتة أصولا مشكلة من تجهيزات أو عتاد أو أدوات ذات الاستعمال المهني لمعامل اقتصادي شخصا طبيعيا كان أو معنويا يدعى المستأجر، كما يترك لهذا الشخص إمكانية اكتساب كليا أو جزئيا الأصول المؤجرة عن طريق دفع سعر متفق عليه...».

² - نادر عبد العزيز شاتي، المرجع السابق، ص 98 وما بعدها.

جهة أخرى، لأجل شراء تلك الأصول وتأجيرها له بعد أن يكون قد عاينها عند البائع وعرف أثمانها، بل والتفاوض حولها مع كل منهما من حيث قيمتها وبدل إيجارها.

والمشروع الجزائري اشترط في المستأجر أن يكون متعاملا اقتصاديا، وأن يكون محل الاعتماد الإيجاري أصولا مشكلة من تجهيزات أو عتاد أو أدوات ذات الاستعمال المهني، مما يعني خروج السلع الاستهلاكية من أن تكون محلا لهذا العقد، ولم يضع المشروع الجزائري أي شروط خاصة بالمستأجر الذي يمكن أن يكون شخصا طبيعيا أو معنويا، ومن ثم فإنه يخضع للقواعد القانونية العامة إذا كان شخصا معنويا وهي القواعد التي تحكم تأسيسه وإدارته.

وإشارة المشروع الجزائري إلى المتعامل الاقتصادي جاءت دون تحديد المقصود به، الأمر الذي يثير بعض الغموض والالتباس، ويحيل البعض إلى البحث في مفهوم المتعامل الاقتصادي في بعض القوانين التي لها علاقة بنشاط الاعتماد الإيجاري، على غرار المادة الثالثة من الأمر رقم 95-06 الملغي المتعلق آنذاك بالمنافسة بنصها على مصطلح يقترب منه وهو العون الاقتصادي: "يقصد بالعون الاقتصادي في مفهوم هذا الأمر كل شخص طبيعي أو معنوي مهما تكن صفته يمارس نشاطا أو يقوم بأعمال منصوص عليها في المادة الثانية".

كما أنه وبالرجوع إلى قانون المالية لسنة 1996 نجد أن المادة 58 منه التي تعدّل المادة 353 فقرة 04 من قانون التسجيل قد حاولت رفع اللبس عن مفهوم المتعامل الاقتصادي الذي يعني وفق هذا النص كل المستثمرين الذين تكون استثماراتهم لأغراض تجارية أو صناعية أو زراعية أو لممارسة مهن حرة.

على أنه وبصدرو الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة¹ الذي ألغى الأمر رقم 95-06، فإن المشروع الجزائري أصبح يستعمل مصطلحا جديدا يتسع ليشمل مصطلحي المتعامل الاقتصادي والعون الاقتصادي وهو "المؤسسة"، والتي عرفتها المادة الثالثة في الفقرة (أ) بأنها: "كل شخص طبيعي أو

¹ - مؤرخ في 19 يوليو 2003، المتعلق بالمنافسة، ج.ر، عدد 43 المؤرخة في 20/7/2003 والمعدل بالقانون رقم 08-12، ج.ر، عدد 36 المؤرخة في 2/7/2008.

معنوي أيا كانت طبيعته يمارس بصفة دائمة نشاطات الإنتاج أو التوزيع أو الخدمات"، وأضاف المشرع لهذا التعريف نشاط الاستيراد بموجب القانون رقم 08-12 المعدل للأمر رقم 03-03.

وقد فرضت بعض التشريعات أن يكون هدف المستأجر من الحصول على الأموال موضوع عقد الاعتماد الإيجاري هو استثمارها في مشاريع إنتاجية ومنها المشرع الفرنسي في المادة الأولى من -قانون رقم 455-66 وهو ما سار عليه المشرع المصري في المادة الثانية (ج) من اللائحة التنفيذية للقانون رقم 95-1995 حيث حصر استعمال الأموال التي يجوز أن يقع عليها الاعتماد الإيجاري، بأن يكون لازما مباشرة نشاط إنتاجي سلمي أو خدمي، ويتضح من ذلك أن القانونين الفرنسي والمصري أوجبا توفر صفة معينة في المستأجر تتمحور حول الغرض من الحصول على المال عن طريق عقد الاعتماد الإيجاري، وهو أن يكون المستأجر من المشاريع الإنتاجية الصناعية أو التجارية¹.

وبناء عليه لا يمكن أن نتصور خروج المشرع الجزائري عن ذلك في ظل تسمية المستأجر بالمتعامل الاقتصادي، إذ لا يفهم من ذلك إلا كونه صاحب مشروع اقتصادي يهدف من ورائه تحقيق إنتاج معين سواء كان صناعيا أو تجاريا أو زراعيا.

وإذا كان المشرع الجزائري لم يتعرض إلى إمكانية أن يسبق عقد الاعتماد الإيجاري وقبل إبرامه، اتصال المستأجر بالبائع، إلا أن المشرع الفرنسي والمصري قد أجازا إمكانية أن يمهد لعقد الاعتماد الإيجاري، وقبل إبرامه قيام المستأجر المستفيد بالتفاوض مع البائع مباشرة بشأن مواصفات المال اللازم لمشروعه وطريقة صنعه وإنشائه وذلك بناء على موافقة كتابية مسبقة ممن سيتولى التأجير، وتتضمن هذه الموافقة المسائل التي يجري التفاوض بشأنها بين المستأجر وصاحب المشروع والبائع، وهذا ما أشارت إليه المادة السابعة من القانون المصري رقم 95 لسنة 1995².

إذن المستأجر هو الذي ينتفع بالأصل المؤجر ويتمتع بالحق في شرائه في نهاية مدة الإيجار، في مقابل الثمن المتفق عليه، والذي يراعى في تقديره القيمة الإيجارية التي دفعها المؤجر طوال مدة الإيجار، والتي تم تحديدها بالاتفاق بينه وبين المؤجر، فلمستأجر الأصل المنقول خيار من ضمن ثلاث خيارات يتمتع بها

¹ - عبد الرحمن السيد قرمان، المرجع السابق، ص 73.

² - علي سيد قاسم، المرجع السابق، ص 101.

في نهاية عقد الإيجار، ومنها ما يرتبط بمكنة شراء الأصل المؤجر مقررة له ويمكن استعمالها أو عدم استعمالها، كما يمكن له تجديد عقد الإيجار إذا كان العمر الفني والاستهلاكي للأصل مازال قائما، ولكن مقابل أجرة تقل عن سابقتها عند إبرام عقد الاعتماد الإيجاري، ولا يشترط في المستأجر أن يكون تاجرا على الرغم من اعتبار المشرع الجزائري في المادة الأولى من قانون الاعتماد الإيجاري للعملية تجارية ومالية.

كما يمكن للمستأجر أن يستعمل خيار رد الأصل المؤجر إذا كان العمر الفني والاستهلاكي قد انقضى وإذا كان من المعتاد أن يكون المستفيد شخصا آخر غير المنتج البائع أو المورد، فقد يحدث في بعض الأحيان أن يكون المستفيد المستأجر هو نفسه المنتج أو المورد الذي يبيع الأصول الإنتاجية محل العملية التمويلية إلى المؤسسة المالية مع احتفاظه لنفسه بالحق في إعادة التأجير وهو ما يعرف بـ: "Bail adossé" وهو صورة متطورة من الصور التي تتخذها عمليات الاعتماد الإيجاري، ومن شأنها أن تساعد المشروع المستفيد على التغلب على مشكلة السيولة لديه وتحقيق التوسع الاقتصادي عن طريق إعادة استثمار المبالغ النقدية التي يحصل عليها من وراء عمليات البيع في مجالات أخرى أكثر ربحية أو ذات عائد أكبر¹.

ويتنفي عن المستأجر وصف المشروع الاقتصادي إذا كان شخصا يستأجر عقارا أو بعض الأدوات لاستخدامه الخاص أو لإشباع هواية أو لحاجات أسرته أو لاستعماله المنزلي، ومن ثم يمتنع وصف هذا العقد بأنه اعتماد إيجاري ولا يخضع بذلك للقواعد المنظمة للاعتماد الإيجاري المنصوص عليها في القانون الفرنسي رقم 455 لسنة 1966².

الفرع الثاني: العلاقة بين أطراف عقد الاعتماد الإيجاري للمنقول

إن إتمام عقد الاعتماد الإيجاري يحتاج إلى تعدد علاقاته بالمفهوم الاقتصادي لعملية الاعتماد الإيجاري، وأن هذه العلاقات تنشأ بميلاد فكرة من صاحب المشروع المستفيد وهو المستأجر كما سبق بيانه، لأجل البحث عن وسيلة مالية لتجديد أصوله الإنتاجية أو شراء معدات لمشروعه، فيتفق مع مؤسسة مالية متخصصة لتقوم بشراء هذه الأصول التي سبق للمستأجر المستفيد أن يختارها بنفسه أو حدد مواصفاتها

¹ - Daniel Crémieux Israël, Leasing et crédit-bail mobilier, Aspects juridiques, comptables et fiscaux, 1975, Dalloz, p.36.

² - علي سيد قاسم، المرجع السابق، ص 102.

الفنية من المنتج أو المورد الذي يسلمها بدوره إلى المستفيد لينتفع بها بمقتضى عقد إيجار محدد المدة مبرم بينه وبين المشتري والمؤسسة المالية، وذلك لقاء أجرة دورية ينص عليها في عقد الإيجار، وعند نهاية مدة الإيجار يصبح للمستأجر المستفيد الخيار بين رد الأشياء المؤجرة إلى المؤسسة المالية المؤجرة أو طلب تجديد عقد الإيجار مدة أخرى، أو شرائها من المؤجرة فيدفع ثمنها يعادل قيمتها المتبقية وهو يقل عن قيمته السوقية، إذ يراعى عند تحديده مجموع أقساط الأجرة التي سبق دفعها طوال مدة العقد، ومن ثم فإن عقد الاعتماد الإيجاري من الناحية القانونية لا يظهر أطرافه الثلاثة في عقد ثلاثي، وإنما هم يرتبطون بعلاقات ثنائية، ذلك أن عقد البيع يجمع المنتج البائع والمؤسسة المالية المؤجرة، وعقد الإيجار يربط المؤسسة المالية بالمستأجر المستفيد، أما البائع فلا يرتبط لأول وهلة بالمستأجر المستفيد برابطة قانونية مباشرة على الرغم من أن هذه النقطة كانت سببا في إثارة بعض الصعوبات حول تحديد الأساس القانوني الذي يخول المستأجر المستفيد الرجوع على البائع، ولاسيما بضمان العيوب الخفية على ما سوف يأتي بيانه في حينه، وعلى الرغم من الصلة الوثيقة بين عقد الإيجار الذي يربط المؤسسة المالية بالمستأجر المستفيد، وبين عقد البيع الذي يربط المؤسسة المالية والبائع المنتج، فإن هذا الأخير لا يعد طرفا في عقد الإيجار¹.

وبناء عليه فإن عقد الاعتماد الإيجاري لا يخلو من علاقات تقوم بين أطرافه الثلاثة، أولها علاقة بين بائع المنقول المادي والمشتري، وثانيها علاقة بين بائع المنقول المادي والمستأجر، وثالثها بين مؤجر المنقول المادي والمستأجر، وهذا ما سنتناوله في ثلاثة عناصر:

أولا: العلاقة بين المشتري وبائع المنقول المادي La relation banquier-fournisseur

يتضح وكما سبق بيانه أن إتمام عملية الاعتماد الإيجاري تحتاج إلى شخص ثالث بحسب المفهوم الاقتصادي والعملي للعملية، وأشرنا في هذا الصدد إلى شخص البائع أو ما يسمى بمنتج الأصول الاستثمارية كطرف خارج عن عقد الإيجار المبرم بين المؤسسة المالية المؤجرة والمستأجر.

¹ - علي سيد قاسم، المرجع السابق، ص 95 .

وإذا كان عقد الاعتماد الإيجاري عقدا مركبا، فإن ذلك يعني أنه مزيج يستمد مكوناته من علاقات تعاقدية معروفة اندمجت فيما بينهما لنتج لنا هذا النظام القانوني الجديد، الذي هو تنظيم يتسم بالأصالة للالتزامات قانونية مختلفة.

ولاشك أن ما يربط منتج الأصول الاستثمارية بالمؤسسة المالية، إنما هو عقد بيع تلك المعدات والأصول لها، والتي تعيد تأجيرها لشخص المستأجر، وهو سبيل شركة الاعتماد الإيجاري لاكتساب ملكية الأصل، وتتولى إبرامه مع البائع ويكون المستأجر أجنبيا عن العقد، إلا أن الشركة المشتري لا تنوي التمتع بأي من الحقوق الشخصية المقررة فلا هي تستلم المنقول المبيع ولا يعينها ما قد يعترض استعماله من معوقات، وإنما يكون ذلك من شأن المستأجر المستفيد¹.

ومما لاشك فيه أن شركة الاعتماد الإيجاري لا تبرم عقد البيع إلا في أعقاب قبولها التمويل وإبرام عقد الاعتماد الإيجاري، وهي لا تقوم بشراء الأموال موضوع العقد، إلا إذا طلب منها المستأجر ذلك على عكس ما هي الحال عليه في عقد الإيجار العادي، حيث يكون المؤجر مالكا لتلك الأموال أو يشتريها دون طلب من أحد، وفي عقد الاعتماد الإيجاري يقوم المؤجر بشراء الأموال بقصد تأجيرها بناء على طلب من المستأجر².

ويقتصر دور شركة الاعتماد الإيجاري في شراء الأصل دون الخوض في الجوانب الفنية لذلك المنقول المادي، أو ما يحققه من مردود، إلا أن تدخل هذه الشركة وشرائها للأصل يسمح للبائع بالحصول على الثمن في الحال، فيكون الاعتماد الإيجاري بذلك سبيلا لتسويق المعدات والأصول الإنتاجية.

وكقاعدة عامة فإن عقد البيع المبرم بين المؤسسة المالية كمشتري والبائع المورد، هو عقد بيع كسائر عقود البيع الأخرى، وفيه تخرج العناصر التعاقدية التقليدية الداخلة في تكوينه، ويضاف إليه عقد الإيجار المبرم بين المؤجر والمستأجر كقاسم مشترك، حيث يتفاعل العقدان فيما بينهما كضرورة ميلاد عملية الاعتماد الإيجاري، والبائع كطرف يتدخل في المرحلة الأولى من تنفيذ العقد لإمداد الشركة المؤجرة بالأموال موضوع العقد، لكي تقوم بتنفيذ التزاماتها الناشئة عن العقد الذي أبرمته مع المستأجر، ومن ثم فإن علاقة

¹ - هاني محمد دويدار، المرجع السابق ص 96 ، و ص 700 .

² - نادر عبد العزيز شافي، المرجع السابق، ص 199 .

البائع بشركة الاعتماد الإيجاري تنحصر في إبرام عقد البيع مع التزام البائع بتنفيذ التزاماته الناشئة عنه لفائدة المستأجر، وإذا رفضت الشركة الشراء فإن ذلك يؤدي إلى امتناع البائع عن تسليم تلك الأموال التي يحتاجها المستأجر.

ثانياً: العلاقة بين بائع المنقول المادي والمستأجر

يعتبر المستأجر المحرك لعملية الاعتماد الإيجاري مثلما سبق بيانه، إذ أنه ونظراً لحاجته إلى الانتفاع بأصل إنتاجي، يتفق مع طبيعة النشاط داخل المشروع الذي يملك الخبرة الفنية فيه وينقصه التمويل الذي يعجزه عن الإنتاج، فإنه يلجأ إلى شركة الاعتماد الإيجاري من أجل شراء تلك الأصول وتأجيرها له. وإذا كانت هناك علاقة بين المستأجر وبائع المنقول، فإن أساسها يكمن في رغبة الأول في الحصول على الأجهزة الإنتاجية، ولا تتعدى في الأصل هذه العلاقة في اختيار المستأجر الأصول المناسبة لظروفه الإنتاجية مع تعهده القانوني في وعد بالشراء وتعهد مالي في إيجاد التمويل اللازم، أما البائع المنتج فيلتزم بتوفير تلك الأصول، ويتم اختيار الآلات موضوع العقد من طرف المستأجر، وليس من جانب المشتري الفعلي وهو شركة الاعتماد الإيجاري، وبذلك يدخل المستأجر كطرف ثالث في عقد الشراء، ولأجل توضيح الصورة أكثر وتبيان أحسن لدور المستأجر في اختيار الآلات يجب أن تنطلق بدءاً من فكرة التوكيل، إذ يصبح المستأجر بمثابة وكيل لمؤسسة الاعتماد الإيجاري لدى المورد البائع يعمل على اختيار أحسن الآلات ويبحث عن أفضل الموردين¹.

وإذا كان الأمر كذلك، فإن المستأجر يتحمل كل النتائج المترتبة عن سوء اختياره للآلات والموردين وما ينجر عنه من تأخر في تسليم التجهيزات الموصوفة وعدم ملاءمتها، وعلى هذا الأساس تحرص شركة التأجير على أن تكون بعيدة كل البعد عن كل شكل من أشكال المسؤولية الناتجة عن العملية مع احتفاظها فقط بحق الملكية إلى جانب المسؤولية المالية (تمويل العملية)، وإذا كان البائع يعطي ضمانات لمؤسسة

¹ - د/ فايز نعيم رضوان، عقد التأجير التمويلي، جامعة المنصورة، ط. 2، 1997، ص 130 وما بعدها.

الاعتماد الإيجاري فيما يخص العيوب الخفية - إلا أنه ورغبة من هذه الأخيرة في الاقتصار على الدور التمويلي للعملية - فإنها تقوم بتحويل تلك الضمانات للمستأجر.¹

وبناء عليه فإن مسؤولية المستأجر قائمة من خلال المعدات المستلمة من طرفه من قبل المورد البائع، مما يعني أن تنفيذ عقد البيع والالتزامات الناشئة عنه ينشئ علاقة ليست بين البائع وشركة الاعتماد الإيجاري، وإنما بين البائع والمستأجر، والمشرع الجزائري لم يغفل هذا الجانب المتعلق بمن سيتحمل النتائج المترتبة عن استعمال الآلات والتجهيزات بعد سريان العقد، حيث فرق بين نوعين من الاعتماد الإيجاري، وترك ذلك لاتفاق المتعاقدين أوها اعتماد إيجاري مالي، أي يحول لصالح المستأجر كل الحقوق والالتزامات والمنافع والمخاطر المرتبطة بملكية الأصل الممول عن طريق الاعتماد الإيجاري، وثانيهما اعتماد إيجاري عملي بحيث لا يحول فيه لصالح المستأجر كل أو جزء من الحقوق والالتزامات والمنافع والمساوئ والمخاطر المرتبطة بحق ملكية الأصل والتي تبقى لصالح المؤجر وعلى نفقته.

وعلى ضوء ذلك نتصور نشوء علاقة بين المستأجر والبائع في ضوء الاعتماد الإيجاري المالي عند تحويل كل الحقوق والالتزامات الناتجة عن عقد البيع المبرم بين المؤجر والبائع، ناهيك عن بداية هذه العلاقة عند اتصال المستأجر بالبائع في اختيار هذه الآلات وموردها، أما في الاعتماد الإيجاري العملي فإن العلاقة بين البائع والمستأجر لا تتعدى اختيار الآلات وموردها وهي علاقة لا يمكن وصفها بكونها ارتباط فعلي من واقع المفاوضات الخاصة بشراء الأصل أو من واقع استلام المستفيد المستأجر له.²

ويمكن مما سبق القول أن العلاقة القانونية المباشرة بين البائع والمستأجر تنتفي بسبب هيمنة الشركة المؤجرة على العملية برمتها، إذ يمكن لها من الواجهة القانونية أن تنشئ من الروابط بين البائع والمستأجر، إلا ما لا يتفق مع مصالحها، ومرد ذلك أن شركة الاعتماد الإيجاري هي الطرف الأساسي في عقد البيع المبرم بينهما وبين البائع، وهي بدورها طرف أساسي في عقد الإيجار المبرم بينها وبين المستأجر، إذ أنه وعلى ضوء ذلك يمكن تصور - وللوهلة الأولى - انتفاء كل علاقة بين المستأجر والبائع، وأن ما كان من روابط بعد إبرام

¹ - M. Harichaux-Ramu, « Le transfert des garanties dans le crédit-bail », RTD. com. 1978, p. 209; P. - H. Antonmattei et J. Raynard, Droit civil (Contrats spéciaux), Litec., Paris, 6^e éd., 2008, p. 3101.

² - المادة 2 من الأمر 96-09 المتضمن قانون الاعتماد الإيجاري.

العقدين المنوه عنهما للمستأجر مع البائع إنما هي روابط غير مباشرة وتحدد شركة الاعتماد الإيجاري مداها على ضوء مصلحتها.¹

ثالثا: العلاقة بين مؤجر المنقول المادي والمستأجر

تبدأ عملية الاعتماد الإيجاري بوجود مشروع بحاجة إلى الأصول الإنتاجية اللازمة لنشاطه، ولا يملك الأموال المطلوبة لتوفير تلك الأصول، ولكنه يرغب في الحصول عليها مما يلجئه إلى أحد الممولين لإمداده بها بشروط تناسبه ويتفاوض معه على قيمتها والمدة التي يتم التسليم فيها، إلا أنه بدلا من أن يتلقى هذه الأصول بنفسه فإنه يختار أن يلجأ إلى مؤسسة أخرى تساهم معه في إتمام هذه العملية والتي يكون اختصاصها التمويل، ويطلق عليها شركة الاعتماد الإيجاري حيث تتولى فحص الأصول المطلوب تمويلها والحالة المالية للمشروع المستفيد، وعلى ضوء تلك الدراسة تتخذ قرارها بالموافقة من عدمها على تمويل المشروع المستفيد. فإذا ما وافقت شركة التأجير على تمويل مشروع المستفيد، فإنها تقوم بشراء الأصول التي يطلبها زبونها لدى المورد الذي يعينه هذا الأخير، فتقوم بتنفيذ التزامها الذي تحمته اتجاه المستأجر بموجب عقد الاعتماد الإيجاري.

وشراء هذا الأصل يخضع للقواعد القانونية السارية، وإدراجه في عملية الاعتماد الإيجاري يؤدي إلى تأسيس روابط قانونية وإجرائية مع المستأجر، ومن خلالها تقوم الشركة بتأجير هذا الأصل الذي كان في السابق محل عقد شراء بينها وبين البائع إلى المستأجر، ويلتزم هذا الأخير مقابل ذلك بدفع أقساط دورية مع استفادته بوعده بالبيع تمنحه الشركة المؤجرة له في نهاية فترة التأجير.²

وقد اعتبر المشرع الجزائري علاقة المؤجر الممول بالمستأجر المستفيد بأنها علاقة تأجير، وأن عقد الاعتماد الإيجاري وفقا لذلك يقوم على عقد إيجار، وما للالتزامات الناشئة عنه إلا دليلا عليه، إذ أن قانون الاعتماد الإيجاري الصادر بالأمر 96-09 وعبر المادة السابعة منه قد نص على هذه الالتزامات المتقابلة

¹ - قارن في الترابط بين العقدين في الفقه والقضاء الفرنسيين:

Ch. Mas, «Le sort de crédit-bail à la suite de l'anéantissement rétroactif de la vente: entre théorie générale des obligations et droit des contrats spéciaux», LPA 19 juillet 1995, n° 86, p. 18; Cass. com. 3 janv. 1972, Bull. civ. IV, n° 1, p. 11; D. 1972. 649 note Trochu; Cass. com. 13 juin 1977, D. 1977, IR. 454.

² - René Rodière et Jean-Louis Rives- Lange, Droit bancaire, Dalloz, 1975, p 394.

من حيث أن شركة الاعتماد الإيجاري تمنح باعتبارها مؤجرة وعلى شكل تأجير أصولا مشكلة من تجهيزات أو عتاد للمستأجر وهذا الأخير يلتزم في المقابل بأقساط أجرة ولمدة ثابتة.

وقد أكدت المادة الأولى فقرة 2 من الأمر 96-09 بأن العلاقة الناشئة بين شركة الاعتماد الإيجاري والمستأجر ذات طبيعة إيجارية¹.

ويرتبط عقد الإيجار بإمكانية تملك المستأجر للمال المؤجر في نهاية مدة الإيجار وهو الخيار الذي بتنفيذه من قبل المستأجر تنشأ علاقة أخرى بينه وبين المؤجر، فيتحول من علاقة إيجار إلى علاقة بيع للأصل المنقول، وتبعاً لهذا الخيار، فإن المستأجر بعد أن كان ينتفع ويجوز بوصف الإيجار للأصل المؤجر فإنه يصبح مالكا له على أساس الشراء.

وبناء عليه فإن التزام مؤسسة الاعتماد الإيجاري مع المستأجر المستفيد لا تكون قائمة فحسب على علاقة الإيجار، بل على علاقة بيع عند استعمال المستأجر خيار الشراء، وقد تنتهي علاقة المؤجر بالمستأجر فور انتهاء مدة الإيجار دون تحديد له أو استعمال خيار الشراء للأصل، ويمكن تصور بقاء علاقة الإيجار قائمة بين المؤجر والمستأجر إذا اختار هذا الأخير خيار تجديد عقد الإيجار، إذا كان الأصل مازال عمره الفني والاستهلاكي قائما، وإذا انتهت علاقة المؤجر بالمستأجر بفسخ العقد، فإن المستأجر ملزم برد الأصل محل عقد الاعتماد الإيجاري في اليوم التالي للميعاد المحدد في العقد لانتهاء مدة الإيجار.

وقد أقر المشرع الجزائري بنص الفقرة 15 من المادة 39 من الأمر 96-09 التزام المستأجر باسترجاع الأصل المؤجر في التاريخ المتفق عليه إذا لم يقرر حق الخيار بالشراء، ويتبين من نص القانون أن المشرع الجزائري لم يحسن صنعا عندما عبر عن هذا الالتزام بكلمة استرجاع والأصل أن يستعمل إرجاع أو رد ليستقيم المعنى في هذا الالتزام.

¹ - تنص المادة الأولى فقرة 2 من الأمر 96-09 على: «...تكون قائمة على عقد إيجار يمكن أن يتضمن أو لا يتضمن حق الخيار بالشراء لصالح المستأجر...».

المطلب الثاني

محل عقد الاعتماد الإيجاري للمنقولات

يتخذ محل عقد الاعتماد الإيجاري للمنقولات أهمية خاصة نظرا للدور الكبير الذي يلعبه لأجل تحقيق الهدف المرجو من ظهور هذا العقد، وتأمين الفوائد المبتغاة لكل من المشروع المستأجر والمؤسسة المؤجرة والبائع، بالإضافة إلى أهميته على الصعيد الاقتصادي.

ويجمع الفقه على وجوب أن يتوافر في هذا الموضوع الشروط التي حددتها القواعد العامة، إذ يجب أن يكون معينا تعيينا كافيا وأن يكون ممكنا ومباحا وأن يكون موجودا عند إبرام العقد وفقا لأحكام القانون المدني،¹ هذا بالإضافة إلى مراعاة الشروط الخاصة بعقد الاعتماد الإيجاري.

ومن أجل إبراز أهمية محل عقد الاعتماد الإيجاري للمنقولات، فإننا نرى بحثه من خلال النقاط القانونية المثارة حول المال المنقول موضوع هذا العقد، وأهمها: ماهي المنقولات التي يجوز أن تكون محلا لعقد الاعتماد الإيجاري؟ وهل يجب النظر إلى الهدف الذي خصصت له تلك المنقولات؟ وهل يجوز أن يكون محلا لهذا العقد المنقول الذي يملكه المستفيد المستأجر أو الذي تملكه مؤسسة الاعتماد الإيجاري، أم أنه يجب شراؤه بهدف إعادة تأجيره؟

الفرع الأول: الأموال المنقولة التي يجوز أن تكون محلا لعقد الاعتماد الإيجاري:

انقسمت آراء المشرعين حول تحديد الأموال المنقولة التي يجوز أن يرد عليها عقد الاعتماد الإيجاري، فبرز اتجاهان:

أولا: جواز وقوع عقد الاعتماد الإيجاري على جميع الأموال المنقولة:

لم يحدد المشرع الجزائري طبيعة المنقولات التي يمكن أن تكون موضوعا لعقد الاعتماد الإيجاري، حيث اشترط فقط في نص المادة الثالثة من الأمر رقم 96-09 أن يكون محل العملية يتشكل من تجهيزات أو مواد أو أدوات ضرورية لنشاط المتعامل الاقتصادي.

¹ - انظر المواد 92 وما بعدها من التقنين المدني الجزائري.

ولقد اعتمد قبله المشرع الفرنسي هذا الاتجاه، إذ اعتبرت المادة الأولى/1 من قانون سنة 1966 أن عمليات الاعتماد الإيجاري تجري على أموال التجهيزات "biens d'équipement" وعلى الآلات اللازمة لحرفة أو مصنع "Biens d'outillages"، وذلك بصدد تعريف عمليات الاعتماد الإيجاري حيث اعتبرت أن موضوع هذه العقود هي المعدات أو الآلات التي تقوم المؤسسة المالية بشرائها بغرض تأجيرها للمشروعات التجارية أو الصناعية. وقد اعتبر الفقهاء أن جميع المنقولات يمكن أن تكون موضوعا لعقد الاعتماد الإيجاري، وأن ما ورد بالنص الفرنسي قد أتى على سبيل المثال على المنقولات التي يمكن أن تكون موضوعا لعقد الاعتماد الإيجاري، ولم يكن ذلك على سبيل الحصر⁽¹⁾؛ مما يعني أن القانون الفرنسي أجاز وقوع عقد الاعتماد الإيجاري على جميع الأموال المنقولة.

وتجدر الإشارة إلى أن الحالات الغالبة في عقد الاعتماد الإيجاري، وقوعه على معدات أو عتاد أو تجهيزات.⁽²⁾

وقد طرح مؤخرا في فرنسا جواز اعتماد نظام الاعتماد الإيجاري في تمويل برامج الحواسيب (computer programs)⁽³⁾ إذ أن وضع الحاسوب أو أي سلعة في تصرف المستعمل يستتبع كذلك وضع ملحقاته الضرورية واللازمة لاستعماله الصحيح.

إلا أن أعمال هذه القاعدة في مجال المعلوماتية يطرح صعوبات وتعقيدات عديدة لناحية التفريق بين الأصل والفرع، وتحديدًا بين الحواسيب وبين برامجها ذات الطابع غير المادي.

فالحاسوب، باعتباره سلعة مادية، لا يكون له أهمية ولا يؤدي أي مهمة دون البرامج التشغيلية⁽⁴⁾ التي تنظم عمله وتساعد على تطويره وحل مشاكله.

¹ - Michel Cabrillac, Leasing, Ency. Dalloz, Droit civil, 1973, n°4; Claude Champaud, La Loi du 2 Juillet 1966 ..., art. préc., 2021; et Leasing, J.C.P., 1965, II, doct. 1954, n°38.

² - د. سامي منصور: دراسة عن نظرية الجمع بين إلغاء العقد وتنفيذ البند الجزائي، منشورة في مجلة العدل، 1982، قسم الدراسات القانونية، ص12.

³ - E. M. Bey: Le financement des logiciels: peut-on louer ou donner financièrement à bail un logiciel?, Gaz. Pal. 1985, 2, doct., p.396.

انظر: د. طوني ميشال عيسى: خصوصيات التعاقد في المعلوماتية، المنشورات الحقوقية، 1996، ص174.

⁴ - CA Paris, 5 ch. A, 19 mai 187, J.C.P., 1987-11-15297, n°15, obs. M. Vivant et A. Lucas.

Ca Aix-en Provence, 8^{ème} ch, 12 sept. 1986, Gaz. Pal, 1987, I, Jur, P. 341, Note E. E.M. Bey.

- CA Paris, 5 Ch. A, 3 Oct. 1989, Cahiers Lamy, février 1990, Juris- Data, N° 20232.

ولم يفرق الفقه الفرنسي بين المعدات بحد ذاتها وبين البرامج التي تؤدي وظيفة تشغيلية لها، فاعتبرها من ملحقات المبيع (أي أنها فرع accessoires للمعدات الأصلية)، وهي تخضع بالتالي للنظام القانوني المطبق على الأموال المنقولة المادية⁽¹⁾.

وقد اعتبر الفقه والقضاء الفرنسيان، اللذان كان يشككان⁽²⁾ في السابق في إمكانية تطبيق نظام الاعتماد الإيجاري في مجال المعلوماتية، أن عملية تمويل برامج الحواسيب باتت ممكنة بعد صدور القانون الفرنسي.

ثانياً: جواز وقوع عقد الاعتماد الإيجاري على جميع الأموال باستثناء بعض

الأموال المنقولة:

اعتمد القانون المصري هذا الاتجاه حيث اعتبرت المادة الأولى من القانون المصري رقم 95 لسنة 1995 أن المال أو الأموال التي يجوز أن تكون موضوعاً لعقد التأجير التمويلي هي كل عقار أو منقول مادي أو معنوي ويكون لازماً لمباشرة نشاط إنتاجي، سلمي أو خدمي، عدا سيارات الركوب والدراجات النارية.

هكذا يبدو أن المشرع المصري قد حسم الجدل الفقهي الذي كان سائداً في فرنسا حول المال المؤجر الذي يجوز أن يكون موضوعاً لعقد الاعتماد الإيجاري، فاعتمد اتجاهها موسعاً، وسمح بإجراء هذا العقد على العقارات وعلى المنقولات المادية والمعنوية على السواء³.

وقد اعتبر بعض الفقهاء⁴ أن استبعاد المشرع المصري لسيارات الركوب والدراجات النارية من نطاق الاعتماد الإيجاري لا يعني استبعاده لكافة وسائل النقل؛ إذ يجوز أن يقع عقد الاعتماد الإيجاري على

¹ - Ph. Le Tourneau, Contrats informatiques et électroniques, Dalloz, 6^e éd., 2010, p. 1; E.- M. Bey, «Le financement des logiciels: peut-on louer ou donner financièrement à bail un logiciel?», Gaz. Pal. 1985, 2, doct., p. 396; R. N. Schütz, D. Rep. civ. janv. 2007, n° 55 s.

² - CA. Pau, 8 juin 1995, juris. Data, n° 45 546; JCP. E. 1996, I, 559, n° 10, obs. M. Vivant et C. Le Stanc; A. Bensonssan, Droit de l'informatique et de la télématique, Répertoire permanent Berger-Levrault Systema, 1985, "crédit-bail informatique", étude 15, n° 10.; M. Vivant, Ch. Le Stanc, Chron. Droit de l'informatique, JCP, E. 1996, n° 21, p. 559; A. Diaka, op. cit., n° 286, p. 680.

³ - عبد الرحمن السيد قرمان، مرجع سابق، ص 21.

⁴ - المرجع نفسه، ص 08؛ د/ إلياس ناصيف، عقد اليزنغ في القانون المقارن، منشورات الحلبي الحقوقية، ط 1، 2008، ص 19.

سيارات النقل الجماعي والشاحنات والناقلات البحرية أو البرية أو الطائرات، إذ أن هذه الوسائل تعتبر المجال الأكثر استخداما في عقود الاعتماد الإيجاري، وذلك بسبب ارتفاع أسعارها وعدم قدرة الأشخاص على شرائها في بداية نشاطهم.

ثالثا: حصر وقوع عقد الاعتماد الإيجاري على الأموال المنقولة فقط:

اعتمدت هذا الاتجاه اتفاقية أوتاوا في كندا بتاريخ 1988/05/28، حيث حصرت المادة الأولى تطبيق هذه الاتفاقية على المعدات والبضائع، أي على الأموال المنقولة¹ دون العقارات، والسبب الأساسي في ذلك هو أن اتفاقية أوتاوا تعنى أساسا بتمويل عمليات تصدير واستيراد المعدات اللازمة لنقل التكنولوجيا باعتبارها سلعة عبر الدول.

الفرع الثاني: الغرض الذي تخصص له المنقولات موضوع عقد الاعتماد الإيجاري:

لم تتفق كافة التشريعات على الغرض الذي يمكن أن تخصص له المنقولات التي يجوز أن تكون موضوعا لعقد الاعتماد الإيجاري. ففي الولايات المتحدة الأمريكية لا يقتصر الاعتماد الإيجاري على تمويل الاستثمارات الإنتاجية، بل تمّ اعتماده وسيلة ائتمان بمفهومها الواسع، وسمح باعتماد الاعتماد الإيجاري كذلك للحصول على السلع المخصصة للاستعمال الشخصي².

في حين اقتضت أحكام اتفاقية أوتاوا المؤرخة في 1988/5/28 على أن الاعتماد الإيجاري متعلق بالأموال التي تستعمل في نشاطات تجارية أو مهنية³، أي على السلع الإنتاجية، ولذلك نعرض في هذا العنصر لموقف التشريعات الحديثة:

¹ - Amin Dawas, The 1988 Unidroit Convention on International Financial, Journal of Law, published by Academic Publication Council Kuwait University, vol. 21, n°4 ; dec. 1997, P.12.

² - Dosse, «Le Leasing (Crédit- Bail) aux Etat-Unis», Banque, 1976, Technique Bancaire. p.296.

³ - Amin Dawas, op.cit., p.13.

أولاً: بالنسبة للقانون الفرنسي

أما في فرنسا، فقد نشأ خلاف فقهي حول ما إذا كانت المنقولات محل عقد الاعتماد الإيجاري يمكن أن تكون مخصصة للاستعمال الشخصي أم يجب حصرها بالسلع الإنتاجية.

ومرد هذا الاختلاف في الفقه الفرنسي إلى عمومية نص المادة الأولى من القانون رقم 455 الصادر في يوليو 1966، فقد ذهب بعض الفقهاء¹ إلى عدم جواز تطبيق أحكام عقد الاعتماد الإيجاري على تمويل شراء الأثاث المنزلي أو الكماليات، مستندين في ذلك إلى أن عقد الاعتماد الإيجاري نشأ في بيئة تجارية واقتصر تطبيقه على الآلات والتجهيزات المخصصة للاستعمال المهني في التجارة والصناعة،² وبالتالي لا يطبق على المنقولات حتى ولو كانت مادية، إذا كانت مخصصة للاستعمال الشخصي.

وقد اعتبرت محكمة النقض الفرنسية أنه يجب استعمال السيارة السياحية ضمن نشاط وعمل الشركة المستأجرة لكي تدخل في المعدات والتجهيزات التي يمكن أن يقع عليها عقد الاعتماد الإيجاري.³

في حين ذهب فقهاء آخرون⁴ إلى اعتبار أن عقد الاعتماد الإيجاري يمتد ليشمل المنقولات المخصصة للاستعمال الشخصي، وذلك استناداً إلى مبدأ حرية التعاقد، كما أن القانون سنة 1966 صدر في بداية انتشار هذا العقد، ولم يكن في ذلك الوقت يتصور أن لا يمتد مجاله ليشمل المنقولات المخصصة للاستعمال الشخصي.

¹- Michel Cabrillac, Ency. Dalloz, Droit civil, 1973, n° 04.

²- وتجدر الإشارة إلى أن المعدات الصناعية والمعدات الطبية ووسائل النقل بالإضافة إلى تجهيزات الإعلام الآلي هي الأكثر شيوعاً كموضوع لعقود الاعتماد الحاصلة، وهي التي توافق شركات الاعتماد الإيجاري على إجراء عقود الاعتماد الإيجاري بشأنها، بالرغم من عدم وجود نص قانوني يحظر إجراء هذا العقد على غيرها من الأموال.

إلا أن ما تعتمده الشركات المؤجرة هو دراسة الجدوى الاقتصادية للمشروعات أو الأشخاص الذين يتقدمون لديها بطلبات من أجل تمويل حصولهم على ما يحتاجون إليه من معدات أو تجهيزات، وهذه الشركات ترى أن المعدات الصناعية والطبية هي الأكثر رواجاً وتؤمن لها الضمانة في الحصول على حقوقها.

³- Cass. Com. 15 déc. 1975, D. 1976-407, note Lucas de Leysac: «qu'une voiture automobile, fût-elle de tourisme, constitue un bien d'équipement dès lors qu'elle est utilisée pour le fonctionnement de la société locataire».

⁴- Claude Champaud, Le Leasing, art. préc., n° 2021.

- R. Houin, «Le nouveau Régime de la Location Gérance du Fonds de Commerce», R.T.D. Com. 1965, p.297.

كما اعتبر بعض الفقهاء¹ الذين أيدوا جواز وقوع الاعتماد الإيجاري على المنقولات المخصصة للاستعمال الشخصي، أن المشرع الفرنسي لم يحدد في المادة الأولى من القانون الصادر سنة 1966 نوع استعمال المنقولات التي تكون محلا لذلك العقد، في حين تم تحديده من الفقرة الثانية بالنسبة لعقود الاعتماد الإيجاري الواردة على الأموال العقارية وقصرها على تلك المخصصة للاستعمال المهني، فاعتبروا أن هذا يدل على نية المشرع في تطبيق امتداد عقد الاعتماد الإيجاري ليشمل جميع المنقولات أيا كان الغرض المخصصة له.

إلا أن الرأي الراجح في الفقه الفرنسي²، اعتبر أن المشرع الفرنسي يستبعد السلع المخصصة للاستعمال الشخصي من نطاق تطبيق قانون 1966.³

¹ - «Aujourd'hui, beaucoup d'auteurs préfèrent considérer qu'il existe des opérations de crédit-bail en dehors de celles réglementées par le code monétaire et financier. Deux justifications fondées sur l'analyse des textes sont avancées. Le début de l'article L. 313-7 du code monétaire et financier : « Les opérations de crédit-bail mentionnées par la présente sous-section sont : (...) », suggère qu'il existe des opérations de crédit-bail en dehors de celles que le texte réglemente» V. M. Giovanoli, Le crédit-bail (Leasing) en Europe : Développement et nature juridique, étude comparative avec référence particulière aux droits français, allemand, belge, italien et suisse, 1980, Litec, n° 158; BEY, op.cit., p. 212; Guy Duranton, «Crédit-bail mobilier», Rép. com., Dalloz, juin 2000., n° 17: «Dire que le crédit-bail doit porter sur des biens affectés à un usage professionnel pour que les dispositions du code monétaire et financier s'appliquent ne signifie pas forcément qu'en dehors du financement de ce type de biens, il n'existe pas d'autres opérations de crédit-bail...»

د. فايز نعيم رضوان، المرجع السابق، ص. 102.

² - CRÉMIEUX-ISRAËL, op.cit., p. 24); Guy DURANTON, crédit-bail mobilier, art. préc., n° 7: «L'affectation du bien est donc toujours le critère d'application de la réglementation spéciale du crédit-bail par le code monétaire et financier.»

³ - وهذا هو موقف المشرع الفرنسي الذي تبناه المادة 10 L. 313-7, من تقنين الصرف والمالية:

Art. L313-7: (Modifié par Loi n°2005-882 du 2 août 2005 - art. 27 JORF 3 août 2005)

«Les opérations de crédit-bail mentionnées par la présente sous-section sont :

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 ;»

ويترتب على ذلك أن المستأجر في عقد الاعتماد الإيجاري يجب أن يكون بالضرورة محترفاً لنشاط اقتصادي، مما يؤدي إلى استبعاد جمهور المستهلكين في عقود الاعتماد الإيجاري¹

ثانياً: بالنسبة للقانون الجزائري.

تنص المادة الثالثة من الأمر رقم 96-09 على أن عقد الاعتماد الإيجاري للمنقول، هو ذلك العقد الذي يجب فيه أن تكون المنقولات ضرورية لنشاط "المتعامل الاقتصادي"، وبالتالي يفترض فيه أن يتعلق بالمعدات الإنتاجية وأدوات العمل، وتخرج بذلك السلع الاستهلاكية من نطاق عملية الاعتماد الإيجاري، وبالنتيجة يجب أن يكون المستأجر شخصاً محترفاً دائماً لنشاط اقتصادي وليس بمستهلك.

ثالثاً: بالنسبة للقانون المصري.

لقد استفاد المشرع المصري من الجدل الدائر حول غرض المال محل التأجير التمويلي لأهداف إنتاجية أو استهلاكية، فحسم الجدل بنص المادة الأولى من اللائحة التنفيذية للقانون رقم 95 لسنة 1995 التي نصت على أن المال المقصود في التأجير التمويلي هو: «كل عقار أو منقول مادي أو معنوي

¹- Claude Champaud, La Loi du 02 Juillet... ,art. préc..., CI80299. ; El Mokhtar Bey, De la Symbiotique, op.cit., p.170.

وبالنسبة للمشرع المغربي عندما عرف في المادة 431 من مدونة التجارة الائتمان الإيجاري للمنقول بأنه: "كل عملية إكراء للسلع التجهيزية أو المعدات أو الآلات التي تمكن المكترى كيفما كان تكييف هذه العمليات من أن يتملك في تاريخ يحدده مع المالك كل أو بعض السلع المكررة لقاء ثمن متفق عليه يراعى فيه جزء على الأقل من المبالغ المدفوعة على سبيل الكراء" لم تقتصر على المنقولات ذات الطابع المهني والمفترض أنها الغاية التي جاءت من أجلها العملية منذ البداية، حيث جاءت لتستجيب لحاجة اقتصادية لدى المشروعات التي لا تملك المال الكافي لاقتناء معدات ما في حاجة إليها، أو أن حاجتها إليها هي مؤقتة، خصوصاً وأن مشروع مدونة التجارة لسنة 1988 كان ينص على الصفة المهنية لهذه التجهيزات أو المعدات، ليتم التراجع عن هذه الصفة وحذفها في نسخة سنة 1996. وبالإضافة إلى ذلك، إن استعمال هذه الآلية في المجال الاستهلاكي يؤدي إلى إرهاب كاهل المستهلك بفوائد وعمولات وأعباء ضريبية لا يمكن أن يتحملها إلا المنتج خصوصاً إذا علمنا أن قانون المالية المغربي لسنة 2008 قد تم فيه حذف الامتياز الضريبي الذي كانت تتمتع به عقود الائتمان الإيجاري حيث كانت مغفية من الضريبة على القيمة المضافة لتصبح خاضعة لها، الأمر الذي يجعل ولوج المستهلك إلى هذه العملية حالياً من أية محفزات مقارنة بالمنتجات المالية الأخرى. ورغم أن البعض يحاول تفسير عبارة السلع التجهيزية أو المعدات أو الآلات بأنه لا يمكنها إلا أن تكون ذات طابع مهني، إلا أن خلو النص من أي تحديد وكذلك توسيع تفسير مصطلح السلع التجهيزية والمعدات يشمل حتى ما يمكن أن يستعمله الإنسان العادي في حياته اليومية لحاجات استهلاكية أكثر منها مهنية، يؤدي إلى القطع في إمكانية ولوج المستهلك إلى هذا النوع من العمليات المالية بالإيجاب والتأكيد.

يكون موضوعا لعقد تأجير تمويلي ويكون لازما لمباشرة نشاط إنتاجي سلمي أو خدمي عدا سيارات الركوب والدراجات الآلية».

وهكذا يتضح أن المشرع المصري اشترط أن يكون المال لازما لمباشرة نشاط إنتاجي لا استهلاكي، وبصرف النظر عن المجال الذي يستغل فيه هذا المال، فيجوز استغلاله في إنتاج سلمي أو في تقديم خدمات تجارية أو صناعية أو زراعية أو مهنية أو سواها، ولكنه استبعد استغلال المال في النشاط الاستهلاكي، أي استبعد تخصيصه للاستعمال الشخصي؛ فالعبرة في هذا المجال ليست بطبيعة المال وإنما بالغرض الذي يخصص له تبعاً لنشاط المستأجر.

فأجهزة الكمبيوتر يمكن أن تكون محلاً لعقد التأجير التمويلي إذا كان المستأجر إحدى الشركات أو البنوك، ويمكن أن تخرج من هذا النطاق إذا كان المستأجر أحد الأفراد ويستخدم الجهاز لأغراضه الخاصة، فالعبرة في مصر بالغرض الذي تخصصه له الأموال موضوع عقد التأجير التمويلي¹.

الفرع الثالث: موقف التشريعات الحديثة من اشتراط شراء المنقولات بقصد تأجيرها في

عقد الاعتماد الإيجاري :

يظهر عقد الاعتماد الإيجاري كوسيلة تمويل فريدة لا تخفى مزاياها، وبهدف معرفة السبيل لتحقيق أكبر قدر من تلك المزايا يطرح التساؤل حول مدى اشتراط شراء المؤجر للمنقولات قبل تأجيرها وفق عقد الاعتماد الإيجاري *Achat d'un bien mobilier en vue de sa location* ، وهل يستحسن أن يؤجر المؤجر ممتلكاته فقط؟ ونتناول في هذا الفرع الموقف التشريعي من هذه المسألة في القانون الجزائري والمقارن:²

¹ د/علي سيد قاسم، المرجع السابق، ص.95؛ د/ عبد الرحمن السيد قرمان، المرجع السابق، ص7؛ د/ فخر الدين الفقي، صناعة التأجير التمويلي مع دراسة تحليلية للسوق المصري، بنك الكويت الصناعي، الكويت، 2000، ص.31.

² مع التذكير بأنه وعلى الصعيد الدولي، ورد شرط الشراء المسبق لعقد الاعتماد الإيجاري في اتفاقية "أوتاوا" المتعلقة بعقد الاعتماد الإيجاري الدولي المؤرخة في 28 ماي 1988، إذ جاء في نص الفقرة "أ" من المادة الأولى من هذه الاتفاقية مايلي:

" تطبق هذه الاتفاقية على عمليات الاعتماد الإيجاري الموصوفة في الفقرة 2 وفيها يقوم طرف (المؤجر التمويلي) ب: أ- إبرام -بناء- على طلب طرف آخر (المستأجر التمويلي) عقد توريد مع طرف ثالث (المورد) يشتري منه بمقتضاه أموالاً تجهيزية أو عتاد عمل يحدده المستأجر التمويلي..."

أولاً: شرط الشراء المسبق لمحل عقد الاعتماد الإيجاري للمنقول في التشريع الجزائري:

لقد تطرقت المواد الستة الأولى من الأمر رقم 96-09 إلى تعريف عمليات الاعتماد الإيجاري، ولم يرد فيها -ولا في غيرها- اشتراط شراء محل عقد الاعتماد الإيجاري من طرف المؤجر ومن ثم تأجيرها.

يظهر إذن من خلال نصوص قانون الاعتماد الإيجاري أن المشرع الجزائري لم يضع شرط الشراء المسبق لمحل عقد الاعتماد الإيجاري بما فيه المنقول، بل ويتضح من خلال بعض نصوص مواد قانون الاعتماد الإيجاري أنه بإمكان المؤجر تأجير مال يملكه سلفاً وفق عقد اعتماد إيجاري، ومثال ذلك نص المادة التاسعة من هذا القانون الذي يجيز صراحة للشركة تأجير محل تجاري أو مؤسسة حرفية من ملكها، كما اعتبرت المادة الثانية من ذات القانون عمليات الاعتماد الإيجاري طريقة تمويل لاقتناء الأصول أو استعمالها، وإذا كانت كلمة "اقتناء" الواردة في هذه المادة تعني شراء الأصل فإن كلمة "استعمال" توحى بأن الأصل كان مملوكاً للشركة المؤجرة ثم مكنت المستأجر من استعماله عن طريق عقد اعتماد إيجاري.

وكنتيحة طبيعية لإغفال المشرع الجزائري لتقرير شرط الشراء المسبق لمحل عقد الاعتماد الإيجاري للمنقول، أغفل كذلك تنظيم عقد التوريد (الذي تنتقل بموجبه الملكية من المورد إلى المؤجر) ومركز المورد، ودعوى الرجوع المباشرة للمستأجر على المورد في حالة وجود عيوب خفية، فهذه المسائل الثلاث أجدد بالتنظيم من طرف المشرع لأنها موجودة -على الأقل في الحالات التي يتفق فيها المستأجر مع المؤجر على أن يقوم الأخير بشراء الأصول المنقولة محل العقد ثم تأجيرها للأول وفق عقد اعتماد إيجاري.

وبالرغم مما سبق بيانه، نجد أن عقود التمويل بالاعتماد الإيجاري في الجزائر تتوجه إلى كون شراء محل هذا العقد خطوة من خطوات عملية الاعتماد الإيجاري، فهذه العقود لا تتوانى عن تنظيم العلاقة بين المستأجر وبائع الأصول المنقولة، مما يعني أن المؤجر قد سبق له اقتناء هذا الأصل من البائع ثم أجره بعد ذلك إلى المستأجر.¹

¹ - حيث أنه ومن خلال استطلاع الوضع في الممارسة الجزائرية من خلال عقود اعتماد إيجاري لكل من بنك البركة، وشركة ناتيكسيس الجزائر "Natixis Algerie" كمثال عما تعرفه الممارسة في الجزائر، حيث يستقر الوضع على أعمال شرط الشراء المسبق لمحل عقد الاعتماد الإيجاري قبل تأجيرها، وذلك استناداً للعقد نفسه في ظل غياب النص القانوني الصريح.

ثانياً: الوضع في التشريع الفرنسي:

يعرف المشرع الفرنسي عقد الاعتماد الإيجاري للمنقول "Crédit-bail mobilier" المعني بنص الفقرة الأولى من المادة 7-313L من تقنين الصرف والمالية بأنه: "عمليات تأجير تجهيزات ومعدات وآلات لازمة لمزاولة حرفة أو صناعة، والتي يتم شراؤها بقصد إعادة تأجيرها بواسطة مشروعات تظل هي المالكة لها، وذلك عندما تخول هذه العمليات -أيا كان تكييفها- للمستأجر الحق في تملك كل أو جزء من الأشياء محل الإيجار مقابل ثمن يتفق عليه ويؤخذ بالاعتبار عند تقديره المبالغ التي دفعها المستأجر على سبيل الإيجار".

وبذلك نجد أن المشرع الفرنسي يشترط سبق شراء المؤجر للمال المؤجر من أجل تأجيره إلى المستأجر، تحت طائلة فقد صفة الاعتماد الإيجاري،¹ وبذلك تستبعد عمليات التأجير المباشرة من نطاق تطبيق النص، والتي يلجأ إليها البائعون والمنتجون لتسويق بضائعهم، عن طريق منح زبائنهم تسهيلات للوفاء بالثمن،² كما تخرج مقابل ذلك عمليات التأجير المباشر من هذا النطاق حتى ولو اقترنت بتحويل المستأجر حق تملك المال في نهاية مدة الإيجار.

ويلاحظ أن القانون الفرنسي يتماشى مع الرأي الذي يذهب إلى اعتبار الاعتماد الإيجاري تقنية تمويل يطلب فيها العميل من شركة التأجير شراء مال معين من الغير بهدف تأجيره له، وبذلك يكون الاعتماد الإيجاري عملية ثلاثية تستند إلى عقدين: عقد بيع مبرم بين المؤجر والبائع، وعقد اعتماد إيجاري يبرم بين المؤجر والمستأجر.³

فالأصول المنقولة المعنية بعقد الاعتماد الإيجاري يجب ان تشتري لغاية تأجيرها، وحتى لو لم تتم عمليات التأجير فعلاً، فيتعين على شركة الاعتماد الإيجاري أن تتعهد في بنود العقد بشراء المنقولات المحددة على نفقتها، وفي جميع الحالات يجب أن تكون هذه المنقولات محل العقد قد سبق شراؤها، أما إذا كان المال المؤجر من صنع المؤجر نفسه فلا يطبق على مثل هذا التصرف قانون الاعتماد الإيجاري.

¹ - د/ نجوى إبراهيم البدالي، عقد الإيجار التمويلي، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، طبعة سنة 2005، ص 308 و309.

² - Cass. com. 13 avr. 1976, D. 1976. 695, note Lucas de Leyssac, JCP 1977. II. 18669, note Bey, RTD com. 1976. 793. obs. Hémarid.

³ - Bonneau Thierry, Droit Bancaire, L.G.D.J., Paris, 7^{ème} éd. 2007, p. 394.

والمشرع الفرنسي باشتراطه سبق شراء المنقول من أجل تأجيره إلى المستأجر، يكون قد اعتد بالدور المالي الذي تؤديه الشركات المؤجرة التي لا تعدو أن تكون وسيطا ماليا في تداول الأصول الانتاجية المنقولة. فمن أهم خصائص الاعتماد الإيجاري هي أن المؤجر ليس هو منتج الأصل أو المعدات، بل يقتصر دوره على تقديم التمويل فقط، وأن المستأجر يختار بنفسه المعدات، وتقع عليه مسئولية قدمها أو عدم مسيرتها للتطورات الحديثة ومدى ملائمتها لأغراضه.¹

ثالثا: الوضع في التشريع المصري:

يلاحظ من خلال الفقرة الثانية من المادة الثانية² من القانون المصري رقم 95 لسنة 1995 أن المشرع المصري لا يشترط عملية الشراء المسبق للمعدات أو أدوات الإنتاج من المورد أو المنتج بقصد تأجيرها تأجيرا تمويليا كما فعل المشرع الفرنسي، وإنما هو يجيز حتى عمليات التأجير التمويلي التي ترد على أموال منقولة مملوكة مسبقا للمؤجر، أو تلك التي يتلقاها هذا الأخير من المورد استنادا إلى أي عقد من العقود.

ويؤيد جانب من الفقه المصري³ هذا الموقف، وذلك لكونه يوسع من نطاق التأجير التمويلي للمنقولات ليشمل المنقولات المملوكة مسبقا لشركة التأجير، مما يساعد في تأجير بعض المعدات والآلات المستعملة والمملوكة لتلك الشركة.

¹ - Guy Duranton, op. cit. n^{os} 103,99 et 117 : «. Les contrats de crédit-bail ne manquent pas de prévoir expressément que le crédit-preneur choisit en qualité de mandataire de la société de crédit-bail et sans intervention de ce dernier le matériel de la marque et du type qui lui convient ainsi que son fournisseur, qui peut indifféremment être le constructeur ou un revendeur du matériel en parfaite connaissance du matériel, de ses conditions de livraison, de fonctionnement et de rendement. La société de crédit-bail se cantonne à un rôle purement financier et le crédit-preneur jouit d'une entière liberté dans la détermination des qualités techniques du matériel... dès lors que le bien s'avère, en pratique, relativement standardisé....»

² - ورد فيها العبارة الآتية " ... كل عقد يلتزم بمقتضاه المؤجر بأن يؤجر إلى مستأجر منقولات مملوكة له أو تلقاها من المورد استنادا إلى عقد من العقود....".

³ - انظر على سبيل المثال: د/ علي سيد قاسم، المرجع السابق، ص 106.

كما أن ذلك يفتح الباب أمام الموردين الذين يملكون المعدات والآلات إلى ممارسة نشاط التأجير التمويلي، فطالما أن هذه الآلات والمعدات مملوكة مسبقاً للمورد، فيجوز له ممارسة نشاط التأجير التمويلي بعد استيفاء متطلبات القانون.

حتى أن المورد قد يملك مستودعات مليئة بالمعدات والآلات، وبذلك يتيسر له التصرف فيها.

كما أن اتجاه المشرع المصري يواجه الفرض الذي ينتهي عن أعمال المستأجر لخياريه في عقد التأجير التمويلي رد الأصول المؤجرة إلى شركة التأجير التمويلي، فهنا تستطيع الشركة تأجيرها مرة أخرى -على فرض صلاحيتها- إلى مستأجر آخر.

المبحث الثاني

الطابع الاستثنائي لعقد الإيجار في عملية الاعتماد الإيجاري للأصول المنقولة

الواضح أن الإيجار في عملية الاعتماد الإيجاري ذو طبيعة مزدوجة. فإنه أولاً يسمح للمستأجر وبطريقة تقليدية بالاستمتاع الفوري بالأصل المنقول مقابل دفع أقساط الإيجار، لكنه أيضاً يحقق عملية ائتمان، حيث تغطي بدلات الإيجار ثمن الأصل وتعويض فوائد رأس المال المستثمر من قبل المؤجر، وبالنسبة لهذا الأخير، يعتبر اللجوء للإيجار وسيلة للحفاظ على الملكية وللمطالبة باسترجاع الأصل في حالة عدم وفاء المشروع المستأجر بأقساط الإيجار. ذلك أن حق الملكية يلعب دوراً خاصاً في إطار عقد الاعتماد الإيجاري للأصول المنقولة، إنه هو الضمان الرئيسي المقرر لمؤسسة الاعتماد الإيجاري ضد خطر إعسار المشروع المستفيد في حالة عجزه عن الوفاء بأقساط الأجرة المقررة.¹

لكن وحتى يؤدي عقد الإيجار دوره الائتماني الذي وجد من أجله، فقد تدخلت شركات الاعتماد الإيجاري بما لها من قوة وتفوق لتعمل سلطان إرادتها بتعديل قواعد عقد الإيجار التقليدي المكتملة، بما يحقق أقصى حماية لحق ملكيتها على المنقولات المؤجرة وبما يجنبها كل التزام، وإن أتى ذلك على حساب المشروع المستأجر (المطلب الأول)؛ وأمام هذا الاستخدام الجديد للإيجار، لنا أن نتساءل حول مدى إمكان إخضاع هذا العقد في عملية الاعتماد الإيجاري للأصول المنقولة للقواعد العامة ومدى سماحها للمؤجر بالتوصل إلى الهدف الذي ينشده من عملية الاعتماد الإيجاري الواردة على منقولات مادية، ونظراً لأن الإيجار في عملية الاعتماد الإيجاري أصبح ذا وظيفة تمويلية، فقد شوهت خصائص عقد الإيجار التقليدي ليتسم في عملية الاعتماد الإيجاري للمنقولات بخصائص مميزة (المطلب الثاني):

¹ - د\ عبد الفتاح محمد عبد الفتاح، نظام التأجير التمويلي في القانون المصري طبقاً للقانون 95 لسنة 1995، جامعة عين شمس، 2004، ص

المطلب الأول

تشويه ملامح الالتزامات الأساسية لأطراف عقد الإيجار في عملية الاعتماد الإيجاري

للأصول المنقولة

تشهد عملية الاعتماد الإيجاري للأصول المنقولة عدة روابط بين أطرافها، لكن العلاقة الرئيسية في العملية كما سبق بيانه هي تلك الرابطة بين المؤجر (المؤسسة المالية أو شركة التأجير) والمستأجر (المشروع المستفيد). فيسمح عقد الإيجار في هذه العملية باستعمال المستأجر للأصل المنقول الذي يحتفظ المؤجر بملكيته من جهة، وبالوفاء الذي يقوم به المستأجر لمصلحة المؤجر من جهة أخرى.

ولقد اعتبرت هذه العلاقة إيجارية رغم الاعتراضات الحادة التي أبدتها البعض¹ لهذا التصور، فلقد اعتمد المشرع الجزائري على المصطلحات² الخاصة بعقد الإيجار العادي من ناحية، كما أنه لا شك في أن إرادة الأطراف تتوجه إلى أن يبدو الإيجار المحور الرئيسي للعملية، لأن فائدة الرجوع لهذه التقنية تمثل امتيازاً للأطراف أو بالأحرى للطرف الأقوى على فرض إرادته بمضمون العقد، ومن هنا تبدأ القواعد غير المألوفة مقارنة بالقواعد العامة لعقد الإيجار.

واستقراء مضمون العقد تبدو فائدته من خلال مقارنة التزامات طرفي عقد الإيجار في عملية الاعتماد الإيجاري للمنقولات بالتزاماتهما في الإيجار التقليدي، ما يسمح لنا بإدراك الأسباب التي أدت إلى تجاوز التزامات الطرفين الحدود المترتبة على عقد الإيجار في صورته التقليدية.³ لذلك سنتناول هذا التجاوز أولاً بالنسبة لالتزامات المؤجر (الفرع الأول) ثم بالنسبة لالتزامات المستأجر (الفرع الثاني)؛ إذ ومن خلال هذين العنصرين، ندرك أسباب تجاوز التزامات الطرفين في عقد الاعتماد الإيجاري لآثار الإيجار التقليدي:

¹ - Mario Giovanoli, Le crédit-bail (Leasing) en Europe : op.cit., p. 34 : « L'analogie du Leasing financier avec le contrat de location classique est plus superficielle que réelle... »

² - انظر المادة الأولى من الأمر رقم 96-09 المتعلق بالاعتماد الإيجاري: " ... تكون قائمة على عقد إيجار يمكن أن يتضمن أو لا يتضمن حق الخيار بالشراء...."

³ - د\ عبد الفتاح محمد عبد الفتاح، المرجع السابق، ص 304.

الفرع الأول: نطاق تجاوز التزامات المؤجر في عقد الاعتماد الإيجاري للمنقولات

لما كان الإيجار عقدا يلتزم المؤجر بمقتضاه بأن يمكن المستأجر من الانتفاع بشيء معين مدة معينة ولقاء أجر معلوم، فإن التزامات المؤجر تدور حول التزامه بتسليم المال للمؤجر، وتعهد هذا المال بالصيانة التي تجعله صالحا دائما لأداء الغرض المخصص له، كما أن المؤجر يضمن للمستأجر التعرض سواء الصادر منه أو من الغير، بالإضافة الى ضمانه العيوب الخفية التي تظهر خلال مدة الإيجار ويكون من شأنها أن تحول دون انتفاع المستأجر بالمال المؤجر، أو أن تنقص منه انتقاصا كبيرا. كل هذه الالتزامات مقابل حقه في الحصول على الأجرة المتفق عليها. ولكن هل يلتزم المؤجر في عقد الاعتماد الإيجاري للمنقولات بكل هذه الالتزامات؟ أم أن طبيعة هذا العقد ووظيفته التمويلية قد عدلت من ذلك؟ وهذا ما سنتناوله فيما يلي:

أولا: الاتفاقات الرامية إلى التعديل في التزام المؤجر بالتسليم

يضع المشرع الجزائري التزام المؤجر بتسليم الأصل للمؤجر إلى المستأجر في طليعة الآثار التي يرتبها عقد الإيجار، ولا يخرج عقد الاعتماد الإيجاري عما تفرضه القواعد العامة في عقد الإيجار، حيث تلتزم مؤسسة الاعتماد الإيجاري بأن تسلم الأصل للمؤجر وملحقاته في حالة صالحة لأداء الغرض الذي أجر من أجله¹ حتى يتمكن من الانتفاع به بما يتفق وطبيعة نشاطه.² ويمكن أن يكون المنقول المؤجر مملوكا للمؤجر³ أو أن يكون قد اشتراه لتأجيره للمشروع المستأجر. وفي حالة الشراء يكون المنقول محل الإيجار لدى المورد أو البائع، فيقوم المؤجر باستلامه ثم تسليمه إلى المستأجر. وقد ترك المشرع للطرفين حرية الاتفاق على كيفية تنفيذ الالتزام بالتسليم من حيث الزمان والمكان الذي يتم فيه التسليم.

وفي حالة عدم الاتفاق على ذلك في العقد يجري على الالتزام بتسليم العين المؤجرة ما يجري على

الالتزام بتسليم العين المباعة من أحكام على الأخص فيما يتعلق منها بزمان ومكان تسليم الشيء المؤجر.⁴

¹ - انظر المادة 29 من الأمر رقم 96-09.

² - د\ نجوى إبراهيم البدالي، المرجع السابق، ص 308.

³ - د\ عبد الرحمان السيد قرمان، المرجع السابق، ص 97.

⁴ - انظر المادة 478 من التقنين المدني الجزائري.

ويجب تحديد ميعاد التسليم في العقد لما يمثله من أهمية خاصة، إذ به تتحدد بداية تنفيذ¹ عقد الاعتماد الإيجاري من حيث تسليم الأصول المنقولة محل العقد إلى المستفيد، وبالمقابل كذلك بداية أداء المستأجر لأقساط الإيجار المتفق عليها في العقد، ويتم إثبات تاريخ الاستلام بواسطة محضر التسليم الذي يحرره المستفيد.²

وبالتالي تعتبر الأنظمة القانونية المؤجر في عقد الاعتماد الإيجاري مسؤولاً عن المشاكل المتعلقة بالمعدة أو الأصل المؤجر وذلك باعتباره مالكا له، فبالتالي تلزمه بتسليمه للمستأجر بصفته مطابقاً³ للمواصفات وذلك تطبيقاً للقواعد العامة للإيجار.

لكن ونظراً لما يحيط بعقد الاعتماد الإيجاري من ظروف، ككون اختيار المال المنقول المؤجر يتم غالباً بواسطة المستأجر الذي يحدد مواصفاته الفنية⁴، فإن مؤسسات الاعتماد الإيجاري ومن خلال أعمال سلطان الإرادة، تحرق القواعد القانونية المكملة لعقد الإيجار للتملص من هذا الالتزام، وتوكل المستأجر في استلام المنقولات المؤجرة مباشرة من المورد أو البائع في التاريخ والمكان المحددين، وتعفي نفسها من تحمل أية

¹ - انظر المادة 29 من الأمر رقم 96-09.

² - د\ نجوى إبراهيم البدالي، المرجع السابق، ص 309؛ وانظر كذلك المادة الثانية من دفتر الشروط العامة لشركة SALEM.

³ - فالتسليم لا يعني وضع أصل تحت التصرف فقط، بل يعني أيضاً أن يكون الأصل مطابقاً. وبالتالي، إذا أثار المستأجر عدم صلاحية الأصل لاستعماله فيما أعد له أو تعيينه بعدما سبق له التوقيع على محضر الاستلام دون تحفظ وبعثه إلى المؤجر ليدفع على أساسه ثمن المبيع، فإن القضاء الفرنسي لم يتردد في الدفع بعدم المطابقة كأحد عناصر التسليم ليحمل المؤجر المسؤولية أحياناً، وأحياناً أخرى يحمل المستأجر كامل المسؤولية على أساس توقيعه على المحضر بدون تحفظ. وإذا تطلب التسليم ضرورة تركيب آلة وتجربتها، كان على البائع القيام بذلك، وإلا اعتبر التسليم كأن لم يتم. كما أن التسليم الجزئي يعتبر غيباً له، كأن يسلم البائع حاسوباً دون ملحقاته أي برامج (Logiciels)، الأمر الذي لا يسمح باستغلال الجهاز. وتجدر الإشارة بأن القضاء الفرنسي غير مستقر بخصوص التسليم الجزئي ويدرس القضايا المطروحة عليه حالة بحالة، أي كل حالة على حدى، ذلك أن التسليم الجزئي قد لا يؤثر في بعض الحالات على اعتبار أن الالتزام بالتسليم قد تم فعلاً، والعكس صحيح:

Cass. com. 13 juin 1977, Bull. civ. IV, no 164, D. 1977, IR 454.

4 - «...Mais le crédit-bailleur dénué de toute compétence technique et qui n'a exercé aucun choix du matériel et du fournisseur du matériel loué s'exonère de ces obligations pour n'exercer qu'un rôle purement financier, tout en conservant la pleine propriété du matériel concerné. Ces obligations de délivrance ou de garantie pour aussi fondamentales soient-elles dans le droit commun du bail sont susceptibles de dérogation et d'exonération ou de renonciation, même en droit commun.», V. Guy DURANTON, art. préc.; Cass. Ire civ. 14 févr. 1998.

وانظر في الواقع العملي في الجزائر المادة الرابعة لدفتر الشروط لبنك البركة والخاص بالاعتماد الإيجاري للأصول المنقولة.

وبهذا يكون عقد الاعتماد الإيجاري عقداً ذا طبيعة تمويلية يقابلها بناء قانوني معين يسمح لكل طرف بأن يحقق الغرض التي يسعى إليها ويحدد في نفس الوقت الدور الذي ينبغي عليه أن يقوم به. فكل طرف يقصر تحرياته على نطاقه الخاص: هذه التحريات مالية بالنسبة للمؤجر وتقنية فنية بالنسبة للمستأجر.

نفقات بسبب التأخر في التسليم لكل جزء من الأصول المنقولة- بالنسبة للمواعيد المتفق عليها مع البائع الأول- . وهكذا فقد جرى عرف شركات الاعتماد الإيجاري على نقل الالتزام بالتسليم للمستأجر،¹ وحينها تنتفي مساءلتها على انتفاء التسليم المطابق أو بسبب العيب الخفي المؤثر الموجود بالأصل المنقول المؤجر.²

ومن ثم، فإن على مؤسسة الاعتماد الإيجاري إذ رغبت في الإفلات من تلك المسؤولية أن تضمن عقودها شروطا بهذا المعنى، لكن بشرط أن تكون الأموال المؤجرة قد تم اختيارها بمعرفة المستأجر.³

ولقد قن المشرع المصري ذلك الحكم بالمادة الثامنة من قانون التأجير التمويلي رقم 95 لسنة 1995 وقرر بأنه: " إذا أبرم عقد تأجير تمويلي وأذن المؤجر للمستأجر باستلام المال موضوع العقد مباشرة من المورد فيجب أن يكون الاستلام وفقا للشروط والمواصفات المتفق عليها وبموجب محضر يثبت فيه حالة المال المؤجر وما به من عيوب إن وجدت، ويجوز للمستأجر أن يرفض استلام المال المؤجر إذا امتنع المورد أو المفاوض عن تحرير محضر الاستلام وفقا لحكم الفقرة السابقة، ويكون المستأجر مسئولاً عن أية بيانات تذكر عن المال في محضر الاستلام."

وبالرغم من الطابع المكمل للقواعد العامة للالتزام بالتسليم في التشريع الجزائري، يتضح لنا عدم وجود نص مماثل في الأمر رقم 96-09 لما ورد في نص المادة الثامنة من القانون المصري؛ غير أن نص المادة 40 من ذات الأمر⁴ والمندرجة ضمن القسم الخاص بالأصول غير المنقولة، تسمح للأطراف المعنية بالعقد بالاتفاق فيما بينها لكي يتكفل المستأجر - مقابل حقه في الانتفاع الذي يمنحه إياه المؤجر- بالالتزام أو بعدد من الالتزامات المتعلقة بالمؤجر. وهذا يستفاد منه بأن المستأجر قد يقوم -إذا اتفق على ذلك- باستلام المال المؤجر نيابة عن المؤجر الذي يلتزم أصلاً بالتسليم إلى المستأجر، وعلى ذلك تنطبق على تنفيذ هذا الأخير للاستلام القواعد العامة للوكالة، حيث أنه على المستأجر القيام بفحص ومعاينة المال المؤجر

¹ - Cass. 1^{re} civ. 14 févr. 1998, préc.; Cass. com. 10 mai 1982, Gaz. Pal. 1982.2. panor. 370, obs. A. Piedelièvre, RTD com. 1983.275, obs. J. Hémar et B. Bouloc.

² - د\ حسام الدين فتحي ناصف، التأجير الدولي للمنقول، دار النهضة العربية، 2003، ص 113 و114.

³ - د. حسام الدين فتحي ناصف، المرجع السابق، ص 115 وما بعدها.

⁴ - انظر كذلك المادة 2-1 من دفتر الشروط العامة لشركة SALEM.

للتأكد من كونه مطابقاً للمواصفات المتفق عليها بين المؤجر والمورد والتي سبق للمستأجر تحديدها. ويتم إثبات الاستلام بموجب محضر un procès-verbal de livraison يوضح فيه مدى مطابقة المال المؤجر لما هو متفق عليه.

ولقد قرر القضاء الفرنسي إمكانية الاتفاق على إعفاء المؤجر من المسؤولية بشرط أن يكون المستفيد قد اختار بنفسه الأصل المؤجر، وأن يكون المؤجر قد نقل للمستفيد دعاواه ضد البائع أو المورد.¹

وبالرغم من ذلك نرى أن تسليم أصل غير مطابق لمتطلبات المستأجر هو خطأ شخصي راجع لفعل المؤجر. فمع كون أن المورد هو من سلم الأصل للمستأجر، لكن وبمقتضى استقلال العقود، حتى وإن كان المستأجر هو من اختار الأصل بنفسه وكان المؤجر قد نقل له حقوقه في الضمان، فإن الملكية يتم نقلها للمؤجر، وبالتالي عليه تحمل التزامه (باعتباره مالكا) بهذا الخصوص تجاه المستأجر.

لكن شركات الاعتماد الإيجاري المؤجرة لا تبحث عن هذا، بل إنها تتصرف كمقرض وليس كمالك، والمشكلة أنها تستخدم الملكية كتأمين أو كضمان ليس إلا. وعلى الرغم من أن الملكية هي تأمين وضمن فعال، إلا أن فعاليتها تصاحبها سلبيات أو أعراض جانبية كإجبار المقرض (الشركة المؤجرة) على التسليم والضمان.

إن الهدف الحقيقي الذي تسعى إليه مؤسسات الاعتماد الإيجاري من خلال هذه الحيلة، كما من خلال كل التعديلات التي تدخلها على القواعد العامة للإيجار² هو التخلص من أعباء المسؤولية الناجمة عن التسليم بمعناه الواسع، أي وضع الأصل المؤجر تحت تصرف المستأجر، وأن يكون التسليم كاملاً لا جزئياً، بما فيه أن يكون أصلاً مطابقاً وخالياً من العيوب³ وفي حالة جيدة من التشغيل.

¹ - Guy Duranton, op. cit. n^{os} 103,99 et 119 : «..... La réception technique du matériel est accomplie par le crédit-preneur agissant tant pour son propre compte qu'en qualité de mandataire du crédit-bailleur. À cet effet, le mandataire doit signer le procès-verbal contradictoire attestant la bonne exécution par le vendeur de son obligation de délivrance impliquant ipso facto l'exonération de la propre obligation de délivrance du crédit-bailleur sous la condition de faire corrélativement profiter le crédit-preneur des actions dont il dispose envers le fournisseur»; Ch. Goyet, " Le louage et la propriété à l'épreuve du crédit-bail et du bail superficiaire, Thèse, Strasbourg, Paris ,éd. LGDJ, 1983, n^o 113 et s.; Thierry Bonneau, Droit Bancaire, éd. Montchrestien, 6^{ème} éd., 2005, p. 390.

² - د\ عبد الرحمان السيد قومان، المرجع السابق، ص 98.

³ - د\ قدرى عبد الفتاح الشهاوي، موسوعة التأجير التمويلي، منشأة المعارف، 2003، ص 95.

والشائع في الواقع العملي مطالبة المستأجر بتوقيع محضر يثبت استلام الأصل ومطابقتها للشروط التقنية المرغوبة، أو تحرير محضر صعوبات¹ يرفض بمقتضاه إما الاستلام (في حالة عدم المطابقة ووجود عيوب ونقائص تجعل استعمال الأصل المنقول فيما خصص له مستحيلاً²)، أو الاستلام مع التحفظ على العيوب أو النقائص التي يكون قد لاحظها في محضر التسليم.³

ومع ذلك يجوز للمستأجر أن يتسلم المال المؤجر دون تحرير محضر، إذا قدر أن مصلحته في استلام المال. ولكن إذا أراد بعد ذلك أن يثبت حالة المال المؤجر وما به من عيوب في مواجهة المورد عند الاستلام، فإن عبء الإثبات يقع عليه (المستأجر) على أساس أن استلام المال المؤجر دون تحرير محضر دليل على كونه مطابقاً لما هو متفق عليه. وفي جميع الحالات يكون المستأجر بصفته وكيلًا مسؤولاً قبل المؤجر بصفته موكلًا عن أية بيانات تذكر عن المال في المحضر.⁴ وتطبق في هذا الشأن ما تتضمنه القواعد العامة من أحكام، على أساس أنه بناءً على هذا المحضر يلتزم المؤجر في مواجهة المورد بدفع الثمن.⁵

ويرى البعض⁶ بأن محضر الاستلام يشكل التعبير الأساسي للتناغم الموجود في اتفاقات عقود الاعتماد الإيجاري، وذلك أن المؤجر يريد التأكد بأن الأصل المنقول أو الشيء الذي اشتراه والذي يشكل ضمانته الرئيسية في مواجهة احتمال إفسار مستأجره قد سلم فعلاً، وبالتالي إمكانية تنفيذ عقد الإيجار،

¹ - انظر المادة 15 من دفتر الشروط العامة لبنك البركة وكذا:

« Si le bien n'est pas en état d'être réceptionné, le crédit-prenneur doit rédiger un procès verbal de difficultés », cité par : Guy Durantou, Art. préc., p. 17, n° 99.

² - انظر المادة 38 من الأمر رقم 96-09، بخصوص الأصول غير المنقولة.

E. M. Bey, op. cit. p. 111: « La rédaction du procès-verbal de livraison assure par sa rédaction la protection des parties intéressées ».

³ - Ch. Gavalda et B. Bouloc, Le financement des entreprises, Dalloz 1973, p. 188.

⁴ - غير أن قضاء النقض الفرنسي مؤخرًا يرفض تحميل المستأجر المسؤولية عن تحريره محضر استلام دون تحفظ بالنسبة للمعدات أو الآلات المعقدة أو ذات التقنية العالية، انظر:

Cass.com., 10 févr. 2015, 13-24.501., publié au bulletin..

⁵ - د\ عبد الرحمان السيد قرمان، المرجع السابق، ص 100.

⁶ - E. M. Bey, op. cit. p. 112.

ودفع ثمن شراء الأصل للبائع وبالتالي حقه في الحصول على مبالغ الإيجار المستحقة من المستأجر، خاصة وأن المؤجر كان خارج مجال التفاوض.¹

وكل هذا حماية لمصلحة المؤجر ، فإذا أهمل المستأجر في فحص ومعاينة الأصل المنقول المؤجر عند الاستلام، أو لم يتم بإثبات حالة هذا الأصل والعيوب الموجودة فيه، قامت مسؤوليته في مواجهة المؤجر طبقا للقواعد العامة للوكالة.²

وبالمقابل يعد هذا الالتزام ثقيلًا في نتائجه في حالة عدم احترامه من طرف المستأجر الذي يقع عليه التزام بدفع المبالغ -الإيجارات- المستحقة للمؤجر عن كل فترة الإيجار ولو كان الأصل المؤجر معييا. كما أن المستأجر لا يستفيد من أي تخفيض للإيجار، بل إن عليه التزاما بدفع تعويض للمؤجر إذا لم يكتشف عيوب ونقائص الأصل، بما يخفض من القيمة المالية له أو يخفض مبلغ القيمة المتبقية. ولذلك تسمح

¹ - انظر:

Ch. Bruneau, op. cit. p. 96 : « bien que ce soit elle qui acquière la propriété de la chose, la société de crédit-bail entend être déchargée de tout souci dans sa réception ... elle n'entend pas procéder elle-même à la délivrance : « c'est le vendeur qui doit délivrer le matériel et c'est le locataire qui va s'en servir, qui doit le recevoir... »

² - Guy Duranton, op. cit. n° 117 : «...Les contrats de crédit-bail ne manquent pas de prévoir expressément que le crédit-preneur choisit en qualité de mandataire de la société de crédit-bail et sans intervention de ce dernier le matériel de la marque et du type qui lui convient ainsi que son fournisseur, qui peut indifféremment être le constructeur ou un revendeur du matériel en parfaite connaissance du matériel, de ses conditions de livraison, de fonctionnement et de rendement. La société de crédit-bail se cantonne à un rôle purement financier et le crédit-preneur jouit d'une entière liberté dans la détermination des qualités techniques du matériel...»

ويعتبر Guy Duranton هذه الوكالة تعبيرًا مقنعًا يوظفه المؤجر للتهرب من كل مسؤولية تتعلق بالتسليم أو الضمان في مواجهة المستأجر: «..... Ce mandat serait donc en grande partie rétroactif et ne constitue qu'un moyen de dégager le crédit-bailleur de toute responsabilité quant à ses obligations de délivrance et de garantie avec renonciation à tout recours à son encontre»

غير أن الواقع بين وجود وكالتين الأولى تمنحها مؤسسة الاعتماد الإيجاري للمورد ليقوم بتنفيذ الالتزام الملقى على عاتقها أصلا بتسليم الأصل مباشرة من البائع المورد، والثانية تمنحها للمستأجر لاستلام الأصل المنقول المؤجر مباشرة من البائع المورد، وهو نفس التسليم موضوع الوكالة الأولى: وبالتالي يظل الأمر دائما في إطار التسليم التابع أو الناتج عن عقد البيع. أما التسليم الواجب على المؤجر بموجب عقد الإيجار، فإنها لا تمنح به أية وكالة مكثفة يكون محل التسليم هو واحد سواء في البيع أو الإيجار، وما دام سيتم تنفيذه بمقتضى عقد البيع ، فلا حاجة لأن يمر الأصل من حيازتها لتقوم بتسليمه مرة أخرى للمستأجر تفاديا للمصاريف المتكررة، أي مصاريف الاستلام بموجب عقد البيع والتسليم بموجب عقد الإيجار. بالإضافة الى تعليلها لعدم اختصاصها التقني لفحص مطابقة الأصل المنقول للشروط والمواصفات التقنية التي طلبها المستأجر وضمنتها المؤسسة المالية في إيصالات الطلبية le bon de commande، خاصة وأن المستأجر المستفيد هو من اختار هذه المنقولات في المراحل التمهيديّة لإبرام عقد شرائها طبقا للمواصفات الفنية والتكنولوجية التي تلي احتياجاته، لذلك يجب أن يقوم هو أيضا باستلامها للتأكد من توافرها على هذه المواصفات.، انظر في هذا المعنى:

E. M. Bey, op.cit. p. 124

وانظر كذلك:

C. Auloy, «Crédit-Bail (Leasing)», D. 1980., n° 63: « à ce stade seulement, il est permis de parler d'un mandat »

مؤسسات الاعتماد الإيجاري للمستأجر بالرجوع على البائع وتحريك كل دعوى بسبب التسليم غير المطابق للطلب.¹

لكن مبدأ عدم مسئولية المؤجر يستبعد إذا كان هذا الأخير قد أدى دورا في اختيار المعدة أو في اختيار المورد، ذلك أنه باشتراكه في العملية التجارية، يكون قد فقد مركزه المتمتع بالحماية والمرتبط بدوره التمويلي الحصري.²

ولطالما قام القضاء³ برفض طلبات المستأجر الذي قبل الأصل تأسيسا على محضر الاستلام. لكنه قد يتساءل في بعض الحالات المتعلقة بمعدات معقدة تقنيا كالمعلوماتية التي لا تظهر عيوبها بسهولة إلا بعد استعمالها، لذلك يتفهم موقف المستأجر في الاستلام. لكن إذا لم يبدي المستأجر العناية اللازمة في تسلم الأصل، أو أنه لم يخبر موكله عن الصعوبات التي تصادفه في التسلم، فإنه لا يتردد في مؤاخذته عن هذه الأخطاء.

ولما كان بالإمكان توكيل المستأجر بالاستلام، استغل بعض الفقه -وهو يحاول تكيف عملية الاعتماد الإيجاري الواردة على منقولات- هذا الأمر للاعتراض على التحليل الذي يشبه عملية الاعتماد الإيجاري ببيع منقول مادي لمصاحب بشرط الاحتفاظ بالملكية، على أساس أن البيع يفترض بالضرورة أداء

¹ - D. Crémieux-Israël, op. cit. pp. 52 et 53.

² - وهو ما ذهبت إليه اتفاقية أوتاوا بشأن التأجير التمويلي للمنقول (الموقعة في الثاني من مايو سنة 1988)، وما يزيد الأمر تعقيدا هنا هو أن جانبا من الفقه والقضاء يعتبر التزام المستأجر بتسليم الأصل وتوقيع محضر الاستلام التزاما بنتيجة وليس ببذل عناية، الأمر الذي يؤدي الى تحميل المستأجر بكل نتائج تعيب الأصل أو تسليمه في وقت متأخر عن التاريخ المحدد. على أن القضاة قد اختلفوا بخصوص هذه المسألة، ليخلصوا في الأخير إلى أن التزام المستأجر لا يمكن أن يكون سوى بوسيلة، وإن كان القضاء لا زال لم يحسم الأمر بشكل نهائي، انظر في ذلك:

Guy Duranton, op. cit. n^{os} 103,99 et 117 : « ... le mandat d'agrèer le matériel et en prendre livraison ne soulève aucune discussion quant à son existence, le crédit preneur y assume une obligation de résultat, et subit de ce fait une responsabilité renforcée... À cet effet, l'obligation ainsi souscrite par le crédit-preneur est expressément qualifiée comme devant être de résultat ».

قارن:

D. Crémieux-Israël, op. cit. p. 53: «... le locataire assume une obligation de résultat... une obligation particulièrement rigoureuse...»

³-Cass. Com. 9 janv. 1990, n^o 86-19.308., Bull.civ. IV, n^o 4, p3; Cass. 1^{ère} civ.2 nov. 1994, RJDA, 1995, n^o 3, p. 313:«Le locataire qui signe un bon de réception ne correspondant pas à la réalité ne peut prévaloir de son erreur ou de sa négligence à l'encontre du bailleur pour demander à résolution du contrat.»

إيجاريا من البائع فيما يخص المبيع، في حين أن أداء المؤجر في الاعتماد الإيجاري بهذا الخصوص هو سلبي تماما¹ بل إن كل أداءاته تتسم بالسلبية، باستثناء تقديمه المال للمورد ومسك سند الملكية خلال مدة العملية، الذي يعتبر نشاطا شكليا محضاً، مما يسمح بوصف كل التزاماته بأنها التزامات بالامتناع. وهذا الأمر متناقض والتزامات المؤجر العادي الذي يلتزم بالتسليم، وإن كان لا شك أن الأطراف باستطاعتهم الاتفاق على مخالفة القواعد القانونية المكتملة والخاصة بالإيجار، لكن إذا غاب الالتزام الرئيسي، فإن ذلك قد يؤدي إلى تشويه طبيعة مصدر هذا الالتزام الرئيسي، بالإضافة إلى ما في ذلك من تعسف، لكن نظرا لرضا المستأجر بمحتوى العقد، فكأن التوازن المبحوث عنه متوافر في العقد، لكن لا يمكن التسليم بهذه القرينة الضعيفة.

إن ما يحدث في الواقع يثبت أنه لا وجود لأي تفاوض حر لبنود العقد، خاصة وأن العرف المتبع اليوم في العقود النموذجية والشروط العامة المطبوعة بشكل مسبق، لا يترك إلا نادرا مجالا لهذه المناقشة حتى بين المحترفين، ما عدا في العقود الكبيرة².

وتنص العقود النموذجية لشركات الاعتماد الإيجاري، في شروطها العامة على أنها لا تتحمل أية مسؤولية عن التأخير في التسليم لكل أو لجزء من الأصول المنقولة بالنسبة للمواعيد المتفق عليها مع البائع.

¹ - M. Giovanoli, op.cit., p. 35 : « Les obligations du crédit-bailleur ne peuvent guère être comprises comme celles d'un vendeur... »

كما أن محكمة النقض الفرنسية تعتمد على الدور المالي المحض للمؤسسة المالية وتسمح لها بالاتفاق على إعفاءها من الالتزام بالتسليم الذي يقع أصلا عليها بصفتها كمؤجرة، إذ يمكن الاتفاق على تحميل البائع أو المورد بهذا الالتزام.

¹ère Civ. juillet 1989, Bull. Civ, I, n° 373, P. 181.

² -E.M.Bey, op. cit, p. 111.

ولعل هيمنة شركات الاعتماد الإيجاري للمنقول على مضمون عقد التمويل الرابط بينها وبين المستفيد المستهلك جعل هذا العقد حسب رأي البعض يدخل ضمن طائفة عقود الإذعان، وحسب هذا الرأي فإنه وبالرغم كم أ، المشرع يوجب تضمين عقود الاعتماد الإيجاري لشروط الفسخ والتجديد بطلب من المتعاقد المستأجر وذلك تحت طائلة البطلان، فإن الواقع العملي يثبت أن هذه العقود يتم تحضيرها مسبقا من طرف شركات الاعتماد الإيجاري - بعيدا عن تدخل المستأجر- وهي تتصف بالحنكة والبراعة في الصياغة القانونية، وتضمن لشركات التأجير الاستفادة القوية من العملية الائتمانية بمقابل احفاف المتعاقد معها. بهذا الوصف -عقد إذعان- الذي يجعل عقود الاعتماد الإيجاري لا تنضوي ضمن قالب العقدي التقليدي للعقد والقائم على العدالة العقدية، بل تعتبرها مرتعا لتناسل الشروط التعسفية، انظر في هذا الرأي: والجي بشرى، الحماية التشريعية لمستهلك خدمات الائتمان الإيجاري، مقال منشور بسلسلة المعارف القانونية والقضائية، الإصدار السادس (الاتجاهات الحديثة في قانون الأعمال)، منشورات مجلة الحقوق المغربية، الرباط، ط1، 2012، ص 81 وما بعدها؛ د/ عليان عدة، خصوصية عقد الاعتماد الإيجاري وأثرها على توازن الأداءات، مقال منشور بمجلة البحوث في الحقوق والعلوم السياسية، جامعة ابن خلدون تيارت، العدد 04، أكتوبر 2016، ص 257 وما بعدها.

كما أنها تحظر على المستفيد الرجوع عليها للمطالبة بالتعويض لأي سبب كان¹، وتحظر على المستفيد الذي لم يستلم الأصول المنقولة، طلب الفسخ (لا البيع ولا الإيجار)، ولا تقبل أن تثار مسؤوليتها بخصوص مطابقة الأصول المنقولة للمواصفات أو صلاحيتها للاستعمال على أساس أن المستأجر هو من قام باختيارها وكذا البائع أو المورد. كما تنص العقود على التزام المستأجر بتعويض المؤجر عن كل المبالغ التي يكون المؤجر قد دفعها للمورد، بالإضافة إلى الشرط الجزائي. ويمنع على المستأجر مطالبة المؤجر بأي تعويض عن إلغاء الطلبية أو فسخ عقد الاعتماد الإيجاري بسبب عدم تنفيذ المؤجر لالتزامه بالتسليم، بل أنه يعاقب على هذه الحالة الأخيرة². وهذا يجعلنا نتساءل: كيف يمكن معاقبة المستأجر عن عدم التسليم من قبل المورد، وذلك عكس الإيجار التقليدي؟

وفي ظل الصياغة الحالية لبند التسليم في عقود الاعتماد الإيجاري، فإن المؤجر باستطاعته مؤاخذه ومساءلة المستأجر عن عدم اتخاذ العناية اللازمة لتسلم الأصل بالطريقة المحددة في العقد من طرفه هو. كما أنها تجعل من الصعب على المستأجر مساءلة المؤجر عن تنفيذ التزامه بالتسليم³.

فالمستأجر غير الحريص والذي لم يحترم بنود الوكالة المعطاة له، والذي قام مع ذلك بالتوقيع على محضر الاستلام رغم عدم وفاء البائع بالتسليم - الأمر الذي يجعل المؤجر يدفع ثمن شراء الأصل للبائع - لا يمكنه الرجوع على المؤجر الذي نفذ التزامه⁴.

إلا أن محكمة AIX EN PROVENCE بتاريخ 13 يونيو 1991 قد قررت بأن غياب التسليم يعد عقد الاعتماد الإيجاري من سببه، و يجعل السبب فيه باطلا بطلانا مطلقا، ولا يمكن أن يغطيه شرط عدم الرجوع من طرف المؤسسة المالية الذي تتضمنه عقودها، ولا تحرير محضر الاستلام الذي

¹ - أي الرجوع على المورد أو البائع ومطالبته بالتعويض:

Lamy, droit du financement, 2000, op. cit, p 1380, n° 2887.

² - أنظر المادة الثانية، من دفتر الشروط العامة لشركة ش. ج. ت. ت. ع SALEM.

³ - يرى الأستاذ M. Vasseur أن عدم تنفيذ المؤجر للالتزام الرئيسي يؤدي حتما إلى إلغاء عقد الاعتماد الإيجاري، أما المستفيد فيقع على عاتقه التزام بدفع تعويض للمؤجر، وهكذا تكون مصالح الطرفين محفوظة، وانظر كذلك:

Pascal Ancel, Manuel de droit du Crédit, 5^{ème} éd, Litec, 1997, n° 165.

⁴ - فإذا لحق المستأجر أي ضرر بمناسبة التسليم على أساس أن المعدة أو الأصل قد سلم له بشكل متأخر أو لأنه لم يتسلمه أصلا، فإن المورد يحل محل المؤجر في تنفيذ هذا الالتزام.

يوقعه المستأجر إلا في حالة الغش أو التواطؤ بين كل من المورد والمستفيد على حمل المؤجر على دفع قيمة أصل وهمي - غير موجود - بعد أن يستلم المحضر¹.

لكن وبعد أشهر قليلة من صدور هذا الحكم، نطقت محكمة النقض الفرنسية بقرار مخالف للسابق وقضت بوجوب أن يتم التسليم من طرف المستأجر وعلى نفقته وتحت مسؤوليته ورفضت النطق بإلغاء عقد الاعتماد الإيجاري رغم غياب التسليم. وبذلك تكون قد غيرت من وجهة نظرها وتشددت في موقفها مع المؤجر الذي اعتبرته ملزما بالتسليم. وهذا التطور في موقف القضاء رحب به الكثير من الفقه.

والحقيقة أن هناك تصورين متعارضين للاعتماد الإيجاري، ذلك أن هناك من يرى بأنه إيجار - بحسب التكييف القانوني-، وجانب ثاني من الفقه من يرى فيه عملية قرض - بحسب التكييف الاقتصادي -،² فإذا توقفنا عند التكييف الذي يعتبر هذه العملية إيجارا، وهو ما أكدته المشرع الجزائري في الأمر رقم 09-96، المتعلق بالاعتماد الإيجاري، كان الالتزام بالتسليم التزاما جوهريا، وبالتالي ليس بإمكان المؤجر بأي حال من الأحوال استبعاده كليا. وفي المقابل، إذا اعتبرنا الاعتماد الإيجاري عملية قرض، وهو كذلك ما أكدته الأمر رقم 09-96 سالف الإشارة إليه،³ توصلنا إلى اعتبار بأن الالتزام بالتسليم يعتبر قد نفذ بمجرد دفع الثمن من طرف المؤسسة المالية المؤجرة للمورد وذلك استنادا إلى محضر التسليم الموقع من طرف المستأجر بدون أي تحفظ - مع الإشارة إلى شح وقلة الأحكام القضائية في هذا المجال-.

¹ - Le défaut de délivrance du bien crédit-baillé est sanctionné par la nullité du contrat de crédit-bail. Les prestations du crédit-preneur n'ont alors aucune contrepartie et le contrat devient dépourvu de cause et d'objet. Les juridictions du fond n'hésitent pas à considérer que le contrat de crédit-bail est frappé de nullité absolue, de sorte que sa résolution et ipso facto la restitution des loyers versés sont prononcées (CA Aix-en-Provence, 13 juin 1991, Bull. inf. C. cass. 13 juin 1991, p. 1688); V. dans le même sens: CA Paris, 8 janv. 1973, préc. ; Cass. com.10 oct. 1976, Gaz. Pal. 1977.2.664, note E.-M. Bey.

² - G. Ripert et R. Roblot, Traité élémentaire de droit commercial, LGDJ. Paris, 1994, p. 479.

³ - راجع المادة الثانية من الأمر سابق الذكر.

ورغم أن الإرادة حرة في الاتفاق إما بالتخفيف من المسؤولية أو الإعفاء منها أو التشديد فيها، لكنه ممن غير الممكن استبعاد الالتزام بالتسليم جملة، فهذا الأمر لا يمكن تصوره وإلا فلن يبقى أي عنصر من عناصر عقد الإيجار¹.

بالمقابل يرى بعض² الفقه بهذا الخصوص بأن المؤجر حين يدفع ثمن شراء الأصول محل الإيجار، يكون قد نفذ كل ما عليه من التزامات ويصبح في حل من تحمل أية مسؤولية أخرى أو التزام آخر ولو كان بالضمان. وهذا ما رفضته محكمة النقض الفرنسية في قرارها المؤرخ في 1972/1/3 والصادر عن الغرفة التجارية³.

هذا الرأي مبالغ فيه بالتأكيد، ذلك أن تنفيذ العقد الذي يبدأ بالتسليم لا ينتهي عند هذا الحد. فالمستأجر يتحمل مبدئياً بالالتزامات التي يتحمل بها المؤجر العادي.

وفي مقابل الامتيازات المعترف بها للمستأجر يتم إعفاء المؤجر كذلك من التزامه بالضمان، وهذا هو موضوع العنصر الموالي:

ثانياً: ما يتعلق بالتزام المؤجر بضمان التعرض:

تدور التزامات المؤجر في عقد الإيجار حول فكرة أساسية هي تمكين المستأجر من الانتفاع بالأصل محل الإيجار طوال مدة الإيجار، وتحتوي هذه الفكرة على التزام المؤجر بتسليم الأصل للمستأجر بالمواصفات المطلوبة حسب استعمال الأصل المؤجر على النحو السالف بيانه⁴.

¹ - C.A. Dijon, 1^{ère} ch. 2 sept. 1986, note E.M. Bey : « l'essence du contrat de crédit -bail est de mettre le preneur en possession de la chose, ceci empêche qu'il y soit conventionnellement dérogé par la stipulation d'une clause de non recours », Arrêt cité par : Lamy, Droit du financement, 2005, op. cit. n° 3251, p. 1554.

² - د/هاني محمد دويدار، المرجع السابق، ص 298.

³ - Cass. Com. 3 janv. 1972, Bull. civ. IV. n° 1, D. 1972, 649, note M. Torchu.

⁴ - F. Dutilleul et Ph. Delebeque, Contrat civils et commerciaux, Dalloz, Paris, 8^e éd., 2007, p. 196, n°233.

كما يلتزم المؤجر بضمان الانتفاع، إذ يلتزم بالامتناع عن كل أمر يحول بين المستأجر وبين الانتفاع بالأصل المنقول، أو يقلل من الفائدة التي تعود عليه من استعماله له، فالتزام المؤجر بالضمان إذن يشمل تمكين المستأجر من الاستمتاع الهادئ بالأصل.

ففيما يخص الاستمتاع والحياسة الهادئة للأصل، يلتزم المؤجر هو نفسه بعدم المساس بحياسة المستأجر، وفي هذا الإطار يجب أن يمتنع عن كل ما يؤدي إلى تعكير صفو حياسة المستأجر، أو إلى حرمانه من المزايا التي كان من حقه أن يعول عليها، بحسب ما أعد له الأصل والحالة التي كان عليها عند العقد.¹ وهذا هو ما يسمى ضمان الفعل الشخصي، فالأمر يتعلق بالتزام سلمي، وهو يتعلق في نفس الوقت بالتعكير المادي والتشويش القانوني.

كما يلتزم المؤجر أيضا بمنع الغير من المطالبة بحق ما على الأصل محل الإيجار، إذا كانت هذه المطالبة مضرّة باستمتاع المستأجر وهذا هو ضمان تعرض الغير. وبمقتضى القواعد العامة، لا يضمن المؤجر إلا التعرض المبني على سبب قانوني فقط دون التعرض المادي.²

وفي الحالة التي يحدث فيها التعرض من الغير، وجب على المستأجر المبادرة بإخطار المؤجر حتى يتمكن من الدفاع عن مصالحه، وقد ينظم إليه المستأجر لمساعدته في الدفاع عن حقوقه لأن له مصلحة في رد تعرض الغير واستمراره في الانتفاع بالأصل المؤجر.

أما إذا عجز المؤجر عن رد التعرض، فإن مسؤوليته تنعقد في مواجهة المستأجر، وبالتالي يمكن لهذا الأخير طلب فسخ عقد الإيجار أو إنقاص الأجرة مع التعويض إن اقتضى الحال ذلك.³ وهذا هو الرجوع بضمان الاستحقاق، ويقع باطلا كل اتفاق يتضمن الإعفاء أو الحد من ضمان التعرض أو العيب إذا كان المؤجر قد أخفى عن غش سبب هذا الضمان.⁴

¹ - انظر المادة 483 من التقنين المدني الجزائري.

² - Malaurie, L.Aynès et (P-Y) Gautier, Contrats spéciaux, Defrénois, Lextenso éditions, Paris, 4ème éd. 2009, p. 435, n° 685.

³ - أنظر المادة 484 من القانون المدني.

⁴ - أنظر المادة 490 من القانون المدني؛ وفي هذا الاتجاه، أنظر د\ عبد الرحمان السيد قرمان، المرجع السابق، ص 103، د\ عبد الفتاح محمد عبد الفتاح، المرجع السابق، ص 315.

والحقيقة أن عقود الاعتماد الإيجاري لا تذكر صراحة ضمان التعرض عند نصها على إعفاء المؤجر من الضمان، والأخذ بحرفية النصوص يبقي على المؤجر مسؤولية حسن انتفاع المستأجر بالأصل. مما يترتب عن عنه أنه لا يجوز إعفاء شركة التأجير من التزامها بتمكين المستأجر من الانتفاع بالأصل وإلا أمكن للمستأجر طلب فسخ العقد. غير أن هذا التحليل لا يستقيم إلا باعتبار عقد الاعتماد الإيجاري من قبيل عقود الإيجار أما إذا أخذنا في الاعتبار طابعه المالي، فلا يمكن إثارة مسؤولية المؤجر عن ضمان التعرض الصادر عن الغير بعد أن قام بتمويل الأصل. ولا يستثنى من ذلك إلا حالات التعرض الشخصي.¹ ويضيف بأنه يمكن مد إعفاء المؤجر من ضمان العيوب الخفية إلى الإعفاء من ضمان التعرض، لأن ذلك لا يتعارض مع القواعد العامة المكملة للإيجار التي تلزم المؤجر بضمان التعرض للمستأجر. محتجين أيضا بأن الإطلاع على الشروط العامة لعقود الاعتماد الإيجاري يبين معه أن شروط الإعفاء تلي دائما البنود المنظمة للالتزامات المستأجر في مجال التسليم.

والحقيقة أنه وطبقا لنص المادة 31 من الأمر 96-09، فإن التزام المؤجر بالضمان لا يختلف عن القواعد العامة. ولكن نظرا لخصوصية عقد الاعتماد الإيجاري، نص المشرع على التزام المؤجر بالضمان بشكل يتفق مع الطبيعة القانونية الخاصة لهذا العقد والتي منها تدخل طرف ثالث في تنفيذ هذا العقد. كما يلتزم المؤجر بضمان التعرض الصادر من الغير أو من المورد أو المنتج إذا كان من شأن هذا التعرض أن يحول دون انتفاع المستأجر بالأصول المؤجرة.²

ومن صور هذا التعرض حالة عدم تنفيذ المؤجر لالتزامه بدفع ثمن الأصل المؤجر محل العقد إلى المورد أو المنتج، مما يترتب عليه طلب الأخير لفسخ عقد البيع وعودة المتعاقدين إلى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد. وبما مؤداه استرداد المورد أو المنتج لهذا الأصل من تحت يد المستأجر.³ ولما كان المورد أو المنتج ليس بطرف في عقد الاعتماد الإيجاري، فإنهما يعدان من الغير.

¹ - د | هاني محمد دويدار، الرجوع السابق، ص 303.

ولا يعتبر إلتزام المؤسسة المالية للمستفيد بوضع لائحة على الآلات محل العقد تفيد بملكيته لهذه الأشياء تعرضا صادرا من المؤسسة المالية، بل إمعانا منها في إعلام الغير بحقيقة حياة المستفيد لهذه الأشياء.

² - أنظر المادة 31 من الأمر رقم 96-09.

³ - د | نجوى إبراهيم البدالي، المرجع السابق، ص 318.

ولا يضمن المؤجر للمستأجر التعرض المادي الصادر من أجنبي،¹ مادام المتعرض لا يدعي حقا. ولكن هذا لا يخل بما للمستأجر من الحق في أن يرفع باسمه على المتعرض دعوى للمطالبة بالتعويض وجميع دعاوى وضع اليد.

غير أنه إذا وقع التعرض المادي لسبب لا يد للمستأجر فيه، وكان هذا التعرض من الجسامة بحيث يجرم المستأجر من الانتفاع بالعين المؤجرة، جاز له تبعا للظروف أن يطلب فسخ العقد أو إنقاص الأجرة.² وفي حالة التعرض الواقع من المورد أو المنتج، يجب على المستأجر إخطار المؤجر بهذا التعرض طبقا للقواعد العامة المنصوص عليها في المادة 497 ص القانون المدني حتى يستطيع رد هذا التعرض. أما إذا فشل المؤجر في رد هذا التعرض انعقدت مسؤوليته تجاه المستأجر، وبالتالي يجوز للمستأجر طلب فسخ العقد.³

كذلك من صور هذا التعرض هي حالة صدور أفعال أو تصرفات من المؤجر أدت إلى غلط في اختيار الأصول المؤجرة بأن كانت غير صالحة لتأدية الغرض المنوط بها في العقد.⁴ ويكون ذلك في الحالة التي يتولى فيها المؤجر عملية اختيار الأصل المؤجر بنفسه وعدم تفويضه المستأجر في ذلك - كأن يكون المستأجر قد قدم له رسوما ونماذج ومواصفات خاصة بالأصل المنقول المطلوب استئجاره-. وفي هذه الحالة، إذا ترتب على خطأ المؤجر امتناع المستأجر عن استلام المال المؤجر من المؤجر نفسه أو من المورد أو المنتج لعدم مطابقة هذا الأصل للمواصفات المحددة من قبل المستأجر، فإنه يتمتع على المؤجر الرجوع على المستأجر بالتعويض لامتناعه عن الاستئجار بعد دفع المؤجر ثمن شراء هذا الأصل من أجل تأجيله،⁵ لأن المؤجر هو الذي أخطأ في اختيار المال المؤجر، ويتحمل مسؤولية ذلك، وبالتالي لا ينعقد العقد لعدم حصول تراض على محل العقد (الأصل المؤجر).⁶ أما إذا كان المستأجر قد أقر في عقد الإيجار بمعاينته للمال محل عقد الإيجار واستلامه له طبقا لشروط التعاقد، فلا تنعقد مسؤولية المؤجر في هذه الحالة حتى لو

¹ - د\ هاني محمد دويدار، المرجع السابق، ص 302.

² - أنظر الفقرة الثانية من المادة 487 من القانون المدني.

³ - د\ عبد الرحمان السيد قرمان، المرجع السابق، ص 104.

⁴ - د\ نجوى إبراهيم البدالي، المرجع السابق، ص 319.

⁵ - د\ هاني محمد دويدار، المرجع السابق، ص 299 وما بعدها؛ د\ بمجت عبد الله قايد، عمليات البنوك والإفلاس، دار النهضة العربية، القاهرة، ط1، 2000، ص 126.

⁶ - د\ عبدالفتاح محمد عبدالفتاح، المرجع السابق، ص 315.

كانت أفعاله أو تصرفاته هي التي أدت إلى الغلط في اختيار ذلك الأصل، لأن إقرار المستأجر يعد موافقة منه على ذلك¹.

ومع ذلك، لا يجب أن يغيب عن بالنا أن عقود الاعتماد الإيجاري تتضمن شروطاً ثلاثة وهي: توكيل المستأجر في اختيار المنقول وبائعه أو منتجه، وشرط إعفائها من الالتزام بالضمان، وشرط حوالة حقوقها إلى المستفيد بالرجوع بالضمان على البائع، تأكيداً منها على اقتصار وظيفتها على دور الممول لا غير. ولكن طبقاً لمبدأ نسبية أثر العقد، وكذا طبقاً لمبدأ استقلال عقد البيع عن عقد الإيجار، فإنه يجب تضمين هذا الأخير شرطاً صريحاً تحول بمقتضاه المؤسسة المؤجرة دعوى الضمان ضد المورد أو المنتج (وتعفي نفسها منها) لصالح المستفيد.²

كما أن الإطلاع على الشروط العامة لعقود اعتماد إيجاري يبين لنا أن شروط الإعفاء تلي دائماً البنود المنظمة للالتزامات المستأجر في مجال التسلم، حيث أن المؤجر لا يسأل عن المشاكل التي تثور بمناسبة تسليم الأصل واستعماله، وتضيف مباشرة شرط تحويل الضمان للمستأجر الذي يسمح لهذا الأخير بالرجوع على البائع أو المنتج. والحقيقة أن هذا الشرط جائز طبقاً للقواعد العامة لعقد الإيجار، بشرط مراعاة نص المادة 490 من التقنين المدني والتي تنص على أنه: " يبطل كل اتفاق يتضمن الإعفاء أو التحديد من الضمان بسبب التعرض أو العيب إذا كان المؤجر قد أخفى عن غش سبب هذا الضمان."

إن ما تجب الإشارة إليه هو أن أول قضية عرضت على القضاء الفرنسي بخصوص الاعتماد الإيجاري للأصول المنقولة أكد فيها أنه يجب الرجوع للقواعد العامة في الإيجار في كل ما سكت عنه عقد الاعتماد الإيجاري³. وإذا كانت بعض عقود الاعتماد الإيجاري الحالية لا تتعرض بالتنظيم لضمان

¹ - Lamy, Droit du financement, 2000, op. cit, 2889.

² - Ch. Gavalda et D. Crémieux- Israël, op. cit, fasc. 641:«la nécessité d'une clause expresse de transfert se recommande juridiquement tant par le principe d'indépendance des contrats de vente et de louage que par le principe de la relativité des contrats.»

³ - T. com, la Rochelle, 26 Juin 1964, JCP 1965. II.14331 bis. Note J-M. Leloup ; D. 1965, somm. 62, cité par : E. M. Bey, op. cit. , p. 160.

التعرض،¹ فإن القواعد العامة تحمل المؤجر بالتزام ضمان الاستمتاع الهادئ بالأصل للمستأجر، مما يعني أنه يضمن تعرضه الشخصي سواء كان قانوني أو مادي؛ كما يضمن تعرض الغير المبني على أسباب قانونية، وإن كان ليس هناك ما يمنع المؤجر من إدراج شرط صريح في عقود الاعتماد الإيجاري التي يبرمها يعفيه من هذا الضمان كما يفعل مع الالتزام بالصيانة والإصلاحات الكبرى.

ثالثا: ما يتعلق بالتزام المؤجر بضمان العيوب الخفية

تلزم القواعد العامة المؤجر بضمان العيوب الخفية إذا كان العيب مؤثرا في أداء المال المؤجر للغرض الذي أجر من أجله، وإذا كان خفيا لا يعلمه المستأجر أو لم يستطع اكتشافه بالفحص أو المعاينة المعتادة،² ولما كان عقد الإيجار من العقود المستمرة، فإن المؤجر ملزم بضمان العيب الذي قد ينشأ حتى بعد التسليم، وهذا ما نصت عليه المواد 488³ و489 من القانون المدني.

صحيح أن هذه النصوص على غرار النصوص التي تنظم العيوب الخفية في مختلف التشريعات هي نصوص مكاملة وليست آمرة،⁴ بشكل يسمح بتعديلها بالزيادة أو بالنقصان، إلا أن شركات الاعتماد الإيجاري قد استغلت هذا الطابع المكمل للقواعد المنظمة للعيوب الخفية، وأدرجت في عقودها شروطا تعفيها من الضمان، ولذلك نتساءل عن دواعي ونطاق هذا الإعفاء:

¹ - إن عقود الاعتماد الإيجاري لا تذكر صراحة ضمان التعرض عندما تعفي المؤجر من الضمان، والأخذ بحرفية النص يجعلها مسؤولة عن حسن انتفاع المستأجر بالأصل.

² - أما إذا كان الأمر متعلقا بعيوب لا يستطيع المستأجر اكتشافه، فإن ضمان المؤجر عن العيب الخفي يصبح قائما.

³ - تنص هذه المادة على ما يلي: " يضمن المؤجر للمستأجر جميع ما يوجد بالعين المؤجرة من عيوب تحول دون الانتفاع بها، أو تنقص من هذا الانتفاع نقصا محسوسا.... كل هذا ما لم يوجد اتفاق يقضي بخلاف ذلك "

وانظر كذلك المادة 654 من قانون الالتزامات والعقود المغربي

⁴ - انظر في عدم تعلق أحكام العيوب الخفية في عقد الإيجار بالنظام العام:

F. C. Dutilleul et Ph. Delbecque, Contrats civils et commerciaux, op. cit., p. 396, n° 503.

1. مبررات إعفاء المؤجر من ضمان العيوب الخفية:

وعادة ما تنص عقود الاعتماد الإيجاري على أن المؤجر هو معفى تماما من ضمان العيوب الخفية وأن المستأجر يتعهد بعدم الرجوع ضده بمناسبة المطالبة بضمان العيوب الخفية، مبررة ذلك بأن المستأجر هو من يقوم باختيار الأصول المنقولة واختيار موردها،¹ كما أنه هو من يحدد مواصفاتها ويقوم باستلامها مباشرة من المورد دون المرور عبر المؤجر،² الذي يبدو بعيدا في الغالب عن اختيار الأصل المؤجر بل إنه قد لا يراه أصلا ولا يعاينه.³ لذلك يكون من المنطقي أن يجري العمل على أن يشترط المؤجر إعفائه من ضمان العيوب الخفية التي توجد في هذا الأصل. وعلى هذا الأساس ترى شركات الاعتماد الإيجاري أنه من الواجب على المستأجر تحمل كل مخاطر ونتائج اختياره الذي تم بحرية وبعيدا عن حضورها أو تدخلها.

¹ - لقد جرت العادة على أن المؤجر يفوض المستأجر في معاينة وفحص الأصول المؤجرة، انظر المادة الرابعة من دفتر الشروط العامة لبنك البركة.

² - «Outre cette totale liberté que le crédit-preneur a dû profiter dans le choix du matériel, du fournisseur et des conditions contractuelles de vente, l'efficacité de la clause dérogatoire, écartant conventionnellement l'obligation de garantie des vices cachés mise à la charge du bailleur par l'article 1721 du code civil qui n'est pas non plus d'ordre public, est également conditionnée par le transfert au crédit-preneur des garanties à charge du fournisseur dont a profité la société de crédit-bail par la conclusion du contrat d'achat...» V. Guy Duranton, op. cit. n° 121; (Cass. com. 3 janv. 1972, préc. supra ; 30 oct. 1973, Bull. civ. IV, n° 303 ; 4 févr. 1980, ibid. IV, no 53 ; 15 janv. 1985, ibid. IV, no 25, D. 1986, IR 323, obs. M. Vasseur, RTD com. 1986.295, obs. J. Hémar et B. Bouloc ; 9 janv. 1990, préc. supra, no 102 ; 4 juin 1996, D. 1996, IR 166, Dalloz Affaires 1996.838,

RTD.com. 1997.312, obs. B. Bouloc , JCP 1996. II. 22744, note M. Tallens-Dessalle ; CA Paris, 25 janv. 1989, Gaz. Pal. 1989.1. somm. 199, obs. E.-M. Bey),

³ - إذ يرى البعض أن المؤجر دوما يبقى قابعا في لعب دوره التمويلي:

D. Crémieux Israël, op. cit., p. 57: «... le rôle de la société de crédit-bail s'étant limité à en prévoir la réalisation sur le plan économique et financier...»

وبعد صدور مجموعة من القرارات القضائية المشككة¹ في صحة شروط الإعفاء، اضطرت شركات الاعتماد الإيجاري إلى تقديم بديل للمستأجر، فحولت ضمانها لدى المورد للمستأجر²، وذلك لكي تضمن الاعتراف لها بصحة شرط إعفائها من رجوع المستأجر ضدها.³ لكن بعض الفقه⁴ اعتبر هذا الشرط تعسفياً.

¹ في البداية كان القضاء يعترف بصحة شروط عدم الرجوع، وذلك بتطبيق نظام القواعد العامة للإيجار على الاعتماد الإيجاري، فأول قرار ضدر عن محكمة استئناف Amiens قضى بان القواعد المذكورة في المواد 1719 من التقنين المدني الفرنسي وما يليها تنطبق على عقد الاعتماد الإيجاري، ثم لاحظت بعد ذلك أن بعض مقتضيات عقد الاعتماد الإيجاري موضوع هذا النزاع تخرق هذه القواعد... إلا أن هذه المقتضيات صحيحة:

CA. Amiens, 20 déc. 1967, JCP. 1968,II,15504, note J. M. Leloup, RTD. Com. 1970.190

لكن صدرت قرارات أخرى لم تسمح للمؤجر بإثارة شرط عدم الرجوع وشككت في صحته، لكن يرى البعض أنه تحديد لشروط هذه الصحة، ففي حكم صدر عن المحكمة التجارية بباريس في 19 ماي 1970 (JCP. 1971.II.16766)، قبلت هذه الأخيرة دعوى للمستأجر بفسخ عقد الاعتماد الإيجاري على أساس أن: "الأصل محل الإيجار غير صالح للاستعمال الذي خصص له، مهما كانت الشروط المعفية المضمنة في الشروط العامة لشركة الاعتماد الإيجاري"، خصوصاً وأن العقد كان يخلو من أي بند يحول حقوق المؤجر بالضمان لدى المورد للمستأجر.

كما ذهبت المحكمة الابتدائية لباريس في حكمها المؤرخ في 13 ديسمبر 1971 (J. Agréés 1973, n° 659, p. 90) إلى أنه: "وكفاعة عامة في مادة الاعتماد الإيجاري، في حالة ما عزم المستأجر الرجوع بسبب المخالفات اللاحقة بالمعدة، فإنه يرجع عادة ضد شركة الاعتماد الإيجاري بصفتها مؤجرة بمقتضى المادة 1719 من القانون المدني وما يليها، ويمكن لهذه الأخيرة الرجوع كمشترية - والتي تظل مالكة - ضد البائع"، انظر في الأحكام السابقة:

Schutz (R. -N.), Les recours du crédit-preneur dans l'opération de crédit- bail, PUF 1994, p. 361; Leloup (J.-M.), note sous T. Com. Paris 19 mai 1970, JCP. 1971.II.16766; Cf. TGI. cité par D. Crémieux- Israël, op. cit., p. 66; Paris, 13 déc. 1971, RJ.Com. 1972.90, cité par Ch. Bruneau, op.cit., p. 109.

² P. Ancel, op.cit., p. 102.

³ - T. Com. Vervins 18 avril 1967, JCP.1967.II.15291, note Leloup (J.-M.).

فمن غير المنطقي أن يتجاهل المورد وجود هذا المستأجر الذي يشار إلى اسمه في كل الطلبات المحررة بشكل مسبق، بل يتدخل أحياناً بشكل كامل في الطلبية، وذلك بمبرر أن المؤجر يدفع بعدم اختصاصه تقنياً في هذه المرحلة من العملية، وأن كل دوره ينحصر في تمويل الصفقة، أما ما عدا ذلك، أي تشغيل الأصل، فهذه مسألة على المستعمل (المستأجر) اكتشاف عيوبها إما في مرحلة الاختيار أو لحظة استلام الأصل.

⁴ - Ch. Bruneau, op.cit., p. 109, n° 130: «... réserver au seul établissement de crédit le droit d'intenter l'action directe était abusif».

2. نطاق إعفاء شركة الاعتماد الإيجاري من ضمان العيوب الخفية

عادة ما تقضي عقود الاعتماد الإيجاري بإعفاء المؤجر من كل التزام بضمان العيوب الخفية، وهو إعفاء تحاول هذه العقود أن تجعل منه هذه العقود تاماً¹ لا حدود له سوى فعل المؤجر الشخصي لكونه يتعلق بالنظام العام.²

وقيام عقود الاعتماد الإيجاري بإعفاء المؤجر من كل التزام، وخرقه للقواعد العامة للقواعد العامة للقانون المدني ذات الصلة بالموضوع وتحمل المستأجر في لحظة من العقد بالمسئولية في حالة تدمير، تعيب التشغيل أو سوء المردودية الراجع لعيب في الأصل. وبالتالي يجد المستأجر نفسه في وضعية يتخلى بموجبها عن المطالبة بكل تعويض أو فسخ للاتفاق في مواجهة المؤجر، إذا كان الأصل غير مطابق لأي سبب كان، بالإضافة إلى مواصلة دفعه لأقساط الإيجار.³

وهكذا يبدو أن إعفاء المؤجر في مادة العيوب الخفية هو تام وكامل، بما أنه لا يسأل مهما كان الضرر اللاحق بالمستأجر، ومهما كان التاريخ الذي يظهر فيه العيب الذي أضر به، والمستأجر يتخلى عن كل رجوع ضد المؤجر سواء كان بالتعويض أو بفسخ عقد الاعتماد الإيجاري أو بتخفيض الأجرة، وكما سبق الذكر فإن الفعل الشخصي للمؤجر هو الوحيد الذي لا يمكن أن يعفيه من كل مسئولية. لكن في الممارسة يظل الفعل الشخصي صعب الحدوث، ذلك لكون الأصل المنقول لا يمر أبداً في حياة المؤجر في أية لحظة من مدة العقد. لكن قد يحصل أثناء تنفيذ المراقبة التي يقوم بها المؤجر أن يحدث ما يضر بالأصل.

¹ - مثلاً تقضي المادة 3-11 من دفتر الشروط العامة لشركة Salem على أنه: " نظراً للحرية التي اتسم بها المستأجر وبدون أي تدخل من جانب المؤجر في كل ما هو تقني وحسب احتياجات المستأجر، يعفي المستفيد المؤجر من كل مسئولية ضمان ويتعهد بعدم اقحامه صراحة إذ عليه التخلي عن أي رجوع عليه".

² - J. Caillot, op.cit., p. 171.

³ - انظر المواد 3-12 و3-17 من دفتر الشروط العامة لشركة Salem.

3. شروط الإعفاء من ضمان العيوب الخفية

إن إعفاء المؤجر من ضمان العيوب الخفية في إطلاقه وعموميته، قد أمكن اعتباره تعسفياً ومخالفاً لما أرساه القضاء وتبناه الفقه من ضرورة توفير حد أدنى من الحماية للمستأجر في الضمان. هذا ما دفع القضاء للتدخل منذ البداية لفرض شروط معينة يجب توفرها لاعتبار شرط إعفاء المؤجر صحيحاً،¹ ويمكن تلخيص هذه الشروط فيما يلي:

- أن لا يكون المؤجر هو نفسه محترفاً من الناحية التقنية فيما يخص الأصل محل العقد. فقد يكون محترفاً في مهنته التي هي الاعتماد الإيجاري، ولكنه من الناحية التقنية لا يعلم شيئاً عن الأصل وليس لديه من الإمكانيات ما يؤهله لذلك.

- أن يتم اختيار الأصول المنقولة محل العقد وموردها بكل حرية من قبل المستأجر بدون تدخل المؤجر في ذلك،² فإذا أدى المؤجر دوراً في اختيار المعدات أو في اختيار المورد يتم استبعاد مبدأ عدم مسؤولية المؤجر، ذلك أنه باشتراكه في العملية التجارية، يكون قد فقد مركزه المتمتع بالحماية والمرتبط بدوره التمويلي الحصري.

- أن يقوم المستأجر باستلام الأصول محل العقد مباشرة من المورد ويوقع محضر الاستلام³ الذي يشهد فيه على توافر الخصائص التقنية التي حددها بنفسه،⁴

¹ - D. Crémieux-Israël, op. cit. p. 58.

² - Guy Duranton, op. cit., n° 125: «La première condition de validité de la clause de non-recours, le choix du bien et du fournisseur par le locataire, a déjà fait l'objet d'une étude. Elle ne sera donc pas à nouveau développée.»

³ - فإذا ما قام المستأجر بالتوقيع على محضر الاستلام، فإنه ليس باستطاعته ممارسة الرجوع ضد المؤجر بسبب التسليم في حالة سيئة. كما لا يستطيع ممارسة الدعوى بسبب عدم الاستمتاع الهادئ، وقد يحاول إقامة الدليل على العيب الخفي في الأصل لرفض دفع الإيجار وطلب حل البيع، ومع ذلك فإن القضاء يحاول دائماً كبح اندفاع المستأجرين في هذا الاتجاه، انظر على سبيل المثال:

Cass. 1^{ère} civ. 14 fèv. 1998, RJDA6/1998, n° 788; Cass. Com. 27 juin 1995, RJDA 12/1995, n° 1403.

⁴ - إذ تقضي المادة الرابعة من دفتر الشروط العامة لبنك البركة بأنه: " يوكل البنك العميل الذي قبل بذلك تسلم الأصول المنقولة نيابة عنه طبقاً للشروط المنصوص عليها في عقد الشراء المبرم بين البنك والبائع الأول وذلك على نفقة العميل وحده، حيث لا يتحمل البنك أية مسؤولية عن التأخر في التسليم لكل أو لجزء من الأصول المنقولة بالنسبة للمواعيد المتفق عليها مع البائع الأول...."

- أن يمنح المؤجر للمستأجر في عملية الاعتماد الإيجاري وسيلة تمكنه من الرجوع مباشرة على المورد في حالة ظهور عيب خفي يستوجب تحريك حق الضمان، بمعنى أن يحول له كل حقوقه ودعاواه ضد المورد،¹ فالمهم بالنسبة للمستأجر هو أن يجد بديلا مساويا في القيمة لما تخلى عنه تجاه المؤجر،² ويشترط أن يكون هذا الاتفاق صريحا وخاليا من كل نية للتحايل على القانون.

وعلى ذلك عمدت بعض التشريعات سيرا على ما نصت عليه المادة العاشرة من اتفاقية المعهد الدولي لتوحيد القانون الخاص بشأن الاعتماد الإيجاري الدولي³ إلى منح المستأجر دعوى مباشرة ضمان العيوب الخفية تجاه البائع أو المورد، كما فعل المشرع المصري في المادة 13 من القانون رقم 95 لسنة 1995 حيث نصت على ما يلي: " للمستأجر أن يرجع مباشرة على المورد أو المقاول... " وهو الأمر الذي كان من الأفيد للمشرع الجزائري (إذ الملاحظ هو خلو الأمر رقم 96-09 وكذا القانون الفرنسي من أي نص يلزم المؤجر بتحويل حقوقه تجاه المورد إلى المستأجر)⁴ أن يقوم به في إطار تنظيم علاقات عقد الاعتماد الإيجاري ليقضي القضاء من التضارب حول صلاحية هذه الوسيلة التي تستعمل اليوم في هذه

¹ - M. Harichaux-Ramu, art. préc, 223.

² - Guy Duranton, op. cit., n° 126: «Transfert des actions découlant de la vente. - La seconde condition, le « transfert » des actions découlant de la vente au crédit-preneur, est remplie par l'effet du contrat de crédit-bail lui-même...»

³ - نصت هذه المادة على مايلي: " يمكن للمستأجر أن يثير في مواجهة المورد كل الالتزامات الملقاة على عاتق هذا الأخير والناجحة عن عقد البيع، كما لو كان هذا المستأجر طرفا في هذا العقد، وكما لو كانت هذه المعدات ستسلم له مباشرة".

⁴ - goyet, Le louage et la propriété à l'épreuve du crédit-bail et du bail superficiaire, op. cit., n° 112 ; GIOVANOLI, Le crédit-bail en Europe, op. cit., n° 301, p. 241; Guy Duranton, op. cit., n° 126: « Les auteurs de la Convention d'Ottawa sur le crédit-bail international l'ont pensé puisqu'ils ont accordé cette action au locataire (art. 10). En droit interne, il aurait été opportun qu'une action directe soit expressément accordée au locataire par le législateur... Mais aucun texte ne la consacre.»

وانظر في رفض القضاء الفرنسي لتكريس حق المستأجر في الرجوع على أساس الدعوى المباشرة:

Cass. ass. plén. 12 juill. 1991, JCP 1991. II. 21743, note Viney, D. 1991. 549, note Ghestin , D. 1991, somm. 321, obs. Aubert, RTD civ. 1991. 750, obs. Jourdain.

العقود لتحويل هذه الدعاوى من وكالة¹ واناابة² وحلول³ وحوالة⁴ حق⁴ واشتراط لمصلحة الغير⁵، ليكون أساس هذه الدعوى المباشرة هو القانون وليس إرادة الأطراف.⁶

- أن يكون المورد على علم بهذا التحويل وموافقا عليه، كأن يتضمن وصل الطلبية ما يشير إلى ذلك، وذلك حتى يعتبر بعد ذلك تنفيذ المورد لعقد البيع موافقة على ما جاء في وصل الطلبية. إضافة إلى أنه على المستأجر أن يذكر المورد بأنه هو من سيكون ملزما أمامه في حالة المطالبة بالضمان وذلك خلال مرحلة التفاوض.

وبدون هذه الشروط، يكون تخلي المستأجر عن حق رجوعه بموجب القواعد العامة على المؤجر بضمان العيوب الخفية بلا سبب وغير مشروع هذا من ناحية. ومن ناحية أخرى، فهذه الشروط هي التي تستجيب لمتطلبات القضاء في أن لا يكون الإعفاء تاما والمستأجر محروما من كل حق في الرجوع. فلقد ذهبت المحكمة التجارية الفرنسية Vervins إلى أن: "المؤجر محمي بشكل كاف إذا قام بنقل ضمان البائع للمستأجر، حتى يستطيع الرجوع ضد المورد".⁷

ثم ذهبت بعد ذلك محكمة Agen إلى القول بأنه إذا لم يكن المستأجر يتمتع بحرية اختيار الأصل ومورده، فإن المؤجر لا يستطيع إعفاء نفسه من مسؤوليته تجاه المتعاقد معه فيما يخص الضمان.⁸

¹ - Ch. Bruneau, op. cit, p. 112.

² - د/ هاني محمد دويدار، المرجع السابق، ص 338.

³ - Crémieux-Israël, op. cit, p. 63.

⁴ - C. Auloy, op. cit., p.p. 129 et s.

⁵ E. M. Bey, op. cit, p.p. 145 et s.

⁶ - «...Mais ce transfert des garanties au crédit-preneur est un élément fondamental, même si aucun mécanisme juridique satisfaisant n'est parvenu à le fonder malgré une jurisprudence pléthorique...»; V. Rép. civ., V^o Crédit-bail ; F. Arbellot, «L'exercice de l'action en garantie des vices cachées par le crédit-bailleur», LPA., Aout 1998, n^o 5, p. 4 et s.; R.-N. Schütz, op. cit., p. 242 ; J.-M. Leloup, art. préc.«... À côté de la subrogation, de la délégation...» (Cass. com. 4 juin 1996, Bull. civ. IV, n^o 156, D. 1996.630, note M. Billiau, JCP 1996. II. 22744, note M. Tallens-Dessalle), de la cession de la créance de garantie, il fut reconnu un mandat d'ester en justice, voire une stipulation pour autrui (Cass. com. 24 mai 1994, Contrats, conc., consom., oct. 1994, n^o 192, obs. L. Leveneur).

⁷ -T. Com. Vervins 18 avril 1967, arrêt précité.

⁸ - CA. Agen, 15/1/1969, Rev. de juris. Com., 1973, p. 35, cité par M. Hany Dawidar, op. cit. p. 357.

كما أن الغرفة التجارية لمحكمة النقض الفرنسية قد صادقت بقرار سابق الذكر بتاريخ 1972/1/3¹ على قرار محكمة استئناف Aix en Provence التي قررت بتاريخ 10 يونيو 1969 بأن الوكالة العامة التي يمنحها المؤجر للمستأجر من أجل ممارسة كل دعاوى الضمان المتعلقة بالعيوب الخفية للأصل ضد البائع، كأن يمكن الاحتجاج بها ضد هذا الأخير بمجرد علمه بها والتصرف بالمطالبة بحل عقد البيع ضد البائع.

الفرع الثاني: خصوصية التزامات المستأجر في عقد الاعتماد الإيجاري للمنقولات

يترتب على المستأجر وفقا للقواعد العامة للالتزام أساسيان هما أداء بدل الإيجار، والمحافظة على المال المؤجر واستعماله بحسب الغرض الذي أعد له، أو الغرض الذي عين في العقد، إلا أنه فضلا عن هذين الالتزامين، نجد أن المستأجر في عقد الاعتماد الإيجاري يظل هو من يتحمل في النهاية مسؤولية الضرر اللاحق بالغير، سواء كان الضرر راجع لعيب داخلي في الشيء أو لاستعماله:

أولا: الالتزام بالوفاء بالأجرة

يرد عقد الإيجار طبقا للقواعد العامة على الانتفاع بالعين المؤجرة، والوفاء بالأجرة يعد التزاما يقع على عاتق المستأجر مقابل انتفاعه بتلك العين، وإذا لم يتفق على الأجرة في العقد فهذا الأخير يعتبر عارية لا إيجاراً²، لأن الأجرة من العناصر الأساسية لعقد الإيجار. وتعد الأجرة في مفهومها القانوني ثمارا مدنية للشيء محل الإيجار، وريعا للعين المؤجرة في مفهومها الاقتصادي.

ويخضع تحديد مقدار الأجرة في عملية الاعتماد الإيجاري لتأثير قانون العرض والطلب والمساومة بين الطرفين المتعاقدين: الشركة المؤجرة والمشروع المستأجر. لذلك حتما فإن أحكام عقد الاعتماد الإيجاري في شأن التزام المشروع المستأجر بالوفاء بالأجرة قد لا تتسق وذلك المفهوم المبدئي لعقد الإيجار في صورته

¹ - Cass. Com. 3 janv. 1972, arrêt précité.

² - د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج6، ص 128.

التقليدية¹. فطريقه حساب الأجرة² في الاعتماد الإيجاري تختلف وتبتعد شيئاً ما عن معايير وضوابط السوق الإيجارية، ولتوضيح هذا الابتعاد والاختلاف، كان لابد من تحديد العناصر الداخلة في تكوين هذه الأجرة.

إن شركة الاعتماد الإيجاري عندما توفي بثمن شراء الأصل المنقول -الذي سوف تملكه - من أجل تأجيله، فإنها تكون قد قامت بتوظيف رأسمالها -استثماراً مالياً- وبالتالي، فإنها تبحث عن تغطية ما دفعته من خلال استرداد رأسمالها فضلاً عن عوائده -الأرباح-، أي من خلال مردوديته، لأن هدفها الرئيسي هو تحقيق الربح باعتبارها مشروعاً تجارياً. وعليه، فالأجرة التي يدفعها المستأجر تمثل في جزء منها رأس المال المستثمر بالإضافة إلى الفوائد المستحقة مقابل هذا الاستثمار. وباعتبار شركات الاعتماد الإيجاري تجارية، فإنه في حالة لجوئها إلى الاقتراض لتمويل مشروعاتها، فإنها تتحمل مصروفات ونفقات ضرورية لتنفيذ نشاطها ولتسييرها. وفي سبيل تغطية هذه النفقات العامة والمالية، فإن المستأجر يدفع لشركات الاعتماد الإيجاري أقساطاً بالإضافة إلى هامش ربح يدخل كجزء في الأجرة³.

فإجمالي الأجرة التي يدفعها المستأجر للمؤجر طوال مدة الإيجار غير القابلة للإلغاء، يجب أن تسمح بإهلاك رأس المال النقدي المستثمر من قبل المؤجر، وغطاء نفقاتها المالية مصدر للربح الذي تختصه لنفسها.

وهكذا فإن العناصر التي تتكون منها الأجرة في إيجار الاعتماد الإيجاري للمنقول هي:

- ثمن الإيجار - أي مقابل الانتفاع.-

- إهلاك رأس المال المستثمر في اقتناء الأصل المنقول.

- هامش ربح شركة الاعتماد الإيجاري.

- المصاريف العامة اللازمة لنشاط شركة الاعتماد الإيجاري.

مع الإشارة بأن أقساط لأجرة يتم تحديدها على ضوء العمر الاقتصادي للأصل المنقول ومدة العقد من جانب، ومعدلات هذه الأقساط المتفق عليها من جانب آخر. ويمكن الاتفاق على مراجعة الأجرة

¹ - د. هاني دويدار، المرجع السابق، ص 378؛

P. Ancel, op. cit, p . 109, n° 166

² - وتجدر الإشارة بأن الأجرة من البنود الملزمة في عقد الاعتماد الإيجاري للمنقولات حسب نص المادة 11 من الأمر رقم 96-09.

³ - أنظر المادة 14 من الأمر 96 - 09 .

E. M. Bey, op. cit, p. 123

الأساسية بإعادة تقديرها سنويا، وهو ما يترتب عليها تقييم أقساط الأجرة¹. ولما كانت مدة الإيجار في الاعتماد الإيجاري غير قابلة للإلغاء، فهذا يسمح بضمان إهلاك كامل رأس المال المستثمر في تمويل الأصل مع التحفظ في شأن ثمن التملك (القيمة المتبقية).

ولهذا تجدر الإشارة بأن شركات الاعتماد الإيجاري تنص في بعض الأحيان في عقودها النموذجية على أن تحديدها للأجرة كما هو مبين في العقد ليس تحديدا نهائيا، ذلك أنها وعلى ضوء التزاماتها تجاه مؤسسة الائتمان التي تعتمد الاقتراض منها سوف تتولى تحديد مقدار الأجرة لاحقا وبصفة نهائية. هذا ما يؤكد بأن تحديد الأجرة يتم على ضوء اعتبارات مالية بحتة، ولا يؤخذ في الاعتبار مطلقا القيمة الإيجارية السوقية للأصل المنقول المؤجر.²

وهذا الأمر³ - تجاوز الأجرة النهائية لما تم تحديده في العقد - لا يبرر طلب المستأجر لفسخ الاعتماد الإيجاري، لأن هذا لا يشكل تعديلا جوهريا لعقد الاعتماد الإيجاري، خاصة أنه وبالرجوع للقواعد العامة⁴ يكفي في عقد الإيجار أن تكون الأجرة قابلة للتحديد، ولا يلزم أن تكون محددة فعلا في العقد، وتبعاً لذلك فإنه لا يجوز للمستأجر الامتناع عن الوفاء بالأجرة المحددة من طرف شركة الاعتماد الإيجاري (التمن المراجع)، وإلا تعرض لطلبها بفسخ العقد وإلزامه برد الأصل المؤجر ودفع التعويض المقرر لها بموجب الشرط الجزائي المضمن في العقد.

وجدير بالملاحظة بأن بعض الفقه⁵ يرى بأن الدفعات التي يدفعها المستأجر بالرغم من التسمية المعطاة لها - الأجرة -، إلا أنها لا تشترك في شيء مع الأجرة، ذلك لا نها تحسب على أساس قسط إرجاع القرض، وكل قسط يتضمن جزءاً من الإهلاك والفائدة ودون الرجوع إلى السوق الإيجارية، ومع ذلك يرى

¹ - أنظر المادة 12 من الأمر رقم 96-09، وانظر المادة الرابعة من دفتر الشروط العامة لبنك البركة.

² - وعلى هذا يجوز أن تكون أقساط الأجرة متساوية، مثلما يجوز أن يتضمن العقد شرط وفاء الأقساط بموجب معدل متحرك، انظر في ذلك: د/ هاني دويدار، المرجع السابق، ص 376؛ د/ عبد الرحمان قومان، المرجع السابق، ص 319.

³ - J. Coillot, Initiation au leasing ou crédit-bail., Delmas, 2^{ème} éd., 1969, p. 129.

⁴ - قارن المادة 471 وما بعدها من القانون المدني قبل إلغائها بالقانون رقم 07-05.

⁵ - M. Giovanoli, Op. cit., p. 35.

البعض بأن الأجرة هي مقابل الانتفاع بالأصل بالرغم من تقديرها طبقا لضوابط مالية. بينما يرى جانب آخر¹ بأن الأجرة لا تعد مقابلا بالانتفاع بالأصل إلا بصفة جزئية.

إن الهدف الذي يتوخى من وراء تدقيق طبيعة الأداء الذي يقوم به المستأجر عند دفعه الأجرة هو التحري عن مدى المطابقة بين هذا الدفع وبين الأجرة كمقابل للانتفاع دون الوصول إلى حد وصفها بفوائد القرض بما يهدد بتشويه طبيعة العملية الإيجارية بأكملها.

فالمؤجر عندما يحدد مدة الإيجار، فإنه لا يراعي سوى الملامح المالية للعملية والتي تكون الحافز في تحديد هذه المدة ولا يهتم ما إذا كانت مدة الاستعمال مفيدة للمستأجر أم لا.

وباعتبار أن مدة الإيجار غير قابلة للإلغاء، أي حاسمة، كان التزام المستأجر بدفع الإيجار التزاما شاملا، وحيدا وغير قابل للتجزئة، ذلك أنه ذو طابع مالي (الوفاء) لكن يمكن تقسيطه زمنيا. فلكي يتمكن المؤجر من الإهلاك الكلي لرأس المال المستثمر والحصول على الفوائد، فإنه لا يمكن ذلك إلا بأن يكون اتفاقه والمستأجر ذا طابع حاسم - غير قابل للإلغاء - في مدته، أي يحسب كل هذه الأمور على أساس كامل مدة العقد، أما النفقات وهامش ربح المؤجر، فإنها موزعة على فترات الوفاء.

ولما كان عقد الاعتماد الإيجاري يسمح للمستأجر بتملك الأصل المنقول في نهاية مدة الإيجار، فلقد رأى البعض² بأن الأجرة وإن كانت تمثل إهلاكا لرأس المال للنسبة إلى شركة الاعتماد الإيجاري، فإنها تمثل أقساط ثمن ذلك الأصل بالنسبة إلى المستأجر في نهاية العقد بقيمة متبقية. ولكن القول بمثل هذا الأمر يهدد بإثارة الشك بخصوص تكييف خيار الشراء بالوعد المنفرد بالبيع لصالح تكييف الوعد المتبادل بالبيع. وما يمكن ملاحظته فيما يتعلق بقيمة هذه الأجرة، هو أنها تفوق قيمة الأجرة في عقد الإيجار التقليدي الذي لا يدخل في تحديد قيمته الإيجارية عنصر إهلاك ثمن تملك العين المؤجرة في الاعتبار³. كما أن وساطة شركة الاعتماد الإيجاري تشكل مصدرا لتكلفة تفوق تلك التي كان سيتكبدها المستفيد لو لجأ إلى شراء

¹ - د. هاني محمد دويدار، المرجع السابق، ص 381.

² - E. M. Bey, op. cit, p. 167 ; Guy Duranton, op. cit, p. 24, n° 141.

³ - Ch. Gavalda et D. Crémieux- Israël, op. cit, fasc. 640, n° 94.

الأصل بالتقسيط. مع الإشارة بأن قانون المالية¹ يحاول دائما خفض هذه التكلفة، إلا أن أثر هذا التدخل لا يخل باعتبار الاعتماد الإيجاري أعلى تكلفة من التمويل المصرفي التقليدي كذلك². وما يزيد الأمر حدة أن تنفيذ عقد الاعتماد الإيجاري يكلف نفقات كبيرة تحمّلها شركة الاعتماد الإيجاري للمشروع المستأجر.

وتنص عقود الاعتماد الإيجاري عادة على أن الأجرة تكون فيها مستحقة مسبقا، في بداية الانتفاع وقبل الاستعمال، أي لحظة استلام المال المؤجر من قبل المستأجر، حيث يلزم المستأجر بدفع قسط الإيجار الذي يطابق المدة الإيجارية الأولى³ قبل أن يكون الأصل المنقول قد حقق أية مردودية. - وهذا الأمر شائع في الإيجار التقليدي، حيث يلزم المستأجر بدفع الأجرة منذ إبرام عقد الإيجار أي في بداية الانتفاع. - لكن ما يلاحظ هو أن عقود الاعتماد الإيجاري تخرج في هذا الإطار عما هو معمول به في عمليات منح الائتمان بوجه عام، حيث لا يلتزم المؤمن برد أصل الدين والوفاء بالفوائد التي قد تكون مقررة إلا في نهاية مدة الائتمان، ذلك أن مفهوم الائتمان يقتضي الفصل الزمني بين أداءات الطرفين: مانح الائتمان وملتقي الائتمان.

ويترتب على نص عقد الاعتماد الإيجاري للمنقول باستحقاق أول قسط من الأجرة في تاريخ استلام المستفيد للأصل أنه حال شراء الأصل المؤجر، لا تلتزم شركة الاعتماد الإيجاري بدفع ثمن الشراء إلى البائع إلا عند تلقيها محضر استلام الأصل الذي يفيد تمام تنفيذ البائع لالتزامه بالتسليم. ومؤدى ذلك، أن يكون أول قسط للأجرة مستحقا قبل توظيف⁴ شركة الاعتماد الإيجاري لرأس مالها، أو في أفضل الأحوال أن تتحقق الواقعتان في تاريخ واحد. أي أن أول أجرة تستحق لحظة استلام الأصل من قبل المستأجر، بمعنى أن المستأجر يكون ملزما بدفع أول أجرة قبل أن يكون الأصل قد حقق أية مردودية.

¹ - طبقا لأحكام قانون المالية التكميلي لسنة 2001 الذي يعفي البنوك والمؤسسات المالية التي تمارس عمليات الاعتماد الإيجاري من الضريبة على الأرباح المتعلقة بالأجرة وكذلك المرسوم التشريعي رقم 93-12 المؤرخ في 5 أكتوبر 1993 والمتعلق بترقية الاستثمار، أصدرت وزارة المالية منشور رقم 01/2001 يرخص للمؤسسات المالية والبنوك بتطبيق نظام الإهلاك المالي الخطي أو التنازلي للأصول Amortissement linéaire ou dégressif في إطار الاعتماد الإيجاري.

² - د. هاني محمد دويدار، النظام القانوني، المرجع السابق، ص 382.

³ - انظر المادة 32 من الأمر رقم 96-09.

⁴ - Ch. Bruneau, op. cit, p. 187. N° 199.

إن إلزام المستأجر بسداد أول أقساط الأجرة في بداية الانتفاع بالأصل، أو حتى قبل ذلك حالة الوفاء بمقدمات الأجرة¹، يجعلنا نلاحظ بأن السداد الذي يوفي به المستأجر، لا يمكن بأن يتم من عوائد استعمال الأصل المنقول - فلا يمكن القول بأن تكلفة الأصل في الاعتماد الإيجاري تدفع من مردوديته-، وهذا ما يجعل خاصية التمويل الكامل في الاعتماد الإيجاري محل نظر.

أما فيما يخص تحديد الدورية التي يدفع فيها بدل الإيجار، فقد نصت المادة 15 من الأمر رقم 96-09 على أن: " تدفع الإيجارات حسب دورية تختارها الأطراف المعنية بعقد الاعتماد الإيجاري".

وما يستخلص من النص، أن طرفا العقد أحرار في تحديد دورية معينة لتسديد أقساط الأجرة، وقد تكون هذه الدورية شهرية أو سنوية أو نصف سنوية.

وأما فيما يتعلق بمكان الوفاء بالأجرة، فإنه وطبقا للقواعد العامة، الدين مطلوب لا محمول وأن الأجرة في الإيجار هي كذلك.² لكن لما كان هذا الحكم غير متعلق بالنظام العام وبالتالي يجوز للطرفين الاتفاق على مخالفته؛ فإن شركات الاعتماد الإيجاري قلبت هذه القاعدة وجعلت دين الأجرة محمولا لا مطلوبا³، وعلى هذا يتم الاتفاق على أن الوفاء بالأجرة يكون بمركز شركة الاعتماد الإيجاري.

ويترتب على ضرورة حمل المستفيد قسط الأجرة إلى شركة الاعتماد الإيجاري مزيدا من الأعباء على عاتقه، مع أن مسير مشروع الاعتماد الإيجاري يفترض عادة أنه منهمك ومنشغل في البحث عن ولاء عملائه، بالإضافة إلى الجزاءات الثقيلة التي قد يتعرض لها المستأجر عند عدم الوفاء بقسط واحد من الإيجار، ما يسمح للمؤجر بإنذاره، فهذا دليل على عدم تنفيذ المستأجر لالتزامه. لهذه الأسباب، فإن بعض شركات الاعتماد الإيجاري حسمت المسألة حيث تطلب من المستأجر بأن يصرح لها بأن تقتطع الأجرة من

¹ - أنظر المادة 17 من دفتر الشروط العامة لبنك البركة الجزائري.

² - انظر الفقرة الثانية من المادة 498 من التقنين المدني.

³ - أنظر المادة 3 / فقرة 41 من دفتر الشروط العامة لشركة: ش - ج - ت - ع SALEM

حسابه المصرفي،¹ ويتعهد في هذا الإطار بأن يوقع أمراً كتابياً بتحديد مكان السداد المستدم عند التوقيع على هذا العقد.

وفي حالة التأخير في سداد الإيجار وبمقتضى شرط جزائي وبدون حاجة إلى إنذار، يحتفظ المؤجر لنفسه بالحق في الحصول على تعويض جزائي مسبقاً في العقد، بالإضافة إلى فوائد تأخيرية، ودون المساس بحقه في طلب الفسخ² واسترداد المنقولات المؤجرة باعتباره المالك لها، وله حق الاحتجاج في مواجهة دائني المستأجر بشرط احترام إجراءات الإشهار المنصوص عليها قانوناً.

وبالعكس لا يجوز للمستأجر مطالبة المؤجر بأي تعويض أو تخفيض للإيجار في حالة التوقف عن استخدام الأصول المنقولة لأي سبب كان بما في ذلك القوة القاهرة.

ولتمكين المؤجر من مواجهة الأعباء الجديدة التي قد يكون عليه تحملها بسبب أي تعديل في النظام الضريبي أو في سعر الضرائب والرسوم المطبقة على عوائد الإيجار، فإن عقود الاعتماد الإيجاري توضح منذ لحظة التوقيع عليها بأن الأجرة والقيمة المتبقية محسوبة تبعاً للنظام الضريبي المعمول به، وهذا احتياط يتخذه المؤجر لضمان حقه في الأجرة³.

ونظراً لخصوصية عقد الاعتماد الإيجاري باعتباره وسيلة لتمويل الاستثمارات الإنتاجية، أكد المشرع في عدة نصوص من الأمر رقم 96-09⁴ المتعلق بالاعتماد الإيجاري على عدم سريان أحكام الامتداد القانوني لعقد الإيجار أو أحكام تحديد الأجرة المنصوص عليها قانوناً في العقد. وذلك تشجيعاً على الاستثمار في مجال الاعتماد الإيجاري، وكذا تأكيداً لاعتبار العقد شريعة المتعاقدين في كل ما تضمنه من شروط لاسيما المدة والأجرة.

¹ - Ch. Bruneau, op. cit, p. 187. N° 199.

² - أنظر المادة 19 من دفتر الشروط العامة لبنك البركة. وتجدر الإشارة إلى أنه لم يعد بإمكان المؤجر في فرنسا الحصول على التعويضات الجزافية، والاكْتفاء بالتعويضات المستحقة عن التأخير في الوفاء التي يتم حسابها على أساس أسعار الفوائد القانونية، أي لم يعد بإمكان المؤجر سوى بالمطالبة بالتعويض عن التأخير في التنفيذ (بعد أن عدلت المادة 1154 من ق.م.ف.).

³ - أنظر المادة 23 من دفتر الشروط العامة لبنك البركة.

⁴ - أنظر على سبيل المثال المادة: 42 من الأمر رقم 96-09.

ولا يكتفي المؤجر بهذا الاحتياط فحسب، بل إنه يفرض على المستأجر تقديم بعض الضمانات لوفاء بالأجرة المتفق عليها، وتتمثل هذه الضمانات في التأمينات العينية والكفالة وحتى التأمين على الحياة، أما بالنسبة لحق الملكية الذي يحتفظ به المؤجر، فإنه لا يعتبره أحيانا ضمانا كافيا، ونظرا لعدم يسار المستأجر أحيانا، فإن المؤجر غالبا ما يطلب رهنا غير حيازي للمحل التجاري المملوك للمستفيد أو لأسهم المدير المسير للمشروع المستأجر إذا كان المستفيد من الأشخاص المعنوية¹. بالإضافة إلى إمكانية إلزام المستأجر بإيداع مبلغ نقدي لدى أحد البنوك يخصص لضمان وفاء المستفيد بالمبالغ المستحقة لشركة الاعتماد الإيجاري²، ويشترط في الغالب أن يكون مبلغ الوديعة موافقا لعدد معين من أقساط الأجرة.

وكل هذه الضمانات لم يكتفي بها المشرع الجزائري عندما جعل تحصيل المستحقات الناشئة عن عقد الاعتماد الإيجاري تتمتع بحق امتياز على كل أموال المشروع المستأجر العقارية والمنقولة.³

صحيح أنه من النادر أن يطلب المؤجر كل هذه الضمانات مجتمعة، وإلا عد متعسفا في طلب الحماية المكونة لمفهوم التعسف في استعمال الحق. لكن من النادر أن لا يطلب المؤجر بعض هذه الضمانات على الأقل. وهو ما يشكل مصاريف إضافية على عاتق المستأجر لتعزيز ضمان حقوق المؤجر المحمي أصلا بشكل جدي بحق ملكية الأصل المؤجر.

وإذا كانت الضمانات العينية التي يطلبها المؤجر من المستأجر لم تلقى الإجماع في عقود الاعتماد الإيجاري⁴، فبالعكس، لا يخلو عقد من عقود الاعتماد الإيجاري من إلزام المستأجر في الحصول على كفيل. ذلك أن تقديم كفيل للشركة يعد من بين البيانات التي يجب على المستأجر الإدلاء بها، في طلب إبرام العقد، فالكفالة تعد من العناصر اللازمة بعقد الاعتماد الإيجاري دون أن ترقى مع ذلك إلى مرتبة الركن الأساسي فيه، والكفالة مشترطة في كافة عقود الاعتماد الإيجاري بصفة نمطية.

¹ - أنظر المادة 17 من الأمر 09-96: "التزام المستأجر بمنح المؤجر ضمانات أو تأمينات عينية أو فردية...."؛ د\هاني محمد دويدار، المرجع السابق، ص 398.

² - C. Auloy, op. cit ; n° 59.

³ - أنظر المادة 23 من الأمر سالف الذكر.

⁴ -- يعتبر البعض الضمانات مجرد بنود أو شروط تبعية وغير جوهرية، انظر المادة التاسعة عشر من دفتر الشروط العامة لبنك البركة، وانظر في هذه المسألة على سبيل المثال:

D. Crémieux- Israël, P. 31.

ونظرا للطابع المالي البحت الذي يتصف به عقد الاعتماد الإيجاري وحرصا من الشركة الممولة على أن يتم تنفيذ العقد بواسطة شخص المستأجر دون غيره وذلك لقيام هذا العقد على الاعتبار الشخصي¹، فإن عقود الاعتماد الإيجاري تتضمن شرطا نمطيا يقضي بانقضاء العقد بمجرد وفاة المستأجر. لكن قد تستمر في تنفيذ العقد مع الورثة إذا رأت في ذلك مصلحة لها. ولفادي أية خسارة يمكن أن تنجم عن انتهاء عقد الاعتماد الإيجاري بسبب وفاة المستفيد، فإنها تستبقي ما تكون قد قبضته من أقساط الأجرة قبل الوفاة، بالإضافة إلى حصولها على مبلغ التأمين من شركة التأمين المساوي لأصل رأس المال، وذلك مع بقاء حقها في استرداد الأصل المنقول².

ومما سبق يتضح أن الضمانات التي يتحملها المستأجر تؤثر على وضعيته المالية، إذ تفرض عليه نفقات لا مقابل ولا مردودية لها.

وعلى ضوء ما عرضنا من التزام المستأجر بالوفاء بالأجرة، تبين لنا بأن الهدف الذي يبحث عنه المؤجر هو إهلاك رأس المال المستثمر من قبله في اقتناء الأصل بالإضافة إلى مردوديته، وهو إهلاك مقيد بالعمر الافتراضي للأصل المنقول. الأمر الذي أدى بالنتيجة إلى كون مبلغ أقساط الإيجار المحددة أكثر ارتفاعا من تلك الموجودة في الإيجار العادي، حيث لا يؤخذ بعين الاعتبار سوى القيمة الإيجارية للأصل حيث لا يتدخل في تقديرها أي معيار ذي طابع مالي.

كل ما سبق أدى إلى كون أن الأجرة تكون أبعد من أن تأخذ بعين الاعتبار القيمة الإيجارية للأصل لأنها جد مرتفعة مقارنة بهذه الأخيرة. فالإيجار أو بدل الإيجار أو الأقساط تتجاوز بكل المقاييس القيمة الإيجارية الحقيقية للأصل، وبأنها أكثر تكلفة من تلك الموجودة في الإيجار البسيط³، وبالتالي فالقول بأن أقساط الإيجار هي مقابل عادل للاستمتاع بالأصل هو تشويه لاقتصاد هذه العملية. وحتى إذا قلنا بأن هذه الأقساط تمثل في جزء منها مقابل استعمال الأصل، فإنما سوف تكون أكثر ارتفاعا في هذا الجزء، من

¹ - أنظر المادة التاسعة عشر من دفتر الشروط العامة لشركة البركة، وانظر المادة السادسة من دفتر الشروط العامة لشركة ش-ج-ت-ب-ع. SALEM.

² - أنظر المادة السادسة الفقرات: 3-4 و 5 من دفتر الشروط العامة لشركة SALEM.

³ - Ch. Gavalda et D. Crémieux Israël, op. cit, fasc. 640, n° 94.

تلك المعروفة في الإيجار العادي، لأنها تضيف إلى هذا الجزء جزءاً آخر يطابق تكلفه الائتمان الممنوح¹. الأمر الذي دفع البعض إلى القول بأن خيار الشراء الموجود في عقد الاعتماد الإيجاري هو خيار صوري وشكلي، وبأنه وبمجرد بدء عقد الاعتماد الإيجاري في إنتاج آثاره، تصبح حرية المستأجر في اقتناء ملكية الأصل محل الإيجار وهمية مادام يوفي فعلاً بأكثر جزء من الثمن، الأمر الذي يدفع للاعتقاد بأن عقد الاعتماد الإيجاري يمزج بين الإيجار والوعد المتبادل بالبيع.

ثانياً: التزامات المستأجر المستفيد المتعلقة بحماية حق ملكية شركة الاعتماد الإيجاري

يلتزم المستفيد في هذا السياق بالمحافظة على الأصل المنقول المؤجر (أ)، كما يلتزم بضمان فعالية حق ملكية الشركة المؤجرة في مواجهة الغير (ب):

(أ) التزام المستفيد بالحفاظ على الأصل المنقول:

لما كانت الشركة الممولة مالكة للأصل المنقول المؤجر، ونظراً لما لحق الملكية من أهمية خاصة بالنسبة إليها - إذ يمثل الضمان الجوهري المقرر لها ضد مخاطر إعسار المستفيد - فإنها تلقي على عاتق المستأجر التزاماً بالمحافظة على الأصول المؤجرة وصيانتها وإصلاحها، وكذا استعمالها فيما أعدت له، وعلى ذلك يلتزم المستأجر المستفيد من أجل المحافظة على الأصول المنقولة المؤجرة بـ:

1. استعماله استعمالاً عادياً وشخصياً

2. صيانة وإصلاح الأصول المنقولة

3. التأمين على الأصول المؤجرة

1. الالتزام باستعمال الأصل المنقول المؤجر شخصياً وفيما أعد له

في سبيل المحافظة على الأصل المؤجر يلتزم المستفيد في عقد الاعتماد الإيجاري باستعماله استعمالاً عادياً² وشخصياً وعلى النحو المتفق عليه في العقد³. فإذا لم يتفق الطرفان على كيفية الاستعمال، وهذا

¹ - M. Giovanoli, op. cit, pp. 38 et 45.

² - F. Dekeuwer, Droit Bancaire, Dalloz, 1995, 5^{ème} éd, p. 96 ; Ch Gavalda et J. Stoufflet, Droit Bancaire, Litec, éd. 2002, p. 347, n° 510.

³ - أنظر المادة: 35 من الأمر رقم 96-09. المادة الثامنة من دفتر الشروط العامة لبنك البركة.

فرض نادر، التزم المستفيد بأن يستعمل الأموال المؤجرة بما يتفق والأغراض التي أعدت لها. ويشترط في هذه الأغراض أن تكون لمباشرة نشاط اقتصادي¹. فعقد الاعتماد الإيجاري يفرض على المستفيد اتخاذ كافة التدابير اللازمة لاستعمال الأصل المنقول استعمالاً عادياً والمحافظة عليه صالحاً للاستعمال في الوجه المعد له.

ولا يختلف هذا الحكم عما هو مقرر طبقاً للقواعد العامة في عقد الإيجار، إذ يلتزم المستأجر ببذل عناية الرجل المعتاد في استعمال الأصل المؤجر، أي استعماله في الوجه المخصص له². ويتوقف تحديد وجه الاستعمال على طبيعة المال من جانب، وطبيعة نشاط المشروع المستفيد من جانب آخر. فيفرض العقد على المستفيد وضع المنقول في موضع يضمن حسن تشغيله والمحافظة عليه وصيانتها، بما يشمل الحصول على جميع ملحقاته اللازمة لاستعماله. ويتعين على المستفيد إتباع تعليمات البائع أو المنتج فيما يتعلق بوضع المنقول موضع التشغيل³.

ويضاف إلى ذلك أنه متى قام المستفيد بتحديد الموقع الذي يتم فيه استعمال الأصل المنقول، فإنه ليس له نقله من موضعه إلا بعد إخطار شركة الاعتماد الإيجاري بذلك وموافقتها على الموضع الجديد للأصل. كما يتعين على المستفيد احترام تعهده إذا قام بتحديد ساعات تشغيل الأصل اليومية. وهذه القيود تعتبر في الحقيقة تفرجات لازمة على التزام المستفيد باستعمال الأصل وببذل عناية الرجل المعتاد، حيث يلتزم المستفيد ببذل العناية التي كان يبذلها الشخص العادي إذا ما وضع في ذات ظروف المستفيد⁴. كما يلتزم المستأجر بعدم إدخال أي تعديلات على الأشياء محل عقد الاعتماد الإيجاري بدون إذن المؤجر، إلا إذا كان التغيير لا ينشأ عنه أي ضرر للمؤجر.

والنص على هذه القيود في شأن استعمال الأصل المنقول يدل على حرص شركة الاعتماد الإيجاري على المحافظة على الأصل المؤجر، فضلاً عن صلاحيته للإستعمال، ذلك أن القيمة المادية للأصل لها أهمية بالنسبة للمؤجر، إذ قد يضطر إلى بيع الأصل بعد فسخ الإيجار من جهة، ومن جهة أخرى، فإن المستأجر

¹ - أنظر المادة الثالثة من الأمر رقم 96-09.

² - أنظر المواد 491 و 495 من القانون المدني.

³ - د\ فايز نعيم رضوان، المرجع السابق، ص 204.

⁴ - Guy Duranton, op. cit, p. 22, n° 131.

قد يحرك خيار الشراء في نهاية المدة الحاسمة لتخليص المؤجر من ضمانه غير مفيدة وصعبة التحصيل. والاستنزاف المبالغ فيه للأصل لا يمكن حتماً أن يسمح بتحقيق هذه الأهداف، وبالتالي، فإن المستأجر مطالب باستعمال الأصل بشكل عادي مع الالتزامات التي تنفرع عنه، والتي تبدو أكثر تقييداً لسلطاته على الأصل الذي يدفع ثمنه، من تلك الناتجة بشكل طبيعي عن عقد الإيجار.

وتحرص المؤسسات المالية على التأكد من احترام المشروعات المستفيدة لبند عقود الاعتماد الإيجاري، فتحفظ لنفسها بحق التفتيش الدوري، على المعدات وغيرها من المنقولات محل هذه العقود حتى تضمن عدم إدخال أي تغييرات على هذه الأشياء¹، ويحق لها أعمال رقابتها في أي وقت طوال مدة العقد، ويكون ذلك على فترات دورية تحدد في العقد. فإذا ثبت لها مخالفة المستأجر للتعليمات والأصول الفنية بشأن الاستعمال، أذنته بضرورة إتباعها، وإلا كان من حق المؤجر طلب فسخ العقد².

ولا تعتبر متابعة المؤجر بتنفيذ التعليمات على النحو السابق تعرضاً منه للمستأجر في استعمال المال المؤجر، طالما أنها تتم في الفترات المحددة، وبالطريقة المتفق عليها في العقد، وذلك تنفيذاً لحق المؤجر في الرقابة لتجنب سوء الاستعمال.

ولما كان عقد الاعتماد الإيجاري يقوم على الاعتبار الشخصي، يترتب على هذا أنه يمنع على المستفيد إجراء بعض التصرفات المتعارضة وهذا المبدأ. ومن هذه التصرفات نقل ملكية الأشياء محل عقد الاعتماد الإيجاري إلى الغير، ذلك أن حيازة المستفيد للآلات أو المعدات تكون على سبيل الإيجار حيث تظل ملكيتها للشركة المؤجرة. وبذلك لا يستطيع المستفيد التصرف في الأشياء محل العقد أو ترتيب أي حق عيني عليها، دون موافقة صريحة من المؤجر³ وتعتبر هذه العقود باطلة. وإذا ما تخلى المستفيد عن حيازة الأشياء المؤجرة لشخص آخر، فإنه يتعرض لعقوبة خيانة الأمانة⁴.

¹ - أنظر المادة 33، الفقرة الثانية من الأمر رقم 96-09 ود\ فايز نعيم رضوان، المرجع السابق، ص 204.

² - د\ قدرى عبد الفتاح الشهاوي، المرجع السابق، ص 86 وما بعدها.

³ - Pascal Ancel, op. cit, p. 103.

⁴ - د\ عبد الرحمان السيد قومان، المرجع السابق، ص 112 وما بعدها، وانظر كذلك المادة 1-314 من تقنين العقوبات الفرنسي؛ والمادة 376 من قانون العقوبات الجزائري، ولقد اعتبر المشرع المصري على غرار الواقع الفرنسي عقد التأجير التمويلي من عقود الأمانة، عندما قرر بالمادة التاسعة من قانون سنة 1995 بخصوص التأجير التمويلي: "... وفي جميع الأحوال يسري على هذا العقد حكم المادة 341 من قانون العقوبات." وبذلك يعتبر المستأجر في نظر المشرع المصري خائناً للأمانة، إذا بدد أو اختلس الأموال المنقولة المؤجرة إضراراً بالمؤجر وذلك مع توافر القصد الجنائي طبعاً.

ولما كان عقد الاعتماد الإيجاري من عقود الأمانة، فإن المستأجر يعتبر خائناً للأمانة إذا بدد أو اختلس الأموال المؤجرة، وذلك مع توافر القصد الجنائي.

كما يحظر على المستأجر التأجير من الباطن للأصول المؤجرة أو استبدالها أو إعارتها¹، إذ لا تأمن شركة الاعتماد الإيجاري التزام المستعير باستعمال الأصل على النحو المبين في عقد الاعتماد الإيجاري. كما أن بقاء الأصل مملوكاً لشركة الاعتماد الإيجاري، يسلب كل حق للمستأجر في التصرف فيه تصرفاً ناقلاً للملكية، فلا يجوز له بيعه أو هبته أو رهنه حيازياً. ويترب على ذلك أنه لا يجوز للمستفيد تبديل الأصل، إذ يفترض التبديل التصرف في الأصل.

كذلك لا يجوز للمستفيد النزول عن عقد الاعتماد الإيجاري للغير، حيث يحل التنازل بالاعتبار الشخصي الذي يقوم عليه العقد². فالمؤجر من الصعب عليه أن يرى مستأجره يستبدل بمتعاقده آخر قد لا يقدم ضمانات كافية في نظره. لأن فوائد المؤجر التي يتم تقييمها بهذا الشكل هي التي أملت المنع الذي تضمنته عقود الاعتماد الإيجاري المتعلق بقدرة المستأجر على إيجار الأصل من الباطن أو التنازل عن الإيجار.

لكن إذا كان العميل الجديد الذي يقترحه المستأجر يقدم في نظر المؤجر ضمانات أكثر إقناعاً، وبالتالي فوائد³ أكبر، فإن المؤجر قد يسمح استثناءً بهذا الإيجار من الباطن أو هذا التنازل عن الإيجار، إلا أن الأمر يقتضي قبوله الصريح. ولا شيء يمنع المؤجر من اعتبار المستأجر كضامن متضامن مع المتنازل له في حالة التنازل عن حق الإيجار. وموافقة المؤجر على التنازل تكون مشروطة على قبول المستأجر لذلك الضمان⁴.

وإن أجاز المؤجر الاعتماد الإيجاري من الباطن، فإنه يتقرر له دعوى مباشرة في الرجوع على المستأجر من الباطن في المطالبة بالأجرة المستحقة على المستفيد ولكن في حدود الأجرة التي تكون مستحقة

¹ - أنظر المادة 39 من الأمر رقم 96-09.

² - Guy Duranton, op. cit, n^{os} 23, 137, 140 : « Le contrat ne peut être transmis à titre onéreux ou gratuit à un tiers ».

³ - CA. Aix en Provence, 3 oct. 1994, Bull. civ, Aix 2j 1994, n^o 517, obs. B. Savelli.

⁴ - أنظر المادة 506 من القانون المدني، والمادة 39 الفقرة 11 من الأمر رقم 96-09.

لهذا الأخير في ذمة المستأجر من الباطن¹ كما أن له فسخ العقد مع المطالبة بمبلغ الشرط الجزائي. وفي جميع الأحوال يتحمل المستفيد جمع النفقات الناشئة عن تنفيذ التنازل عن الإيجار من حيث أجرة النقل وإعادة تركيب الأصل المنقول أو إعادة تشغيله، ما لم يوجد اتفاق على تحمل المتنازل إليه النفقات².

2. الالتزام بصيانة وإصلاح الأصول المؤجرة

ولما كان الغرض من عقد الاعتماد الإيجاري للمنقولات هو إمداد المستفيد من العقد بآلات ومعدات ذات خصائص تكنولوجية متطورة، ولكي يستطيع المستفيد الانتفاع بهذه الأصول المنقولة طوال مدة العقد، فإنه يتوجب على المؤسسة المالية أن تسلم للمستفيد آلات أو معدات تفي بهذه الأغراض، ليس فقط عند التسليم بل تضمن صيانة هذه الأشياء طوال مدة الإيجار حتى تستمر في تحقيق الهدف من استئجارها.

وإذا كان الأصل وفقا للقواعد العامة في عقد الإيجار هو التزام المؤجر بإجراء الصيانة الضرورية للمال المؤجر³، فإن العمل قد جرى في فرنسا على الرغم من ذلك على إيراد نص صريح في عقد الاعتماد الإيجاري تعفى بموجبه الشركة المؤجرة من الالتزام بإجراء الصيانة الضرورية واللازمة للمحافظة على المال المؤجر، وجعل هذا الالتزام يقع بنص صريح على عاتق المستأجر.

إذ نجد أن المستفيد يلتزم بالقيام بأعمال الصيانة اللازمة للحفاظ على صلاحية الأصل المنقول للاستعمال في الوجه المخصص له، أي القيام بصفة دورية بمتابعة الأموال المؤجرة، وذلك بغرض الوقوف على حالتها تجنباً لحدوث أعطال أو منعا لتفاقمها إذا بدأت. وعلى كل حال يلتزم المستأجر بإخطار المؤجر بما يطرأ على الأموال المؤجرة من عوارض تمنع الانتفاع بها كلياً أو جزئياً⁴ طبقاً للإجراءات المنصوص عليها في عقد الإيجار، وهذا ما قرره المادة 497 من القانون المدني وكذا المادة 33 من الأمر المتعلق بالاعتماد

¹ - أنظر المادة 507 الفقرة الأولى من القانون المدني.

² - أنظر المادة 17 الفقرة الثانية من الأمر رقم 96-09.

³ - وبخصوص القواعد العامة، انظر المادة 1719 من التقنين المدني الفرنسي.

⁴ - فالالتزام بالصيانة الذي يتحمله المستأجر يتفرع عنه التزامه بإعلام شركة الاعتماد الإيجاري عن كل حادث أو انقطاع في تشغيل الأصل محل الإيجار، لأنه ملزم بالحفاظ على حقوق المؤسسة المالية على الأصل.

الإيجاري،¹ وهذا الإخطار لا يلقي على المؤجر التزاما بإصلاح العيوب، وإنما ليحاط علما بحالة المنقول المؤجر.²

أما المسؤولية عن إزالة هذه العوارض، فهي بين المستأجر الملتزم في مواجهة المؤجر بالإصلاح والصيانة وبين المورد البائع الملتزم في مواجهة المؤجر بضمان العيوب الخفية.

كذلك يلتزم المستفيد وعلى نفقته بإجراء جميع أعمال الصيانة الضرورية التي تهدف إلى المحافظة على الكيان المادي للأصل المؤجر.³ وخروجاً عن حكم المادة 479 الفقرة الأولى من القانون المدني يتحمل المستأجر في عقد الاعتماد التجاري جميع النفقات الناشئة عن إصلاح الأصل وصيانته، وهذا ما صرحت به عبارات المادة 17 الفقرة الثالثة من الأمر رقم 96-09.

ولذلك يلتزم المستأجر بالقيام بجميع أعمال الصيانة اللازمة للحفاظ على صلاحية الأصل للاستعمال في الوجه المخصص له، وكذلك يلتزم بإجراء أعمال الصيانة الضرورية والتي من شأنها المحافظة على الكيان المادي للأصل، كاستبدال الأجزاء التي أدت إلى العطل. وجميع القطع التي نستبدل بالمنقول تصبح ملكاً لشركة الاعتماد التجاري، رغم تحمل المستأجر لجميع نفقات الصيانة.

وبذلك ليس هناك مجال لإعمال التمييز الذي أتى به المشرع المدني بين الالتزام بالصيانة التأجيرية والتي يتحملها أصلاً المستأجر⁴، والالتزام بالصيانة الضرورية التي تقع على عاتق المؤجر⁵.

وتتحمل المستأجر عبء الصيانة الكبرى وكذا البسيطة. فإن هذا يتحقق لمصلحة المؤجر الذي يتقن لعبة خرق القواعد المكتملة في مادة الإيجار. ولا تكفي شركة الاعتماد التجاري بالنص على إعفائها من الالتزام بالصيانة الضرورية، وإنما تفرض القيام بها على المستأجر باعتباره التزاماً على عاتقه. وكأن المستفيد يضمن في واقع الأمر لشركة الاعتماد التجاري عدم تلف الأصل المؤجر وزوال صلاحيته.

¹ - تنص هذه المادة على أنه: " يمكن أن يضع العقد هلى عاتق المستأجر الالتزام بالحفاظ على الأصل المؤجر وصيانته في حالة اعتماد إيجاري للأصول المنقولة." وهذا النص يتماشى مع مضمون الفقرة الأخيرة من المادة 17 من ذات الأمر.

² - انظر المادة الثامنة من دفتر الشروط العامة لبنك البركة.

³ - D. Crémieux. Israël, op. cit, pp. 53 et s.

⁴ - انظر المادة 494 من القانون المدني.

⁵ - انظر المادة 479 من القانون المدني.

ولقد اعتبر جانب¹ من الفقه هذا الالتزام الذي يقع على عاتق المستأجر التزاما منطقيًا وعاديًا، وقد قيل في تبرير التزام المستفيد بالصيانة الضرورية أن مآل ملكية الأصل أن تنتقل إليه في نهاية مدة العقد، وبالتالي ليس ثمة ما يمنع من تحميله بتبعات الملكية منذ بدء انتفاعه بالأصل. لكن هذا القول أو التصور مبني على مقدمات غير صحيحة، بما أن المستأجر ليس له سلطة الملكية على الأصل هذا من جهة أولى، ومن جهة ثانية فإن سلطات استعماله مقيدة، بالإضافة إلى أنه لا يقرر ما إن كان سيقتني الملكية أم لا إلا في نهاية مدة الإيجار، كما أنه من غير المبرر أن يحرم المستفيد من تملك الأصل ابتداءً إلا من أجل تمتع شركة الاعتماد الإيجاري بضمان فعال ضد مخاطر إعساره.

ولذلك تقتضي العدالة أن تتحمل الشركة تبعات هذا الضمان تطبيقًا لمبدأ الغرم بالغنم. إلا أن الشركة تبقى قابعة في دورها التمويلي البحث وتعزف عن اقتحام ما يتعلق بالجوانب الفنية للأصل، مما جعلها تفرض على المستفيد أعباء الصيانة الضرورية.

ويضاف إلى ذلك أن التزام المستفيد بالصيانة الضرورية يسيء من مركزه القانوني إذا ما قورن بمركز المالك: فالمالك حر في إصلاح ما تلف من أمواله، وكذلك يكون حراً في صيانة أمواله أو تركها إلى التلف والهلاك. أما المستفيد فيقع على عاتقه التزام بالصيانة لا يستطع الإفلات منه، وإلا ثارت مسؤوليته في مواجهة شركة الاعتماد الإيجاري.

ويتضح من ذلك مدى حرص شركة الاعتماد الإيجاري على الإبقاء على صلاحية الأصل المؤجر، وهو ما لم تكن لتهتم به إذا ما تأكد لها انتقال ملكية الأصل إلى المستفيد، إلا أنها تكون معرضة لاسترداده إما في نهاية مدة العقد إذا لم يعمل المستفيد خياره بالتملك، أو بحد الإيجار، وإما على إثر فسخ عقد الاعتماد الإيجاري قبل تمام تنفيذه. وفي هذه الفروض الثلاثة تثور حاجة شركة الاعتماد الإيجاري إلى التصرف في الأصل المنقول، وهو ما لا يكون في مقدورها ما لم يكن الأصل صالحاً للاستعمال في الوجه المخصص له. والصيانة التأجيرية منها والضرورية هي التي تسمح ببلوغ هذا الهدف، وعن طريق إلزام المستفيد بما تتخلص شركة الاعتماد الإيجاري من أعبائها.

¹ - D. Crémieux-Israël, op. cit, p. 15 : « ... La location est susceptible de cesser par la levée de la promesse de vente ».

ومن الالتزامات التي تقع على عاتق المستأجر والمتفرعة عن محافظة على الأصل تحمل تبعة هلاك الأصل المؤجر كلياً أو جزئياً وإن كان الهلاك يرجع إلى سبب أجنبي لا يد له فيه، وهو خرق آخر للقواعد العامة للإيجار¹.

فإذا كان صحيحاً أن فائدة المحافظة على شيء ما يجنيها عموماً مالكة، فإن هذه الفائدة قد تمتد أيضاً لحائزي الحقوق العينية الآخرين أو لحقوق الدائنية المتعلقة بالشيء، وبالتالي، فإن التأمين على الأصل يسمح بالتقليل من المخاطر والأضرار الناتجة عن هلاك هذا الأصل، وهذا هو موضوع العنصر الموالي.

3. الالتزام بالتأمين على الأصول المؤجرة

نظراً لما لعقد الاعتماد الإيجاري من طبيعة خاصة ووظيفة أساسية تتمثل في أنه وسيلة للتمويل، لذلك فإن شركة الاعتماد الإيجاري، تضمن عقودها بنوداً صريحة تحمل المستأجر طوال مدة العقد جميع تبعات تلف أو هلاك الأصل المنقول سواء كان هلاكاً كلياً أو جزئياً، ولا يستثنى من ذلك سوى حالة الخطأ من شركة الاعتماد الإيجاري.

وفي الواقع لا تكتفي شركات الاعتماد الإيجاري بذلك، إنما تفرض على المستفيد التأمين على الأصل المؤجر². ذلك أنه طبقاً لنصوص العقد، يتحمل المستفيد طوال مدته جميع تبعات تلف أو هلاك الأصل سواء كان الهلاك كلياً أو جزئياً. ولا يقتصر نطاق التبعة على الأحوال التي يرجع فيها التلف أو الهلاك لخطأ المستفيد، وإنما يمتد إلى حالات السبب الأجنبي ومنه القوة القاهرة³.

ولقد أزم الأمر رقم 09-96 المتعلق بالاعتماد الإيجاري المستأجر بالتأمين على الأصل المؤجر⁴. ونشير إلى أن المادة 127 من القانون المدني تنص على أنه: "إذا أثبت الشخص أن الضرر قد ينشأ عن

¹ - أنظر المادة الرابعة عشر من دفتر الشروط العامة لبنك البركة والتي تحمّل المستأجر التدهور أو الخسارة أو التحطم أو السرقة أو السلب سواء كانت بصفة عارضة أو قوة قاهرة.

² - أنظر المادة 13، الفقرة الثالثة من الأمر رقم 09-96، وأنظر المادة الحادية عشر من دفتر الشروط الخاصة لبنك البركة.

³ - C. Auoy, op. cit, n° 85 : « le crédit- preneur assume une lourde responsabilité, ... le cas fortuit ou la force majeure ne sauraient le décharger de sa responsabilité... »

⁴ - أنظر المواد: 34-39 و 41 من الأمر رقم 09-96.

سبب لا يد له فيه كحادث مفاجئ أو قوة قاهرة، أو خطأ صدر من المضرور، أو خطأ الغير، كان غير ملزم بتعويض هذا الضرر، ما لم يوجد نص قانوني أو اتفاق يخالف ذلك".

وهذا النص الأخير صريح، إذ يعطي للأطراف حق الاتفاق على إمكانية تحميل المؤجر للمستأجر المسؤولية حتى في حالة القوة القاهرة. ولا يتفادى المستأجر تلك التبعة إلا في الحالة التي يرجع فيها الهلاك إلى خطأ شركة الاعتماد الإيجاري، وهو ما يصعب حدوثه من الوجهة العملية.¹

ويعد هذا الاتفاق خروجاً عن حكم المادة 481 من القانون المدني التي تقضي بانفساخ عقد الإيجار بحكم القانون في حالة هلاك العين المؤجرة هلاكاً كلياً - وهو من التطبيقات النادرة في القانون المدني لنظرية مخاطر العقد -.

وتجدر الإشارة بأن نص المادة الأخير -481- لا يتعرض لحالة الهلاك بسبب القوة القاهرة، ولم يسمح هذا النص للمستأجر بالحصول أو المطالبة بالتعويض إلا في الحالة التي يكون فيها سبب الهلاك راجعاً للمؤجر، أي أنه ما عدا هذه الحالة الأخيرة، فإن المستأجر يلتزم بالمضي في تنفيذ التزاماته بالرغم من هلاك الأصل.

وطبقاً للقواعد العامة، أن الهلاك الكلي للشيء المؤجر إذا كان بسبب قوة قاهرة يتحملة المؤجر طبقاً لنظرية تحمل التبعة، ونظراً لغياب المحل، فإن الإيجار وكذا التزامات الطرفين تزول بالنسبة للمستقبل وذلك طبقاً للمادة 481 من القانون المدني. لكن في الاعتماد الإيجاري، فإن المؤسسة المالية تحمل المستأجر تبعة هلاك المال المؤجر حتى ولو كان الهلاك لسبب لا دخل للمستأجر فيه. أما في حالة الهلاك الجزئي للشيء المؤجر (إذا لم يكن النقص كبيراً)، فإن عقد الاعتماد الإيجاري لا يفسخ، وهنا يقوم المستأجر بإصلاح هذا الهلاك باعتباره يدخل ضمن التزامه بالصيانة والإصلاح.²

¹ - أما المشرع المصري فقد أكد على تحمل المؤجر لتبعة الهلاك باعتباره مالكا لهذا المال، بشرط أن لا يكون للمستأجر دخل في هذا الهلاك، أي أنه لكي تكون تبعة الهلاك على المؤجر يجب أن يكون الهلاك لسبب لا دخل للمستأجر فيه، كأن يكون كارثة طبيعية، أو من فعل لا يسأل عنه المستأجر، على خلاف الواقع الفرنسي والجزائري، انظر المادة 10 / 2 من قانون سنة 1995.

² - د/ عبد الرحمان السيد قرمان، المرجع السابق، ص 109، رقم 74.

أما إذا كان هلاك الشيء المؤجر بسبب المستأجر التزم هذا الأخير بالاستمرار في أداء القيمة الإيجارية أو المبلغ المتفق عليه في المواعيد المحددة، وهذا يعد بمثابة تعويض للمؤجر عن الضرر الذي لحقه من جراء خطأ المستأجر.

وهكذا يحاول المؤجر وعلى حساب المستأجر الابتعاد عن كل المخاطر التي يمكن أن تولد بمناسبة عملية الاعتماد الإيجاري، عندما يبعد عن نفسه التزامات مثل تلك التي تنتج عن تسليم الأصل أو صيانتها ليجد المستأجر نفسه ملزما بكل المصاريف، بالإضافة إلى تأمين المخاطر التي قد تحدث بمناسبة العملية التي يدفع ثمنها غالبا، لأنه هو من يتحمل تبعه الهلاك الكلي أو الجزئي مهما كان بسبب ذلك الضرر، ولو تعلق الأمر بحادث فجائي أو قوه قاهرة¹. والهدف الذي تسعى شركة الاعتماد الإيجاري إلى تحقيقه هو عدم تهديد حقوقها المالية إزاء المستأجر المستفيد.

وتجدر الإشارة بأن محكمة استئناف Aix en Provence بتاريخ 10 ماي 1996، اعتبرت أن شركة الاعتماد الإيجاري التي فرضت على المستأجر ضرورة التأمين وحملته حتى القوة القاهرة أو الحادث الفجائي أن تقييما للمخاطر جزافيا، واعتبرت مثل هذا الشرط تعسفا خاصة وأنه يلزم المستأجر بالمواصلة في دفع الإيجار رغم هلاك الأصل بسبب أجنبي، بالإضافة إلى أن المستأجر لم يعد يستفيد بالأصل، بل وأن المؤجر لم يتم بتبديل الأصل المستأجر (تعويضا للأول)، ولم تكيف المحكمة هذا الشرط بالشرط الجزائي، وبالتالي لا يمكنها التدخل بتعديله.

واعتبرت أن المؤجر استغل وضعيته القوية في العقد لتحميل المستأجر خطرا ماليا خاصا به - كان من المفروض² أن يتحمله هو، وكان عليه أن يؤمن عليه .

¹ - M. Giovanoli, op. cit, p. 44 : «La détérioration de la chose louée n'était pas applicable en matière de leasing financier, pas même par analogie».

² - C.A. Aix en Provence, 8^e Ch., B, 1 Mai 1996, Juris. data n° 04, 1972, cité par Guy Duranton, op. cit., p. 22, n° 127 : « La clause du contrat de crédit-bail qui fait supporter au locataire la totalité des risques de perte de matériel, même lorsque ceux-ci sont dus à un cas de force majeure, est une clause abusive ... il profite de sa position dominante... »

لكن بعد الطعن بالنقض بتاريخ 17 نوفمبر 1998¹ لم تعتبر الغرفة الأولى محكمة النقض الفرنسية الشرط المذكور في العقد تعسفا، خاصة إذا تعلق الأمر بعقد أبرم مع مستأجر محترف. وكأنا أمام حالة من حالات التشديد من أحكام المسؤولية العقدية بالنظر لعنصر الاحتراف.

وجدير بالذكر أن المستفيد عند إبرامه لعقد التأمين، فإنه يجعل شركة الاعتماد الإيجاري المستفيد الوحيد من وثيقة التأمين على أن يتعهد الأول بأداء جميع أقساطه. وتغطي وثيقة التأمين جميع الأضرار التي تهدد الأصل المنقول المؤجر ماعدا بعض الأسباب الخاصة لهلاكه - كالحروب العسكرية والحروب الأهلية والثورات والفتن والاضطرابات المسلحة بالإضافة إلى رجوع الهلاك لما يعترى الأصل من عيوب خفية، وبصفة عامة إذا لم يكن الهلاك راجعا لسبب خارجي وعرضي عن الأصل-. ويفرض العقد على المستفيد التأمين على الأصل المؤجر لدى شركة تأمين توافق عليها شركة الاعتماد الإيجاري².

وبالتالي، فإن المخاطر التي يتحملها المستأجر هي إذن ذات أهمية كبيرة، لأن إرجاع الأصل لحالته الأصلية خصوصا في حالة الهلاك الكلي يمكن أن يساوي في نفقاته مبلغ الاستثمار الرئيسي الذي دفعه المؤجر في اقتناء ملكية الأصل لتظل الأجرة المتبقية مستحقة. وباعتبار أن العقد واجب التنفيذ بشكل عادي، فإن البدائل المتاحة أمام المستأجر ثقيلة في نتائجها، لأنه سوف يدفع الثمن الذي كان سيدفعه لاقتناء ملكية الأصل في نهاية المدة الغير قابلة للإلغاء دون أن يستطيع استعماله، ولا حتى اقتنائه لأنه قد هلك، بالإضافة إلى تحمله كل مخاطر هذا الهلاك حتى في حالة القوة القاهرة.

ففي حالة هلاك الأصل -المنقول- هلاكا كلياً ينقضي عقد الاعتماد الإيجاري بانفساخه من تلقاء نفسه وذلك ابتداء من تاريخ حدوث الهلاك، وعلى المستأجر أن يدفع للمؤجر مبلغا يعادل القيمة الأصلية للمال المؤجر، خصوصا منها قيمة الاستهلاكات المالية الداخلة في قيمة الإيجارات المدفوعة... لكن وإن

¹ - Bull, Civ , I, n° 322; RTD. Com Juill-sept 1999 ; R.D. Bancaire et bourse 1999, p. 252 : « ... l'abus ne concerne pas les professionnel. »

² - مع الملاحظة بأن شركة الاعتماد الإيجاري قد تمتلك أجهزتها الخاصة بالتأمين مثل LOCAFRANCE، وفي هذه الحالة تصدر الشركة المؤجرة وثيقة التأمين، والتي يأتي قبولها من المستأجر ملازما لإبرام عقد الاعتماد الإيجاري. أما في حالة عدم امتلاكها لجهاز تأمين فإنها تفرض على المستفيد التأمين لدى شركة توافق عليها شركة الاعتماد الإيجاري. وهذا ما تطلبته المادة 3-02 من دفتر الشروط لشركة SALEM، حيث ألزمت المستفيد على التأمين على الأصول المؤجرة لدى الصناديق الجهوية أو المحلية للتعاون الفلاحي CNMA .

كان هذا يستجيب لما تنص عليه القواعد العامة للإيجار في القانون المدني، إلا أن الآثار الناجمة عنه تبقى ثقيلة جدا وغير متوافقة مع الآثار التي ترتبها هذه القواعد العامة.

وبالتالي فعلى مستوى الممارسة¹، فإن المستأجر مطالب إما أن يرجع الأصل لحالته أو أن يدفع للمؤجر ثمنه على سبيل التعويض، وهو تعويض لا يطابق طبعاً قيمة الأصل السوقية لحظة هلاكه، وهي القيمة التي تحدد مبدئياً مبلغ التعويض الذي تدفعه شركة التأمين مباشرة إلى شركة الاعتماد الإيجاري التي تستأثر به²، ليتمكن المؤجر من إهلاك ثمن شراء الأصل كلياً واسترجاع مصاريفه والحصول على هامش ربح مخصص من العملية التي كان من الممكن أن تسير بشكل عادي.

وفي حالة الهلاك الجزئي، يلتزم المستفيد بإعادة الأصل إلى حالته الأولى، أي قبل تعرضه للهلاك الجزئي، على نفقته³، ثم على ضوء الإيصالات الدالة على إعادة الأصل إلى حالته، تقوم شركة الاعتماد الإيجاري برد تلك المصروفات من مبلغ التعويض الذي تكون قد قبضته من شركة التأمين. وفي حالة عدم تمكن المستفيد من الحصول على استرداد كل النفقات التي تكبدها لإصلاح الأصل المؤجر من الشركة الممولة، فإنه يتحمل وحده الفرق بين تكلفة إعادة الأصل إلى حالته ومبلغ التعويض الذي تمنحه شركة التأمين إلى شركة الاعتماد الإيجاري.

ويتضح مما تقدم مدى خروج عقد الاعتماد الإيجاري عن القواعد العامة في عقد الإيجار لما في تطبيق نظرية مخاطر العقد من أثر على مصالح شركة الاعتماد الإيجاري، وإذ يفرض العقد على المستفيد التزاماً بالتأمين على الأصل، فبه تأمن الشركة المؤجرة من مخاطر هلاكه على نحو لا تهدد به حقوقها المالية إزاء المستفيد. فالمؤجر يتصرف كمولد منح ائتماناً وطلب ضماناً، فإذا أضعف هذا الضمان، فرض على المستفيد المستأجر إرجاع الضمان لحالته الأولى بفرض دفع الأجرة المستحقة.

¹ - أنظر المادة 19 من دفتر الشروط العامة لبنك البركة التي تقضي باستحقاق كل أقساط الإيجار حتى التي لم يحق وقت استحقاقها عند تاريخ فسخ العقد والضرائب والرسوم المستحقة على العميل بالإضافة إلى غرامة التأخير.

² - أنظر المادة 26 من الأمر رقم 96-09 التي تقضي باستحقاق تعويض التأمين للمؤجر.

³ - Lamy, Droit du financement, op. cit, 2000, p, 1375, n° 2885 « ...en cas de sinistre partiel, le locataire étant alors chargé de consacrer les indemnités d'assurances au financement de la remise en état du bien ».

وبالمقابل يبدو أن لا أحد يهتم بالمستأجر الذي كان يهدف من وراء إبرامه لعقد اعتماد إيجاري إلى استعمال الأصل المؤجر، إذ يعتبر عقد الإيجار سبب التزامه بدفع أقساط الإيجار. ويصبح المستأجر في حالة هلاك هذا الأصل عاجزا كلياً عن استعماله. وفي حالة الهلاك الجزئي يصبح عاجزا عن استعماله وفق الغرض الذي خصص له. وإذا لم يعده على الحالة التي كان عليها، فقد استعماله ودفع للمؤجر وبدون تقسيط ثمن الاعتماد الإيجاري بالكامل. فيأتي التأمين لمحاولة تلطيف آثار هلاك الأصل التي يتحملها المستأجر.

(ب) التزام المستأجر بضمان فعالية حق ملكية المؤجر:

يلتزم المستأجر بوضع لوحة معدنية على الأصل المؤجر تفيد بإعلام الغير بمن فيهم مؤجر العقار، بأن المنقول مملوك لشركة الاعتماد الإيجاري، وتقوم هذه الأخيرة تكملة لهذا الالتزام من المستأجر بشهر عقد الاعتماد الإيجاري، لإعلام الغير بهذه الملكية، حيث يمنحها الشهر، الاحتجاج بملكيتها للمنقول في مواجهة الخلف الخاص سواء كان حسن النية أو سيء النية. ولذا لم تقم الشركة بالشهر فلا تستطيع مواجهة الخلف الخاص بحق ملكيتها للمنقول إلا بالدليل على علم الغير بحق ملكيتها، وقد يكون هذا الدليل هو اللوحة المعدنية التي يلتزم المستأجر بوضعها على الأصل المؤجر، مما يترتب عليه أنه إذا عجزت الشركة عن إقامة الدليل على علم الخلف الخاص بملكيتها للمنقول بسبب إخلال المستأجر بالتزامه المتقدم، يمكنها الرجوع على المستأجر بالمسئولية العقدية، ونظراً لأهمية هذا الالتزام لتحقيق فعالية حق ملكية المؤجر، قمنا بتخصيص الفصل الثاني من الباب الثاني لبيان أحكام الشهر بالتفصيل.

ومع ذلك، توجب علينا ان نطرح المسألة التي قد تثير الشك لدى البعض، ذلك أن نص غالبية عقود الاعتماد الإيجاري على وجوب أن يضمن المستأجر احترام حق ملكية المؤجر بكل الوسائل وعلى حسابه، وهو حق لا يستطيع الدفع به وإلا تعرض لدفع تعويضات.¹ وفي حالة محاولة الحجز أو المصادرة للأصل المؤجر، يجب على المستأجر إبلاغ المؤجر فوراً خلال 48 ساعة عن طريق رسالة موصى عليها...،

¹ - انظر على سبيل المثال الفقرة السادسة من المادة الثالثة من دفتر الشروط العامة لشركة Salem.

ودفع كل احتجاج واتخاذ كل التدابير للدفع بالاعتراف بحق ملكية المؤجر. وإذا تم الحجز، عليه أن يفعل ما هو ضروري وعلى حسابه للحصول على رفع اليد.

إن مثل هذا النص يستدعي أحد القولين: أن المؤجر لا يضمن أي شيء للمستأجر ما دام قد حمل المستأجر بالدفاع عن حق ملكيته. والثاني يتمثل في اعتبار الشرط المذكور غير كاف لإعفاء المؤجر من الضمان، أي ضمان تشويش استمتاع المستأجر. وهذا القول الأخير يبدو هو الأقرب للصواب وذلك لسببين: الأول هو أن الشرط المذكور تعسفي، إذ يلزم المستأجر في كل مناسبة بالدفاع وبإثبات حق ملكية المؤجر، والثاني مفاده أن هذا الشرط يصبح غير فعال في حالات كثيرة، إذ هناك بعض الحالات التي يكون فيها المؤجر الوحيد القادر على الدفاع عن حقوقه.

فالشرط الذي يراد به إعفاء المؤجر التام من الضمان وبشكل واسع يثير العديد من التحفظات، إذ لو قام الغير باقتناء حيازة الأصل المنقول ودفع بأي حق كان على هذا الأصل، فإن المؤجر المشار لاسمه في اللوحة المعدنية المعلقة على الأصل يكون الأكثر تأهيلاً إن لم يكن الوحيد القادر على الدفاع عن حقوق ملكيته.

ثالثاً: مسؤولية المستأجر الناشئة عن الانتفاع بالأصل:

إذا كان من الجلي أن شركة الاعتماد الإيجاري تتعمد عدم الالتزام بكل ما يتعلق بانتفاع المستفيد المستأجر بالأصل المنقول، فإنها من باب أولى تسعى إلى البقاء بعيداً عن كل مسؤولية يمكن أن تنشأ عن الانتفاع بالأصل، ومن قبيل ذلك أن تزيد في نطاق الالتزامات المفروضة على المستفيد باعتباره مسعولاً عن كل ما ينشأ عن انتفاعه بالأصل من أضرار.

ومن أهم صور المسؤولية في هذا الصدد المسؤولية عن الأضرار التي تلحق الغير بسبب الأصل. كذلك في الفرض الذي تكون فيها الشركة قد رتبت رهناً على الأصل المؤجر، فقد تثور مسؤوليتها عن إضعاف الضمان بسبب ما يلحق الأصل من هلاك أو تلف عند استعمال المستأجر له، ونعرض في العنصرين المواليين لهذه الصور:

1. المسؤولية عما يحدثه الأصل المنقول من أضرار:

من المتصور أن يتسبب الأصل المنقول المؤجر في إلحاق الضرر بالغير، ومثال ذلك انفجار المعدة مما يترتب عليه وفاة بعض الأشخاص أو إصابتهم، كذلك هي الحال في الفروض التي يرد فيها عقد الاعتماد الإجاري على إحدى وسائل النقل، فقد تثور مسؤوليته عما تحدثه من أضرار بالغير نتيجة الحوادث التي تتعرض لها.

وطبقا للمادة 138 من التقنين المدني الجزائري يكون حارس الشيء مسؤولا عن الأضرار التي يسببها للغير، ويستند القضاء الفرنسي إلى نص المادة 1384 من التقنين المدني الذي يقابل النص المتقدم في إرساء نظرية عامة في المسؤولية الشيئية. ومن الممكن إثارة مسؤولية الحارس بغض النظر عن طبيعة الشيء.

وتطبيقا لذلك يكون المستفيد مسؤولا قبل الغير عن جميع الأضرار التي تلحق بهم بفعل الأصل. وتحصر العقود على تأكيد مسؤولية المستفيد في جميع الأحوال سواء كان الضرر ناشئا عن تقصير أو إهمال في استعمال الأصل أو كان راجعا إلى عيب ذاتي فيه أو خطأ في تركيبه في موقع تشغيله.¹

والحارس حسب القواعد العامة هو من تتقرر له سلطة استعمال وتوجيه والإشراف على الشيء، ويشترط القضاء الفرنسي أن تكون السلطة المقررة للحارس سلطة فعلية لا سلطة رمزية.

وتعني سلطة الاستعمال استخدام الشيء في نشاط ما، وهي تفترض الهيمنة الفعلية على الشيء إما بصورة مباشرة ومادية، وإما من خلال شخص آخر. أما سلطة التوجيه والإشراف فهي تفترض تسلط الحارس على الشيء بغض النظر عن وجهة استخدامه، وبعبارة أخرى أن يكون استعمال الحارس للشيء لحسابه الخاص وعلى نحو مستقل مما يترتب عليه تمتعه بسلطة ذاتية مقررة له في توجيه الشيء والإشراف عليه.

¹ - Bey, «De la symbiotique...», art. préc., p. 103; . Bruneau, op. cit, p. cit, p. 106, n° 103.

وتطبيقا لذلك في مجال الاعتماد الإيجاري لا بد من اعتبار المستأجر المستفيد حارساً للأصل المؤجر، حيث يتقرر له سلطة استعمال الأصل¹ ويتسع نطاق توجيهه والإشراف عليه بعزوف وإحجام شركة التأجير عن التدخل في هذا الصدد (الاكتفاء بالدور التمويلي). ويترب على ذلك أن يكون المستفيد الحارس² مسئولاً عن الأضرار التي تلحق الغير بسبب الأصل تطبيقاً للمادة 138 من التقنين المدني (المادة 1384 مدني فرنسي)³.

ومع ذلك قد لا تأمن شركة الاعتماد الإيجاري من إمكانية رجوع المضرور عليها بالمسؤولية. ويرجع ذلك أولاً إلى قرينة الحراسة التي يفترض بموجبها أن مالك الشيء هو الحارس له. ولا يخفى ما لهذه القرينة من أهمية بالنسبة للمضرور في حالة جهله بواقعة انتقال الحراسة إلى شخص آخر من جانب، وتفاديه عبء إثبات عناصر الحراسة في حالة رجوعه بالمسؤولية على شخص غير المالك⁴، ويميل القضاء الفرنسي إلى التوسع في إعمال هذه القرينة في الفروض التي يكون فيها المالك أكثر يساراً من الحارس الفعلي⁵.

غير أن قرينة الحراسة قرينة بسيطة ويجوز للمالك إقامة الدليل على انتقال الحراسة إلى شخص آخر⁶ وهو ما قد يبدو يسيراً في مجال الاعتماد الإيجاري نظر لموقف الشركة الممولة السلي من الأصل المنقول وبالتالي انتقال جميع السلطات المرتبطة باستعماله وتوجيهه إلى المستفيد. لكن يراعى أن مجرد الإشارة⁷ في العقد إلى أن المستفيد يعد حارساً للأصل لا يرقى إلى مصاف الدليل على انتقال الحراسة إليه، فقد ذهب

¹ - والأشياء المقصودة في المادة 138 من القانون المدني هي الأشياء غير الحية، فيعتبر شيئاً على سبيل المثال المنقولات كالسيارات والآلات الميكانيكية وغيرها من الأشياء، وعليه فإن مفهوم الشيء متوفر في موضوع عقد الاعتماد الإيجاري، أما بخصوص شرط الضرر فلتتحقق مسؤولية المستأجر في عقد الاعتماد الإيجاري وحب أن يكون الضرر راجعاً إلى فعل الشيء، أي بتدخل الشيء في إحداث ضرر للغير "le fait de la chose" فلا يتصور قيام مسؤولية الحارس عن ضرر كان الشيء على غير صلة به وهو ما تقضي به المادة 138 سابقة الذكر، انظر:

د/بلحاج العربي، المسؤولية عن الأشياء غير الحية في القانون المدني الجزائري، المجلة الجزائرية، 1998، العدد الثالث، ص 646، مرجع مشار إليه عند: د/رايس محمد، مسؤولية المستأجر في عقد الاعتماد الإيجاري طبقاً لأحكام مسؤولية المنتج، مداخلة مطبوعة مقدمة بمناسبة الملتقى الوطني حول عقود الأعمال ودورها في تطوير الاقتصاد الجزائري، جامعة بجاية، يومي 16 و 17 ماي 2012، ص 329.

² - D. Crémieux- Israël. Op.cit, p. 54 ; E.M.Bey, op.cit., p. 13.

³ - Ch. Larroumet, «La responsabilité du fait des produits défectueux après la loi du 19 mai 1998», D. 1998, doct., p. 311.

⁴ - Larroumet, Droit civil (Les obligations), n° 307 et s.

⁵ - Cass. civ. 2° ch., 10 juin 1960, Dalloz, 1960, juris. 609, note Rodière.

⁶ - Cass. civ. 2° ch., 11 juin 1953, Dalloz, 1954, juris. 21, note Rodière.

هذه الأحكام القضائية مشار إليها عند د/هازي دويدار، النظام القانوني، المرجع السابق، ص 447، هامش 2 و 3.

⁷ - فعادة ما تتضمن عقود الاعتماد الإيجاري للمنقول شرطاً نمطياً يعد المستفيد بموجب حارساً للأصل المؤجر اعتباراً من تاريخ تسلمه إياه وحتى انقضاء

مدة العقد غير القابلة للإلغاء، انظر المادة: 32/03 من دفتر الشروط الخاصة لشركة: ش.ج.ت.ع. SALEM.

محكمة النقض الفرنسية إلى أن الإشارة في عقد الإيجار إلى انتقال الحراسة إلى المستأجر أو على العكس بقاء المؤجر حارسا للعين المؤجرة، لا تقوم دليلا على نقل الحراسة إلى المستأجر أو على العكس بقاء المؤجر حارسا للعين المؤجرة. لكن العبرة دائما بالسلطة الفعلية والشخصية في توجيه الشيء والإشراف عليه.

وبجانب ذلك نجد بأن تصور المسؤولية المدنية عن الأصول المنقولة المؤجرة، والتي يتضمنها عقد الاعتماد الإيجاري في التشريع الجزائري ينطلق من نص الفقرة الثالثة من المادة 17 من الأمر 96-09 والتي نصت صراحة على جواز الاتفاق على إعفاء المؤجر من المسؤولية المدنية تجاه المستأجر أو تجاه أي طرف آخر في كل المرات التي لا يحدد فيها القانون هذه المسؤولية على أساس أنها من النظام العام. ومسؤولية المستأجر تكون كاملة عن الأضرار اللاحقة بالغير، سواء لحقت هذه الأضرار بشخص أو بشيء يملكه الغير، وسواء كانت هذه الأضرار ناتجة عن سوء استعمال الأصل المنقول أو عن خطأ في تركيبه.

هذا الأمر جد مقلق للمستأجر، خاصة حالة كون الضرر اللاحق بالغير لا يرجع لسوء استعمال الأصل أو تركيبه أو لنقص في الصيانة، بل يعود لعيب في الأصل كان المستأجر يجهله، فالرجوع على المورد أو المنتج هو وحده الكفيل بحماية المستأجر (إذ يتم الرجوع على المسؤول الحقيقي).

وإذا كان من المنطقي عدم جواز الاحتجاج بما اتفق عليه الطرفان في مواجهة الغير إلا أن الاتفاق صحيح ومنتج لآثاره فيما بينهما. ويترتب على ذلك أنه في حالة رجوع الغير على شركة الاعتماد الإيجاري بالمسؤولية يمكن لهذه الأخيرة أن ترجع بدورها على المستفيد حيث يعد هذا الأخير المسؤول الوحيد عن الأضرار التي تلحق بالغير. وبعبارة أخرى يضمن المستفيد، بموجب أحكام عقد الاعتماد الإيجاري رجوع الغير على الشركة الممولة بالمسؤولية.¹

ونجد أن عقود الاعتماد الإيجاري ترفض مسؤولية المؤجر تحت مبرر أنه لم يختر الأصل ومورده، ولأنه لم يجز الأصل مطلقا، وبالتالي لا يمكن أن يعتبر حارسا له، ومن ثم لا يكون قادرا على معرفة العيوب التي يمكن أن توجد فيه. وباعتبار المؤجر مالكا للأصل، يمكن إثارة مسؤوليته من قبل المتضررين، خاصة حالة كون الضرر ناتجا عن عيب داخلي في الأصل وكذا الأشياء الخطيرة². وفي الحالة التي يحصل فيها المتضرر

¹ - د/هاني دويدار، النظام القانوني...، المرجع السابق، ص 451.

² - Ch. Bruneaux, op.cit, p. 107, n° 103.

وأنظر المادة 140 مكرر من القانون المدني التي تعتبر المنتج مسؤولا عن الضرر الناتج عن عيب في منتج حتى ولو لم تربطه بالمتضرر علاقة تعاقدية، وبالتالي يعتبر المؤجر حسب نص هذه المادة مسؤولا خاصة إذا كان هو المنتج للأصل المؤجر.

على حكم بذلك، فإن المؤجر يستطيع الرجوع على المستأجر باعتباره مسؤولاً عقدياً عن الأضرار التي تلحق بالغير ليعوضه عن كل ما اضطر لدفعه للمتضرر.

ونجد أن المستأجر جراء ذلك وطبقاً لشروط العقد يضطر لإبرام بوليصتين للتأمين¹، إحداها ضد الحوادث والأضرار التي يمكن أن يسببها تشغيل الأصل للغير² وأخرى ضد الهلاك التام أو الجزئي للأصل³. وذلك لمواجهة مخاطر الأصل المؤجر، وخطر رجوع الغير على المؤجر أو على المستفيد بسبب استعمال الأصل. إذ قد يحصل أن يلحق الأصل المنقول محل الإيجار ضرراً بالغير، كما لو انفجر وأدى إلى الإضرار بشخص أو عدة أشخاص.

ومن السهل الرجوع على المستأجر من قبل المتضرر لأنه (الأول) متواجد أمام مسؤولية يصعب الإفلات منها، خاصة وأنه حتى وإن رجع هؤلاء المتضررون على المؤجر، فإن هذا الأخير يظل قادراً على الرجوع ضد المستأجر.

هذا الأمر جد مقلق للمستأجر، خاصة حالة كون الضرر اللاحق بالغير لا يرجع لسوء استعمال الأصل أو تركيبه أو لنقص في الصيانة، بل يعود لعب في الأصل كان المستأجر يجهله، فالرجوع على المورد أو المنتج هو وحده الكفيل بحماية المستأجر (إذ يتم الرجوع على المسؤول الحقيقي).

2. المسؤولية عن إضعاف الضمان:

من الثابت أن شركة الاعتماد التجاري تكتسب ملكية الأصل المنقول وتحتفظ بها كضمان ضد مخاطر إعسار المستفيد. ويمكن للشركة استغلال ما يكون مقرراً لها من حقوق على الأصل في تقديمه كضمان مقابل حصولها على الائتمان.

ويترتب على تلف الأصل المؤجر إضعاف الضمان المقرر للشركة المؤجرة المتمثل في ملكيتها للأصل. ومن جانب آخر قد تثار مسؤوليتها عن إضعاف الضمان في مواجهة دائنيها المرتهنين للأصل المنقول.

¹ - د. عبد الفتاح محمد عبد الفتاح، المرجع السابق، ص 203 وما بعدها.

² - انظر المواد: 20/3 و 20/3 من دفتر الشروط الخاصة لشركة: ش.ج.ت.ع. SALEM.

³ - انظر المادة: 19/03 من دفتر الشروط الخاصة لشركة: ش.ج.ت.ع. SALEM.

ولقد رأينا من قبل كيف تفرض عقود الاعتماد الإيجاري على المستفيد التزاما واسع النطاق بالمحافظة على الأصل المؤجر، وذلك بفرض قيود عديدة على استعماله له من جانب وإلزامه باتخاذ جميع الأعمال اللازمة لصيانته من جانب آخر. ولا شك أن إخلال المستفيد بأي من الواجبات الملقاة على كاهله في هذا الصدد يثير مسؤوليته في مواجهة الشركة الممولة.

وتكتمل معالم مسؤولية المستفيد بتحميله تبعة هلاك أو تلف الأصل المنقول للقوة القاهرة. ورأينا كيف يتم إلزام المستفيد المستأجر بالتأمين على الأصل.

ويختلف الالتزام بالضمان عن مجرد تبعة الهلاك أو التلف حيث أن مفهوم تحمل التبعة يفضي إلى تحمل المستفيد لآثار الهلاك أو التلف دون أن يستطيع أن يلزم الشركة المؤجرة بالتزام إيجابي في هذا الصدد، ولكن دون أن يفرض الأمر أيضا أداءات على محددة على عاتق المستفيد. وبعبارة أخرى يترتب على تحمل المستفيد لتبعة الهلاك أو التلف المضي في تنفيذ عقد الاعتماد الإيجاري دون إمكانية إثارة مسؤولية الشركة الممولة. أما الالتزام بالضمان فيلقي على عاتق المستفيد أداءات إيجابية محددة في حالة تعرض الأصل المنقول للهلاك أو التلف. وهو ما يقرره عقد الاعتماد الإيجاري مما يجعل البعض يميل إلى أنه يفرض في حقيقة الأمر التزاما على عاتق المستفيد بضمان هلاك أو تلف الأصل المنقول.¹

وفي تقدير البعض² إذا قيل بالتزام المستفيد بضمان هلاك الأصل تجاه شركة الاعتماد الإيجاري فلا يتأتى ذلك استقلالاً عن أهمية ملكية الأصل بالنسبة إلى الشركة الممولة بوصفها الضمان الجوهرى لها ضد مخاطر إعسار المستفيد. ولئن كان الدور الخاص المنوط بالملكية لا يتعدى دور سائر التأمينات العينية يحق لنا التساؤل عن مدى التقريب الذي يتحقق بين مركز المستفيد من خلال أحكام الاعتماد الإيجاري ومركز كل من يتعهد بتقديم مال على سبيل الضمان وترتيب تأمين عيني عليه. وبعبارة أخرى يتعين تفسير مركز المستفيد على هدي من الأحكام الخاصة بالتأمينات العينية وليس أحكام العقود.

وبالإضافة إلى ما سبق ذكره، يبدو أن اقتصار الشركة المؤجرة على أداء دور تمويلي لا غير، قد أفقد عقد الإيجار الكثير من خصائصه التقليدية ليتلاءم مع وظيفته الجديدة.

¹ - د/هاني دويدار، النظام القانوني، المرجع السابق، ص 453.

² - المرجع نفسه، رقم 434.

المطلب الثاني

خصائص الإيجار في عملية الاعتماد الإيجاري للمنقولات

لما كانت القواعد التي تحكم الإيجار متسمة بالطابع المكمل¹، وبمقتضى شروط تستند إلى مبدأ سلطان الإرادة، فقد تم استغلال هذا الطابع واستبعاد ما يتعارض من أحكام عقد الإيجار التقليدي مع الطابع الائتماني لعقد الاعتماد الإيجاري، وإدراج القواعد والأحكام التي تتفق مع هذا الطابع. والهدف من ذلك هو تمكين المؤجر من التخلص من الالتزامات الناتجة عن صفاته كمالك وكمؤجر للسماح للإيجار بأداء وظيفته كوسيلة لتمويل الاستثمارات وأداة قانونية من أدوات الائتمان².

والمعترف به أن التسيير المالي أكثر سلبية من التسيير التجاري، حيث يكفي الممول بوضع الأصل المؤجر تحت تصرف المستعمل دون القيام بأي دور إيجاري³. فدور مالك الرقبة يختلف عن دور المنتفع بالشيء، فالأول دوره سلبى، إذ يكفي بمنح حق الاستمتاع بالشيء لا غير، أما الثاني، فدوره إيجاري.

وهكذا فالخصائص المميزة تقليدياً لعقد الإيجار يلحقها في عملية الاعتماد الإيجاري تغيير جذري بما يتفق ودورها كوسيلة لتمويل الاستثمارات الإنتاجية. ذلك ما أدى ببعض الفقه إلى القول أن عقد الإيجار لم يعد الوصف القانوني⁴ الصحيح لعلمية الاعتماد الإيجاري، فتغيرت خصائص الإيجار، إذ بعد ما كان الإيجار متتالي التنفيذ، ملزماً للجانبين ورضائي، أصبح عقداً فورياً، ملزماً لجانب واحد وعينياً:

الفرع الأول: تحول عقد الإيجار إلى عقد فوري

إن عقد الإيجار عقد زمني لأنه يقع على المنفعة، والزمن عنصر جوهري فيه لأنه هو الذي يحدد مقدار المنفعة المعقود عليها. فهناك ارتباط وثيق بين الأجرة والمدة التي تعد مقياساً للانتفاع بالشيء المؤجر. والإيجار كعقد من عقود المدة، يعتبر من العقود الزمنية ذات الأداءات المستمرة، حيث يتم تنفيذ كلا الطرفين لالتزاماتهما شيئاً فشيئاً، كل يوم وكل شهر وكل سنة من مدة الإيجار لا في فترات دورية، ليستغرق

¹ - د. نجوى إبراهيم البدالي، المرجع السابق، ص 114.

² - د. علي سيد قاسم، المرجع السابق، ص 57.

³ - M. Giovanoli op. cit., p35

⁴ - Ibid, p.34 : « c'est une opération difficile à appréhender par les catégories traditionnelles du droit ».

مدة الإيجار كلها. فالالتزامات الرئيسية الناشئة عنه ولو أنها تنشأ فور إبرام العقد، إلا أن تنفيذها لا يتم إلا خلال مدة تستمر زمنا قد يطول وقد يقصر حتى ينقضي الإيجار. فالزمن عنصر جوهري في تحديد التزامات كلا الطرفين¹.

وما يميز الإيجار ويضفي عليه خاصية العقد المتتالي التنفيذ، هو أن المؤجر يلتزم في عقد الإيجار بجعل المستأجر يحصل على الاستمتاع في كل لحظة، إذ يقع عليه إلتزام بتمكين المستأجر من الانتفاع بالشيء المؤجر، ويلتزم بإجراء الترميمات الضرورية. كما يلزمه القانون بضمان العيوب الخفية التي تجعل الأصل غير صالح للاستخدام الذي أعد له.

ومع ذلك فمن الشائع في كل عقود الاعتماد الإيجاري أن شركات الاعتماد الإيجاري تعفي نفسها من أغلب هذه الالتزامات التي تضعها القواعد العامة على عاتق المؤجر، مستندة إلى الطبيعة المكتملة لقواعد الإيجار. والقضاء ثابت في هذا الاتجاه إلى درجة أنه يذهب إلى القول بأن الإلتزام بجعل المستأجر يستمتع بالشيء ليس من جوهر الإيجار². بالإضافة إلى أن بعض الفقه³ لا يرى أن في خرق القواعد العامة أي نوع من التعسف في الحرية التعاقدية ولا استغلالا لوضعية المؤجر القوية في العلاقة العقدية. وبأن إعفاء المؤجر لنفسه من الكثير من الالتزامات لا يضر بالمستأجر، لأنه يسمح للبائع أن يحل محل الشركة المؤجرة في الكثير من هذه الالتزامات بشكل يجعل المستأجر - وإن كان عاجزا عن الاستفادة من ضمان الإيجار - قادرا على إثارة ضمان البيع بفعل السياق العام المتناسق والمتناغم للعملية، رغم أن واقع علاقة المؤجر بالمستأجر في عملية الاعتماد الإيجاري يكذب ذلك.

وهكذا أصبح كل ما تلزم به الشركة الممولة ينحصر في دفع ثمن الأشياء المؤجرة ووضعها تحت تصرف المستفيد، وهو التزام لا يكون ممتدا من حيث، الزمن.

وإن كانت هذه الحقيقة تبدو متعارضة وطبيعة هذا العقد على أنه واحد من العقود الملزمة للجانبين والتي يستمر تنفيذها من حيث الزمن.

¹ - Malaurie, L.Aynes et (P-y) Gautier. Contrats spéciaux, op.cit., p. 187.

² - « Ces obligations ne sont pas d'ordre public, elle sont de la nature et non de l'essence du bail », Cass. Soc, 11 oct 1962, bull .civ. n° 79, cité par Guy Duranton , op.cit., P.20, n°120.

³ - E.M . Bey, op.cit., p.183

ولقد أكدت محكمة النقض الفرنسية في أكثر من مناسبة بأن الإيجار في الاعتماد الإيجاري هو عقد متتالي التنفيذ. فإذا كان الاعتماد الإيجاري الذي هو إيجار أساسا بتحديد القانون، فإن القضاء ملزم باستخلاص كل النتائج المترتبة على تكييف كهذا.

ولتأكيد ذلك ضرب لنا بعض الفقه مثلا بالقرار الصادر في 3 يناير 1972 بخصوص النتائج المتعلقة بنظام فسخ عقد الإيجار على إثر حل عقد البيع. وتتلخص وقائع هذه القضية في أن: شركة لوكافرانس LocaFrance، وهي إحدى المؤسسات المالية الكبيرة في فرنسا والمتخصصة في عمليات الاعتماد الإيجاري اشترت أجهزة من شركة "بيروف" Burroughs، وأجرتها لشركة "ديلبرت" Del Prete، وعلى إثر فسخ عقد البيع المبرم بين شركة لوكافرانس والشركة البائعة Burroughs بسبب عدم صلاحية الأجهزة المبيعة لتحقيق الغرض منها، وذلك منذ البداية، تم فسخ (حل) عقد الاعتماد الإيجاري المبرم بين شركة لوكافرانس والمستفيد المستأجر "شركة ديلبرت.. وألزمت محكمة الاستئناف شركة لوكافرانس برد كل الأجرة التي حصلت عليها من المستأجر. فطعن شركة لوكافرانس بالنقض ضد هذا القرار مستندة إلى أن الحكم بفسخ عقد الإيجار وهو عقد رمني لا يسري إلا بالنسبة للمستقبل ولا ينسحب أثره على الماضي ومن ثم فهي لا تلتزم برد ما حصلت عليه من أجرة استحققت قبل صدور الحكم بفسخ العقد إلى المستأجر.¹

وبعد أن أكدت محكمة النقض أن عقد الإيجار عقد زمني وملزم للجانبين، انتهت إلى أن فسخ هذا العقد ينسحب إلى الوقت الذي أحل فيه المدين بتنفيذ التزامه، إذا تبين منذ البداية عدم صلاحية الأجهزة

¹- Cass. Com. 3 janv. 1972, 69-14.049 69-13.953, Bull. civ. IV, n° 1, JCP. G 1973, II, n° 17300, note Le Loup J.-M.: « La résolution judiciaire emporte anéantissement rétroactif des obligations nées du contrat, sans que, pour les contrats synallagmatique à exécution successive, cette rétroactivité remonte au de- la de la date a partir de laquelle le débiteur a cessé de remplir son obligation; la cour d'appel ayant constaté que les appareils vendus par la société Burroughs à la société LocaFrance et loués par celle-ci à la société Del-Prete ne donnaient pas satisfaction des leurs mise en service, a pu décider que la société bailleuse (...) était tenue de restituer à la locataire les loyers perçus»; V. dans le même sens: Ch. Bruneaux, op. cit, p. 139; Hubert Bitan, Droit et expertise des contrats informatiques, Editions Lamy, Exe Droit, 2010, n° 365, p. 216.

المؤجرة لتحقيق الغرض من الانتفاع بها والتي باعتها شركة بيروف إلى شركة لوكافرانس، فمن ثم، على هذه الأخيرة رد الأجرة للمستأجر¹.

إن ما يمكن ملاحظته على هذا القرار هو أولاً أن محكمة القضاة الفرنسية لم تذكر مصطلح "الفسخ"، رغم أن الفقه يجمع على أن الفسخ نوع من الحل الخاص بالعقد لمتتالي التنفيذ. ففي هذا النوع من العقود لا مجال للرجعية، إذ أن فسخ عقد الإيجار لا ينصرف إلى الماضي، لأن ما نفذ منه لا يمكن إعادته، وذلك راجع للطبيعة الزمنية لهذا العقد، فيحتفظ المؤجر بما تحصل عليه من أجرة عن الفترة السابقة عن الحكم بفسخ العقد لأن هذه الأجرة يقابلها انتفاع المستأجر بالعين المؤجرة خلال هذه المدة. وفي عقد الإيجار يكون من الأفضل الإبقاء على آثار العقد إلى تاريخ عدم تنفيذه بدل إعلانه باطلاً. فبدلات الإيجار المدفوعة تمثل مدة الاستمتاع التي حصل عليها المستأجر. ومن هذا المنطلق، يصبح من غير المبرر أن يمنح القضاة تعويضاً يتعدى مبلغه عن مبلغ الأجرة المنصوص عليها في العقد.

وحسب محكمة النقض الفرنسية يكون للفسخ كما للحل أثر رجعي، لكن على خلاف الحل المعروف، تكون رجعية الفسخ محدودة بتاريخ عدم التنفيذ.

وبالرجوع إلى قضية Burroughs، فمادام أن الأصول المنقولة لم تكن صالحة للاستعمال الذي خصصت له منذ تسليمها للمستأجر، فكان لا بد من أن يؤدي ذلك إلى إلغاء العقد، أي تقرير حل عقد البيع وفسخ عقد الإيجار. فإذا كان عقد الإيجار قد أنتج آثاره خلال المدة التي تم فيها توفير الاستمتاع كان من حق شركة الاعتماد الإيجاري الاحتفاظ بالأجرة المدفوعة قبل ظهور عدم صلاحية الأصل رغم حل عقد البيع - خاصة عندما لا تظهر عدم صلاحية الأصل للاستعمال إلا بعد مدة معينة من استعماله.

وعلى عكس ذلك يرى الفقيه D. Crémieux- Israël أن في حالة كهذه، يجب أن ترجع شركة الاعتماد الإيجاري مجموع الأجرة التي يكون المستأجر قد دفعها².

¹ - يرى البعض أن الفسخ هنا ليس بسبب تخلف لوكافرانس عن الوفاء بالتزاماتها، لأن دورها يقتصر على التمويل أي دفع ثمن الأصول الإنتاجية ووضعها تحت تصرف المستأجر وإنما يقع الفسخ (عقد الاعتماد الإيجاري) كانعكاس لفسخ عقد البيع المبرم بين لوكافرانس والبائع، وطالما أن فسخ عقد البيع يعني رد المتعاقدين إلى الحالة التي كانوا عليها قبل التعاقد، فلا مبرر إذن لاحتفاظ المؤسسة المالية بالأجرة التي حصلت عليها قبل صدور الحكم بصدور الحكم بفسخ عقد الاعتماد الإيجاري، انظر في هذا الرأي: D. Crémieux- Israël, op. cit., p.71

² - D. Crémieux- Israël, op. cit., P.72 ; M. Giovanoli, op. cit., p.34.

لكن الخلاف يزول والأمور تتضح إذا انطلقنا في التحليل من التمييز بين نظام الحل ونظام الفسخ. فالفسخ يتم بالحكم به كجزء لعدم تنفيذ المؤجر لالتزاماته تجاه المستأجر.

فعندما أعلنت محكمة النقض بأن الفسخ يكون رجعياً بالنسبة لتاريخ ما قبل توقف المدين عن تنفيذ التزاماته من خلال عبارة جد عامة من أجل انطباقها على حالات عديدة مختلفة، لم يكن ذلك متوافقاً مع إعفاء شركة الاعتماد الإيجاري من التزاماتها كمؤجر. وبالتالي، فإن فسخ الإيجار عندما يطلبه المستأجر، لا يمكن أن يجد أساسه في تنفيذ التزام غير موجود أصلاً. وبالتالي، فإنه يجب إبطال الإيجار كرد فعل لحل البيع الذي يعتبر دعامته.

ومن ثم يبدو أن تحديد مسؤولية كل طرف في عملية الاعتماد الإيجاري بدقة أمر صعب وذلك راجع لطبيعة العملية التي تستخدم عدة تقنيات تصعب تجزئتها. فإذا كان الإيجار (في القضية) قد تم حله، فذلك لا يرجع لعدم تنفيذ المؤجر لالتزاماته - لأنه لا يتحمل أي التزام - بل لأن عقد البيع قد تم حله وفقد الإيجار محله وسببه.

ومن زاوية أخرى، لا يمكن تشبيه الأجرة في الإيجار العادي بالأجرة في عملية الاعتماد الإيجاري. ففي الإيجار العادي يمنع القاضي إرجاع الأجرة لأن الأطراف أنفسهم هم من حدد ثمن الاستمتاع. أما في الاعتماد الإيجاري وبالعكس تكون الأجرة تعويضاً ولو جزئياً على الأقل عن اقتناء الأصل¹. وعليه ففي الحالة التي تلغى فيها عملية الاعتماد الإيجاري يعود للقاضي تعويض ما يتحمله المستأجر عن استمتاعه بالأصل لمدة معينة إذا كان له موجب. ويجب أن يكون هذا التعويض أقل من مبلغ الأجرة المتعاقد عليها، لأن المستعمل لم يوافق على أجرة الاعتماد الإيجاري إلا وهو يتوقع التنفيذ الكامل لعقد الاعتماد الإيجاري حتى نهاية مدته والوصول به إلى نهايته الطبيعية. مع الأخذ بعين الاعتبار أن أجرة الاعتماد الإيجاري أكثر تكلفة من الأجرة العادية، والمستأجر لا يُقبل على الاعتماد الإيجاري إلا لأنه كان الوسيلة الوحيدة الأصلح لتمويل استثماره.

¹ - الأجرة التي يدفعها المستأجر التمويلي لا تقابل الانتفاع وحده، بل تتضمن جزءاً من ثمن شراء الأصول الإنتاجية المؤجرة، فميتي رغب المستأجر في شرائها عند نهاية العقد، عليه دفع ثمن يؤخذ عند تقديره مجموع الأقساط التي دفعها طوال مدة الإيجار.

وكما في حل عقد البيع (الذي هو عقد فوري)، حيث يؤخذ بعين الاعتبار الفائدة التي عادت على المشتري من استعمال الأصل لمدة معينة في تحديد ما يجب على البائع إرجاعه، نفس الرد الذي يلي حل عقد البيع في الاعتماد الإيجاري، يجب أن يعتد بالاستمتاع الحقيقي الذي استفاد منه المستأجر. فالبائع يجب أن يعرض المؤجر عن خسائره، والمؤجر يجب أن يرجع الأجرة للمستأجر. لكن من العدل أن يتحمل هذا الأخير تعويض البائع حتى لا يكون استعماله للأصل مجاني خلال كل المدة التي استعمله فيها، وهو تعويض يقل بالضرورة عن القيمة الإيجارية لأنه يقابل الانتفاع وحده دون الاستهلاك المالي وهامش الربح الذي تضمنته الأجرة في عقد الاعتماد الإيجاري.

وبالتالي يبدو الإيجار في الاعتماد الإيجاري عقدا فوريا وليس متتالي التنفيذ. كما أن نظام الفسخ يبدو غير صالح لتسوية نتائج إلغاء الإيجار على إثر حل البيع، فشركة الاعتماد الإيجاري لا تتحمل بأي التزام من التزامات المؤجر العادي، مع أن الفسخ يؤسس عادة على عدم تنفيذ التزامات الطرف الذي أعلن ضده تبعا للطابع المتتالي لعقد الإيجار الناتج عن الطابع المستمر الذي يحمله في الشريعة العامة تنفيذ التزامات المؤجر. ومع ذلك يبدو من خلال قرار Burroughs أن محكمة النقض الفرنسية لم تُنه كل نقاش حول هذه النقطة¹ ولذلك أشارت في آخر القرار إلى أن " محكمة الاستئناف استطاعت أن تقر بأن شركة الاعتماد الإيجاري التي لم تعترض على مبدأ حل عقد الإيجار، ملزمة بإرجاع الأجرة للشركة المستأجرة².

في حين ذهبت المحكمة ذاتها في فرضية أخرى إلى تأكيد الطابع المتتالي لعقد الإيجار في الاعتماد الإيجاري، وكان ذلك في قضية فضّل فيها وكيل التفليسة الاستمرار في تنفيذ عقد الإيجار وفقا للصلاحيّة التي يمنحها له القانون. فحكمت فيها محكمة الاستئناف³، بدفع الأجرة لجماعة الدائنين (في حالة الإفلاس) ليس فقط الأجرة التي لم تستحق بعد، بل أيضا تلك التي استُحقت قبل الحكم المعلن (بالإفلاس). لكن وكيل التفليسة طعن في هذا القرار بالنقض، وقبلت محكمة النقض طعنه بسبب أنه فيما

¹ - Ch. Bruneau, op. cit ; pp. 149 et s et p. 169.

² - Crémieux -Israël, op. cit ; pp. 71 et 72.

³ - نقض تجاري، 22 جانفي 1974 مشار إليه في : د. علي سيد قاسم، المرجع السابق، ص65، هامش رقم 1 ;
« s'agissant d'un contrat à exécution successive, les effets de la résolution pouvaient n'être fixés qu'à la date à laquelle les obligations n'avaient plus été remplies... », 1^{ère} civ. 11 déc.1985. Bull. civ.I, n° 351. p. 315, Défrenois 1986.591, note J.Honorat.

يتعلق بالعقد المتتالي التنفيذ، تستطيع شركة الاعتماد الإيجاري الإدعاء بأنها دائنة لجماعة الدائنين بالأجرة السابقة على الحكم المعلن للإفلاس.

وهذا القرار لم يصف الطبيعة الحقيقية للعلاقة التي للإيجار في الاعتماد الإيجاري بالزمن الذي يستغرقه تنفيذه - فهذا القرار جد عام- ، لأن المسألة الحقيقية كانت فقط هي معرفة ما إذا كان عقد الاعتماد الإيجاري في العلاقات بين شركة الاعتماد الإيجاري وبين المستأجر قابل للتجزئة أم لا¹. ومن ثم، فإن مسائل عدم التجزئة والطابع المتتالي للاعتماد الإيجاري ورغم تقاربها، إلا أنها تظل متميزة عن بعضها البعض.

ولقد عرضت على محكمة النقض عدة قضايا² مماثلة للسابقة وقررت فيها بقبالية التزامات الأطراف في عملية الاعتماد الإيجاري للانقسام وللتنفيذ الجزئي، وأكدت بأن عقد الاعتماد الإيجاري هو عقد متتالي التنفيذ حيث انحصر همها في البحث عن سبب الالتزامات المتقابلة للأطراف دون الاهتمام بالبحث عن طبيعة العقد.

فقضت في قرار لها صدر في ظروف مماثلة لقضية Burroughs بأن: "التزام المؤجر بمقتضى عقد الاعتماد الإيجاري يتمثل في تمكين المستأجر من الانتفاع والاستمتاع الهادئ بالأصل لفترات دورية تقابل أقساط الأجرة، أما التزام المستأجر فيتحصل في سداد الأجرة كل فترة من هذه الفترات وهما التزامان قابلان للتجزئة بطبيعتهما، ومن تم يمكن تنفيذهما جزئياً"³.

فما دام دور المؤجر سلبيا منذ أن يدفع الثمن للمورد، هذا ما يؤكد على اعتبار عقد الإيجار في عملية الاعتماد الإيجاري فوري وليس متتالي التنفيذ. وذلك راجع للتدخل التقني والمالي الذي يتحكم توزيع الأدوار في الاعتماد الإيجاري.

¹ - لأن شركات الاعتماد الإيجاري لا تريد أن تكون اتفاقاتها قابلة للتجزئة وبالتالي قابلة للتنفيذ الجزئي.

² - 1^{er} civ .03 nov.1983, bull .Civ.I, n°252 , p.227, RTD.civ. 1985.166,obs. J. Mestre : «Dans les contrats à exécution échelonnée..., il faut donc distinguer selon que les prestations sont ou non indivisibles, si elles le sont, c'est l'ensemble du contrat qui doit disparaître. Dans le cas contraire , le contrat ne disparaît qu'à l'avenir».

³ - Com. 20 Juin 1977, Bull. Civ. .VI, n°174, p. 150 D. 1977.IR.457, note A.Hemard, note A.Honorat, cité par: Ch. Bruneau ,op.cit., p.138 « ... dans le cadre d'une procédure collective, la chambre commerciale a tranché en faveur du caractère divisible des obligations nées du crédit- bail».

وإذا كان عقد الاعتماد الإيجاري ينقل مع كل قسط دوري من أقساط الأجرة جزء من منفعة الشيء المؤجر أو جزء من جوهر هذا الشيء المؤجر، بحيث تنتقل إلى المستفيد عند انتهاء مدة العقد (تقترب عادة من العمر الاقتصادي للأصل المؤجر) كل القيمة الاقتصادية المرجوة منه، فإن العقد فوري وإن كان تنفيذه يتراخي إلى أجل أو آجال لاحقة¹، وإنه بذلك يقترب من العقود الفورية ويتعد عن دائرة العقود الزمنية أو المستمرة.

الفرع الثاني: تحول الإيجار إلى عقد ملزم لجانب واحد.

بمجرد أن يسلم المؤجر الأصل، فإنه يعتبر قد نفذ كل ما عليه، ذلك أنه لا يلتزم بشيء آخر غير وضع الأصل تحت تصرف المستأجر. لذلك أمكن اعتبار عقد الاعتماد الإيجاري عقدا ملزما لجانب واحد، لكن هذا الوضع يكون في لحظة معينة من وجود العقد، فعندما تنقضي التزامات أحد الأطراف بتنفيذها، يظل الطرف الآخر هو الوحيد الملزم².

ويرى بعض الفقه³ بأنه لا فرق بين هذين العقدين، بل إنهما يعبران عن لحظتين مختلفتين في حياة نفس العقد أكثر ما يعتبران عقدين مختلفين في الطبيعة.

إن العقد المتتالي التنفيذ مرتبط بأداءات الطرفين، وفي عقد الإيجار يتجاوب الإيجار مع الأجرة، وبالتالي وبخلاف العقد الفوري، يصبح الطابع الملزم للجانبين في العقد المتتالي التنفيذ مهما بالضرورة وغير قابل للتغيير طوال مدة العقد.

فالعقد المتتالي التنفيذ لا يستطيع في أي لحظة أن يصبح ملزما لجانب واحد، لأنه في كل لحظة يتولد التزام أحد الأطراف من التزام الآخر. فإذا كان من الممكن وصف الاعتماد الإيجاري بعقد يصبح ملزم لجانب واحد عندما يضع المؤجر الأصل تحت تصرف المستأجر، فالأثر ثبت وصفه بالعقد الفوري، وإن كان مفهوم العقد الملزم للجانبين الذي يتحول إلى ملزم لجانب واحد من خلال تنفيذ أحد الأطراف لكل

¹ - د. علي سيد قاسم، المرجع السابق، ص 67.

² - هذا التمييز بين العقد الملزم للجانبين أو الملزم لجانب واحد كان سائدا في الفقه التقليدي و لم يعد اليوم يجد له صدى كبيرا في الفقه الحديث.

³ - هو الأستاذ Houin، مشار إليه في د. علي سيد قاسم، المرجع السابق 68.

التزاماته غير مفيد في أغلب الحالات، إلا أنه بالعكس يصبح مهما ومفيدا خاصة وأنه يعتبر (الاعتماد الإيجاري) إيجارا بنص القانون.

فلما كانت شركات الاعتماد الإيجاري تعفي نفسها من كل الالتزامات التي يتحملها عادة المؤجر وخصوصا جعل المستأجر يتمتع بالأصل، ذلك أدى إلى توقف أن يكون الإيجار عقدا متتالي التنفيذ، بالإضافة إلى ذلك تحمل المستأجر بمخاطر الأصل. وهو الأمر الذي تعتبره هذه الشركات مطابقا لروح عملية الاعتماد الإيجاري، لأنه يلغي احتمالات المخاطر التي يتسم بها الإيجار التقليدي ويؤمن توافق الائتمان مع الإيجار.¹ وإذا كانت مدة الإيجار غير قابلة للإلغاء وغير قابلة² للرجوع فيها، فإن عدم القابلية للرجوع هذه تفهم أساسا من عجز المستأجر عن التوقف عن دفع الأجرة حتى في حالة فقد الأصل بسبب القوة القاهرة. فإن شركات الاعتماد الإيجاري تستطيع أن تطبق على تحديد الآجال ومبالغ الأقساط حسابا ماليا. وبالتالي، فقد تم استخدام تقنية الإيجار القانونية لهدف مالي، وأصبح من الممكن أن يكون الإيجار دعامة لعملية ائتمان. فالواضح أن الطابع الحاسم لمدة الإيجار هو عنصر مهم في تكييف الاعتماد الإيجاري، ويبدو أن تطبيق القواعد العامة للمخاطر هو الذي يمنح الطابع الحاسم للإيجار في الاعتماد الإيجاري ويعطيه قوته النادرة وطبيعته الأصيلة.

وهذا التحويل للمخاطر، يمكن أن ينظر إليه من زاويتين:

الأولى سلبية، وهو خرقه للقواعد العامة للإيجار، أما الثانية فهي إيجابية، والتي تتمثل في إثارتها للطابع الملزم لجانب واحد وهو المستأجر في الاعتماد الإيجاري.

ولما كانت القاعدة التي تقضي بفسخ الإيجار بقوة القانون في حالة هلاك العين المؤجرة بفعل القوة القاهرة مكتملة، كان من الممكن الاتفاق على تحميلها للمستأجر، رغم أنه من النادر أن يظل المستأجر ملزما بعد فقد الشيء بفعل القوة القاهرة.

¹ - انظر في إجماع الفقه الحديث على نعت المؤسسة القانونية للاعتماد الإيجاري، بأنها إيجار كعقد وائتمان كعملية:

د/رياض فخري، عقد الائتمان الإيجاري بين مدونة التجارة والقانون المنظم لمؤسسات الائتمان، مجلة الحقوق المغربية، الرباط، العدد السادس أكتوبر 2008، ص 92.

² - أنظر المادة 11 من الأمر 96-09 المتعلق بالاعتماد الإيجاري.

والقضاء الفرنسي لا يتردد بتقرير تنفيذ الشرط الواضح والدقيق الذي يلزم المستأجر بدفع قيمة الشيء للمؤجر¹ بالإضافة إلى أقساط الإيجار غير المدفوعة، وذلك في حالة إخلال المستأجر بأحد التزاماته التعاقدية.

والملاحظ هو أن شركات الاعتماد التجاري لا تعتمد موقفاً موحداً حول هذه النقطة، فبعضها تلزم² المستأجر في حالة الهلاك الكلي بدفع مجموع الأجرة المتبقية المستحقة، وأخرى تطالب المستأجر بتعويض المؤجر عن قيمة الأصل³. والفقهاء الفرنسي يرون بأنه طبقاً لنص المادة 1722⁴ من القانون المدني. ففي حالة هلاك العين المؤجرة بقوة قاهرة لا يمكن أن يكون هناك أي مجال للتعويض، وأن تردد شركات الاعتماد التجاري حول هذه المسألة يعكس في الحقيقة النقاش الذي لطالما أثاره مبدأ تحمل التبعة أو المخاطر حالة القوة القاهرة المذكورة. ولنا أن نتساءل: هل هذه القاعدة تتعلق بتسوية مخاطر الشيء محل الإيجار⁵، أم تسوية مخاطر العقد؟

المفروض أن كلا من المؤجر والمستأجر - استثناء⁶ - يتحملان مخاطر الشيء. كذلك إذا قلنا بأنه لا يمكن للمؤجر مطالبة المستأجر بالأجرة، حالة القوة القاهرة، كان معنى ذلك أنهما يتحملان مخاطر العقد. لكن المطابق لاقتصاد وروح الاعتماد التجاري، يلزم المستأجر بدفع كامل الأجرة المتبقية (والتي تصبح مستحقة)، ذلك أن المؤجر يبحث من خلال هذا الأمر عن حسن انتهاء عملية الائتمان، ولا يبحث عن تعويض فقد الأصل ولو كان بسبب قوة قاهرة. وما لا يمكن أن يقبل وفقاً لقانون الإيجار هو إلزام المستأجر بدفع أكثر من قيمة الشيء في حالة فقدته بفعل القوة القاهرة.

¹ - 1^{er} civ., 11 Déc. 1985, n° 84-12. 253, Bull. Civ, I, n° 351, P.315, cité par Lamy du financement, 2005, op.cit., n° 3247 : « la résolution du contrat de vente... Entraîne la restitution du matériel par le locataire et celle du prix d'achat par la société de crédit- bail... »

² - أنظر المادة التاسعة عشر لدفتر الشروط العامة لبنك البركة.

³ - E. M . Bey, Op.cit., p. 191 : « si le locataire n'a pas assuré le matériel, en plus de la résiliation de plein droit du contrat, il doit en outre payer une somme représentative de la valeur de la chose détruite..., et ce pour non-respect des clauses contractuelles et notamment celle relative à l'assurance.»

⁴ - ويقابلها المادة 481 من التقنين المدني الجزائري.

J. Coillot, op.cit., p. 184; E. M. Bey, op.cit., p. 190.

⁵ - هناك مبدآن قانونيان في تحمل التبعة في العقود الملزمة للجانبين: هلاك الشيء على مالكه، وهلاك الشيء يتحملها الطرف الذي استحاله عليه تنفيذ الالتزام.

⁶ - طبقاً لمبدأ هلاك الشيء على مالكه، فالمؤجر هو الذي يتحمل التبعة.

وهذا الأمر لا يمكن أن يفسر إلا إذا اعتبرنا أن الإيجار ذو طابع ملزم لجانب واحد في عملية الاعتماد الإيجاري، حيث يعتبر أن المؤجر يكون قد نفذ ما عليه من التزامات بمجرد وضع الأصل تحت تصرف المستأجر. وبالتالي فعلى هذا الأخير أن ينفذ ما عليه من التزامات، ولذلك يمكن أن يقال بأن عقد الاعتماد الإيجاري ملزم للجانبين تحول إلى ملزم لجانب واحد في لحظة ما من وجوده.

وبالتالي، يعد خرق إيجار الاعتماد الإيجاري لقواعد الشريعة العامة في الإيجار واضحا جدا. حيث أن الإيجار التقليدي لا يمكن أن يكون ملزما لجانب واحد، كما لا يمكن تقبل أن يكون إيجارا وفوري التنفيذ، بما أن الطابع المتتالي للتنفيذ لا يسمح للمؤجر بأن ينفذ كل التزاماته مرة واحدة. ولهذا السبب لا يمكن أن يكون المستأجر في الإيجار التقليدي هو الملتزم الوحيد.

والقول بأن الاعتماد الإيجاري يخرق القواعد العامة للإيجار أو القول بأنه عقد فوري وملزم لجانب واحد عندما يكون الأصل المؤجر تحت يد المستأجر، فهذه المفاهيم متساوية وتعبر عن نفس النتيجة القانونية. وإذا كان المفهوم الأول لا يثير أي اعتراض، لكن المفهوم الثاني يخلق صعوبة، لأن خصائص الإيجار المعروفة هي التي تترجم طبيعته. وكل خرق لأي من خصائصه يرتب لصاحبه حقا مكتملا، وإذا أخذت كل الخروقات مجتمعة، فإنها تؤدي إلى تشويه طبيعة عقد الإيجار.

وهكذا وباعتبار عقد الاعتماد الإيجاري عقدا فوريا وملزما لجانب واحد عندما يكون الأصل المؤجر تحت تصرف المستأجر، يصبح عقد الاعتماد الإيجاري خاضعا لجاذبية عقد القرض أكثر منه إيجارا، هذه الجاذبية التي تطابق غايته. إلا أن هاتين الخاصيتين تستدعيان خاصية ثالثة وهي الطابع العيني للإيجار. فالإيجار في الاعتماد الإيجاري يكون إذا ملزما لجانب واحد منذ تكوينه وليس فقط بعد تنفيذ الالتزام بالتسليم: فالعقد العيني هو ذلك الذي يكون فيه تسليم المحل شرطا لتكوين العقد.

الفرع الثالث: تحول عقد الإيجار إلى عقد عيني.

العقد العيني لا يتم بمجرد التراضي، بل يجب لتمام العقد فوق ذلك تسليم العين محل التعاقد¹، مع الإشارة بأن القانون الجزائري يشترط لانعقاد عقد الإيجار صحيحا ضرورة توافر الرسمية² تحت طائلة البطلان، إلا أنه لا يعتبر الإيجار من العقود العينية كالقرض والعارية والوديعة والرهن الحيازي.

ويكفي لإبرام الإيجار تراضي الطرفين بالإضافة إلى الشكلية (الرسمية) ، إلا أن إرادة الأطراف قد تضمن عقد الاعتماد الإيجاري وبوسائل غير مباشرة محاولة منها الحصول على نتائج قريبة لتلك التي يخلفها الطابع العيني للعقود والتي يمنحها القانون هذه الصفة. وما سنحاول دراسته وفهمه هو أن عقد الاعتماد الإيجاري يظهر أحيانا كعقد عيني غير مباشر حاملا شكل تقنية العقود الرضائية، والحقيقة أن القانون لا يمنع الأطراف من الاتفاق على إبرام عقد عيني ولو لم يعتبره القانون كذلك.

إذن قد يتفق على السمو بهذا الشرط (العينية) إلى مرتبة شرط صحة العقد نفسه، ويصبح بالتالي شرطا لتكوين العقد.

وقد تظهر خلال فترة تكوين عقد الاعتماد الإيجاري بعض النزاعات صعبة التجاوز، خاصة في عملية ثلاثية كهذه. فعقد الاعتماد الإيجاري يعاني منذ مرحلة إبرامه من فجوة بين حقيقته الاقتصادية وبين الترجمة الناقصة الممنوحة له قانونا. ووعيا منها بهذه الثغرات، تحاول شركات الاعتماد الإيجاري من خلال مقتضيات خاصة، إيجاد رابطة بين تكوين عقد البيع وتكوين عقد الإيجار.

إن المؤسسات المالية المتخصصة في عمليات البيع والاعتماد الإيجاري، درجت على تضمين عقودها - كما سبق وأن تناولنا - شرطا³ يقضي بأن عقد الإيجار المبرم مع المستفيد المستأجر لا ينتج أثره إلا من لحظة تسلم المستأجر للأشياء المؤجرة، وعلى المستأجر تحرير محضرا بتسلمه لهذه الأشياء من البائع باعتباره وكيلا يعمل لحساب المؤسسة المالية المشترية وحساب نفسه كمستأجر لهذه الأصول الإنتاجية. ومن وراء هذا الشرط، تسعى المؤسسات المالية المشترية إلى تفادي المنازعات التي قد تثور حول موعد التسليم،

¹ - د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج1، ص 49.

² - أنظر المادة 324 مكرر1 الفقرة الأولى من القانون المدني، المادة 187 مكرر / 1 من القانون التجاري.

³ - أنظر، المادة الرابعة من دفتر الشروط العامة لبنك البركة.

وشروط وبداية استحقاق أقساط الأجرة. ويضيف الفقيه Bey إلى هذا: " أن ميلاد الالتزام في الإيجار كما في البيع يكون خاضعا لتحقيق شرط واقف أساسي: هو محضر الاستلام الذي بدونه لا يمكن أن يكون هناك عقد إيجار ولا عقد بيع"¹.

وقد يحصل أن يقدم المرشح للتمويل عن طريق الاعتماد الإيجاري طلبا نهائيا للبائع، بدون انتظار تعهد الشركة الممولة. وفي حالات أخرى يتم البدء في تنفيذ الإيجار وتدفع الأجرة قبل تسليم الأصل، الذي قد لا يتم تسليمه أبدا².

والحقيقة أن الشرط هو بمثابة وقاية من نزاع محتمل. والهدف الذي تسعى المؤسسات المالية الوصول إليه هو أنها لا تريد أن تلتزم إلا منذ اللحظة التي تكون فيها كل العمليات الأولية قد انتهت لتوافق على شخص المستأجر وتقبل المبدأ وتحدد شروط شراء الأصل المطلوب منها تمويله والاتفاق على شروط الإيجار والوعد المنفرد بالبيع وتحرير وصل الطلبية.

غير أنه ومهما كانت هذه الاتفاقات فهي لا تكفي لجعلها تلتزم؛ فهي ليست سوى مفاوضات سابقة على التعاقد. ولذلك يجب أن يكون الأصل قد سلم من قبل المورد للمستأجر، وأن يكون هذا الأخير قد استلمه. ففي هذه اللحظة فقط، يصبح البيع كما الإيجار نهائيا، ويصبح الثمن واجب الدفع على شركة الاعتماد الإيجاري للبائع، والأجرة واجبة الدفع على المستأجر للمؤجر.

ولقد حاول بعض الفقه تأسيس الوسيلة القانونية³ التي تسمح للمؤجر بالوصول لهذه النتيجة على أساس الشرط الواقف الذي يمس في نفس الوقت البيع والإيجار، وهذا الحدث الذي يمكن أن يحول لشرط هو التسليم. إلا أن الفقيه Bey يرى بأن هذا الشرط لا يمكن أن يكون إراديا محضا، لأن تحقيقه يتوقف قبل كل اعتبار آخر على إرادة المستأجر الذي يتصرف لحسابه بصفته وكيل للمؤجر. ومع ذلك يبدو أن التسليم يتوقف في المقام الأول على إرادة البائع، أما المستأجر، فيمكن له رفض توقيع محضر الاستلام حالة

¹ - E. M. Bey, op.cit., p. 182 :« Dans le bon de commande, il est spécifié que le bailleur ne deviendra propriétaire que lors de la réception du procès- verbal constatant la livraison... C'est le locataire agissant pour le compte du bailleur, en qualité de mandataire qui établit ce document. »

² - Lamy, droit du financement, 2005, op.cit., n°3251.

³ - E. M. Bey, Op.cit., pp. 182 et 183..

كون التسليم غير مطابق لوصل الطلبية. مع العلم أنه ليس من سلطته إجبار البائع على التسليم وهذا ما يحرم التسليم بدون شك من كل فعالية.

فلكي يتحقق الشرط وجب أن يقبل المستأجر - بدون تحفظ - استلام الأصل. لكن يجب أولاً أن يتم التسليم فعلاً، وهذا لا يعود لسلطة المستأجر، ومهما يكون الشرط، فإنه لا يتوقف على إرادة المدين. وهذا يكفي للقول، كما قال الأستاذ Bey أنه يحمل صفة الشرط الإرادي المحض من قبل من يلتزم به¹.

إن هذا الشرط (الواقف) صحيح، ومهما طال الزمن الذي لم يتحقق فيه، فإن المستأجر لا يلتزم بأي شيء، وليس ملزم بأداءاته. في حين أن المؤجر يستطيع برضاه تأجيل تنفيذ الالتزام الخاص به. وبالتالي، فإن هذه التركيبة لا تتعرض لا لبطلان الشرط الإرادي المحض، ولا لبطلان الالتزام الخاضع لإرادة المدين به.

وما تجب ملاحظته بهذا الصدد، هو أن هذا الشرط لا يبدو أنه يتماشى مع تقنية ومفهوم الشرط في القواعد العامة من جهة، لأن الشرط هو حادث يوقف ويعلق تنفيذ الاتفاق أو الالتزام نفسه. فالشرط الواقف² يمس مباشرة تكوين العقد أكثر مما يمس تنفيذ الالتزامات. ومن جهة أخرى، حتى وإن افترضنا أن الأمر يتعلق بتطبيق من تطبيقات مفهوم الشرط، فإن الحادث الذي يعلق عليه التزام المؤجر هو التسليم. وتنفيذ الالتزام بالتسليم يتم لمصلحة المستأجر الأجنبي عن عقد البيع - في عملية الاعتماد الإجاري-. كما أن التسليم هو أيضاً تنفيذ لالتزام يقع على عاتق المؤجر، ولا يمكن القول بأن هذا الأخير يعفي نفسه من هذا الالتزام، لكن يعمل فقط على أن يكون تنفيذ هذا الالتزام من قبل البائع الذي هو أجنبي عن عقد الإيجار، إذا من غير الممكن إعفاء المؤجر من الالتزام بالتسليم الأصل، لأن القول بعدم الالتزام بالتسليم هو غير مقبول. بالإضافة إلى كون أن التسليم من قبل البائع للمستأجر هو تصرف بالتسليم لأجنبي عن عقد البيع، وتنفيذ من قبل الغير الأجنبي عن عقد الإيجار لالتزام المؤجر بالتسليم.

¹ - إذا علق تنفيذ أحد الالتزامات على إرادة المدين المحضة، اعتبر العقد باطلاً، أي يبطل الالتزام المتعاقد عليه بشرط إرادي محض. وإذا علق الدائن تنفيذ التزامه على أن ينفذ المدين مسبقاً أداء ما، فإذا أعفي هذا الأخير من تنفيذ ما هو مدين به، يكون الدائن قد استفاد من إثراء غير مشروع على حساب المدين، أنظر:

E- M . Bey, Op.cit., p.183.

² - Guy Duranton, op. cit, n° 99, p. 17 : « la signature satisfaisante du procès- verbal, joue le rôle de condition suspensive».

وبالتالي، فإن الحدث الذي تحول بهذه الطريقة لشرط هو التزام المؤجر بالتسليم، والذي يشكل التزامه الرئيسي. والمستأجر لا يلتزم على شرط أن يتم التسليم له، لأن التزامه يجد سببه في تنفيذ الالتزام بالتسليم الذي بدونه لا يلتزم بشيء. لذلك يمكن القول بأنه ليس هناك شرط حقيقي، إلا إذا كان الأطراف الذين أبرموا تصرفاً تاماً، قد ربطوا وجوده بتحقيق حادث عرضي أو إرادي.

وهذا الشرط لا يمكن اعتباره كأحد تطبيقات الشرط في القواعد العامة، فطريقه تكوين عقد الاعتماد الإيجاري مستنسخة على طريقة تكوين العقد العيني.

فمن خلال تسليم الأصل يبدأ ميلاد العقد، حيث يكون المؤجر قد نفذ كل ما عليه عن طريق وضع الأصل تحت تصرف المستأجر، ليكون بعد ذلك العقد ملزماً لجانب واحد، وغير قابل للتكوين إلا بالتنفيذ التام للالتزامات شركة الاعتماد الإيجاري، ليصبح المستأجر بعد ذلك وحده الملزم تجاهها. لكن يتصور العقد العيني في العقد الملزم للجانبين أكثر منه في العقد الملزم لجانب واحد حتى وإن كان الطابع الملزم لجانب واحد أو الملزم للجانبين ليس سوى تنويعات لنفس العقد. وكل هذا الضغط يحرك عقد الاعتماد الإيجاري ليقربه من عقد القرض، فمثله لا يكون ملزماً لجانب واحد إلا نتيجة للتموضع والتواجد في لحظة تكوين العقد.

ولا يمكن وصف الشرط الذي نحن بصدد الكلام عنه بأحد تطبيقات مفهوم الشرط الواقف، لأن نظام الشرط الواقف لا يطابق إرادة الأطراف في الاعتماد الإيجاري. فإذا تحقق الشرط، فإن العقد يعتبر موجوداً منتجاً لآثاره من يوم إبرامه. في حين أن الهدف الذي يتوخاه أطراف الاعتماد الإيجاري ليس هو تقديم لحظة ميلاد اتفاقهم، بل بالعكس تأخيرها ما أمكنهم ذلك.

فالعقد أصبح عينياً لأنه لا يستطع إنتاج آثاره إلا انطلاقاً من اللحظة التي يقتني فيها المؤجر صفة امتيازات مالك الأصل المخصص للإيجار، وعندما يكون ميلاد الالتزام من الإيجار كما في البيع خاضعاً لتحقيق شرط واقف أساسي هو محضر الاستلام التي تكون فيها كل العمليات الأولية قد انتهت لتوافق على شخص المستأجر وتقبل المبدأ وتحدد شراء الأصل المطلوب منها تمويله وشروط إيجاره للمستأجر.

وتنفيذ الالتزام لا يمكن أن يعتبر شرطا واقفا يترتب على تحققه وجود الالتزام، ومن ثم واقعة التسليم لا يمكن تكييفها بأنها شرط واقف. والأقرب للصواب هو القول بأن الشركات المالية قد عدلت من شروط إبرام عقد الإيجار ليصبح على غرار العقد العيني، فيعتبر التسليم ركنا من أركانه¹، مع الملاحظة بأن عينية عقد الاعتماد الإيجاري مصدرها الاتفاق لا القانون².

الحقيقة أنه يعود للأطراف تحديد لحظة تعهدهما، ويستخدمان تقنية العقد العيني لمصلحتهما، لألهما يجدان في هذه الأداة الوقاية الفعالة ضد النزاعات التي قد تتور بمناسبة عملية الاعتماد الإيجاري. فالمستأجر لا يجد نفسه ملزما إلا وقت تنفيذ المؤجر لالتزامه، وبذلك تجد شركات الاعتماد الإيجاري في نظام العقد العيني الذي تخضع له بدون أن تصرح بذلك الوسيلة الأكثر فعالية لتأمين تدخلاتها والوسيلة التي تربط بشكل أكثر تضامنا مصير الإيجار في تكوين عملية الاعتماد الإيجاري، ومن ثم فإن العقد العيني يترجم جيدا الطبيعة المالية لنشاطها، فيمكن للمقرض التعهد بتقديم القرض، لكنه لا يلتزم نهائيا إلا إذا قدمه.

وهكذا يتبين لنا مدى الخروقات للقواعد العامة³ التي تمارسها شركات الاعتماد الإيجاري بهدف ملاءمة عقد الإيجار لأداء وظيفة تمويلية في عقد الاعتماد الإيجاري الأمر الذي شكل وجعل منه عقدا مشوها بالتعديلات التي أدخلت عليه، وبالتالي فبدل أن يكون رضائيا، ملزما للجانبين وامتالي التنفيذ، أصبح عقدا فوريا، ملزما لجانب واحد وعينيا. كل هذا قرب عقد الإيجار من عقد القرض، خاصة وأن القواعد العامة للإيجار أصبحت غير كافية للإلمام بالنظام القانوني الذي يخضع له الإيجار في الاعتماد الإيجاري.

¹ - Ch. Bruneau, op. cit, pp. 96 et s.

² - د. عد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ج1، ص49.

³ - P. Ancel, op. cit., p. 102, n°164 : « Le choix de la technique du bail est seulement pour l'établissement de crédit un moyen d'avoir une garantie efficace en cas de non- paiement des loyers... il n'entend pas assumer un rôle commercial dans l'opération ».

الفصل الثاني

آلية الاحتفاظ بالملكية

كإحدى مظاهر الخصوصية

في عقد الاعتماد الإيجاري

للمنقولات

إن الصعوبات المرتبطة بالضمانات التقليدية أدت بالممارسة إلى إيجاد ضمانات أخرى تتمثل أساسا في توظيف حق الملكية في مجال الضمان، وذلك عن طريق آلية الاحتفاظ بالملكية. فقد أضحى شرط الاحتفاظ بالملكية تعبيرا واضحا عن الاتجاه نحو توظيف الملكية كوسيلة للضمان، بالإضافة إلى مفهومها الأساسي كحق عيني أصلي يخول صاحبه مكنت محددة. ولكن التساؤل الذي يطرح في هذا المجال هل توظيف الملكية كضمان يحقق الفعالية التي عجزت الضمانات التقليدية عن تحقيقها وبالتالي حماية الائتمان بشكل أوسع؟ للإجابة عن هذا التساؤل نقسم هذا الفصل إلى مبحثين، نتناول في الأول مدى اعتبار شرط الاحتفاظ بالملكية كضمان، ومن ثم نتطرق للجوانب العينية المتعلقة بحق ملكية المؤجر وشرط الاحتفاظ بها في مبحث ثان:

المبحث الأول

الاحتفاظ بالملكية كوسيلة ضمان

يكثر في المجال الصناعي والتجاري أن لا يكون تسليم المبيع ودفع الثمن فوراً، لذلك فإنه ويهدف حماية البائع من خطر عدم دفع المشتري للثمن لسبب ما، إعتاد البائعون وبخاصة في حالات بيع المنقولات، الاتفاق على احتفاظ البائع المالك بملكية الشيء المبيع، حتى يدفع المشتري الثمن بكامله أو حتى الوفاء بآخر قسط من الثمن المتفق عليه، وهذا ما يعرف بالبيع مع شرط الاحتفاظ بالملكية، والذي نص عليه المشرع الجزائري في نص المادة 363 من القانون المدني، وعليه نلاحظ أن شرط الاحتفاظ بالملكية سببه تأجيل الوفاء بالثمن. فالسؤال الذي يطرح في هذا المجال، هل اعتماد تعليق نقل الملكية على الوفاء بالثمن غايته إحداث التوازن في المراكز القانونية للطرفين،¹ أي تعادل الالتزامات، أم أن الأمر يتعلق بسعي البائع إلى مثل هذا الأسلوب، من أجل الحصول على وسيلة ضغط على (المشتري) وحمله على الوفاء بالثمن؟

للإجابة على هذا التساؤل نحاول الوصول إلى ماهية شرط الاحتفاظ بالملكية (المطلب الأول) ومن ثم فعالية هذا الشرط كضمان (المطلب الثاني).

¹ - F. Pérochon, La réserve de propriété dans la vente de meubles corporels, Préf. F. Derrida, Litec, 1988, p. 13.

المطلب الأول

ماهية شرط الاحتفاظ بالملكية

لقد عرفت فكرة الشروط المقترنة بالعقد تطورا هاما، ذلك أن مبدأ الحرية التعاقدية يحمل في طياته مبدأ الاعتراف للمتعاقدين بحرية إدراج الشروط التي يرونها مناسبة، ومن هنا كان شرط الاحتفاظ بالملكية من أهم هذه الشروط. هذا الشرط يقوم على الاحتفاظ بالملكية إلى أن يتحقق الالتزام المقابل المتمثل في دفع الثمن، أي أن آلية هذا الشرط تقتضي أن إتمام الوفاء بالثمن يستتبع نقل ملكية المبيع من البائع إلى المشتري، وذلك دون حاجة لإجراء أو تصرف معين من قبل الأطراف، إلا أن الصعوبة تظهر عند تحديد الوقت أو الزمن الذي تنتقل فيه الملكية إلى المشتري، هل هو بمجرد إبرام عقد أو حتى لحظة التسليم أو الوفاء بالثمن؟ خاصة وأن جانبا كبيرا من الفقه يعتبر أن شرط الاحتفاظ بالملكية يؤدي إلى استبعاد القواعد العامة المتعلقة بنقل الملكية¹. للإجابة على هذا التساؤل، يجب تحديد المقصود بشرط الاحتفاظ بالملكية (الفرع الأول) وكذا تحديد طبيعته القانونية (الفرع الثاني).

الفرع الأول : المقصود بشرط الاحتفاظ بالملكية:

الأصل أن عقد البيع من العقود فورية التنفيذ، حيث يتم تنفيذ الالتزام بنقل الملكية والالتزام بدفع الثمن فور إبرام العقد² إلا أن حاجة المعاملات قد تضطر المشتري إلى إرجاء الوفاء بكل أو بعض الثمن، الأمر الذي يضيف على البيع صفة ائتمانية تحمل في طياتها مخاطر معينة بالنسبة لحق البائع في الثمن، وهو ما قد يضطره إلى اشتراط الاحتفاظ بالملكية. ولكن إذا كان شرط الاحتفاظ بالملكية ضمانا يقف في صف البائع، فهل هذا يعني أن وضع هذا الشرط من طرف البائع يكون بغض النظر عن رغبة المشتري، أم أن الأمر يقتضي الاتفاق بين المتعاقدين؟ إن الإجابة على هذا التساؤل تقتضي منا تعريف شرط الاحتفاظ بالملكية (أولا)، ومن ثم بيان شروط صحته (ثانيا):

¹ -MICHEL Grimaldi, La clause de réserve de propriété, Medef Direction des affaires juridique, juillet 2005, p5; J. L. Courtier, «Vendeurs avec clause de réserve de propriété: défendez activement vos droits!», LPA. 18 avril, 1994, n° 46.

² - على أن الملكية في العقار لا تنتقل إلا بالتسجيل طبقا لنص المادة 793 من القانون المدني.

أولاً: تعريف شرط الاحتفاظ بالملكية

يعرف البعض شرط الاحتفاظ بالملكية على أنه ذلك الشرط الذي اعتاد البائعون بالتقسيط وضعه في عقد البيع ويحتفظ البائع بمقتضاه بملكية¹ المبيع لحين الوفاء بالثمن بأكمله². وهناك من يعرفه على أنه ذلك الشرط الذي يشترط فيه البائع احتفاظه بملكية الشيء المبيع بالرغم من تسليمه للمشتري، حتى سداد آخر قسط³، أو أنه يعني احتفاظ بائع مال معين بملكته لهذا المال إلى يوم الدفع الكامل للثمن المتفق عليه⁴.

وهذا الاتفاق يعتبر صحيحاً في التشريع الجزائري حسب نص المادة 363 من القانون المدني والتي ورد فيها أنه: (إذا كان ثمن البيع مؤجلاً جاز للبائع أن يشترط أن يكون نقل الملكية إلى المشتري موقوفاً على دفع الثمن كله ولو تم تسليم الشيء المبيع، فإذا كان الثمن يدفع أقساطاً جاز للمتعاقد أن يتفقا على أن يستبقي البائع جزءاً منه على سبيل التعويض في حالة ما إذا وقع فسخ البيع بسبب عدم استيفاء جميع الأقساط. ومع ذلك يجوز للقاضي تبعاً للظروف أن يخفف التعويض المتفق عليه وفقاً للفقرة الثانية من المادة 224، وإذا وفى المشتري جميع الأقساط يعتبر أنه تملك الشيء المبيع من يوم البيع تسرياً. أحكام الفقرات الثلاثة السابقة حتى ولو عطي المتعاقدان للبيع صفة الإيجار).

أما بالنسبة للقانون الفرنسي فإن الفقه في مجموعه كان يرى أن هذا الاتفاق صحيح أيضاً، وذلك لأن نص المادة 1583 ونص المادة 1138 مديني فرنسي واللدان يربطان نقل الملكية بانعقاد البيع ليساً من القواعد الآمرة⁵.

¹ - I. Verougstraete, «Les mécanisme préférentiels», in Manuel de la continuité des entreprises et de la faillite, Bruxelles, Kluwer, 2010, pp. 660-661.

² - د/علي حسين يونس، العقود التجارية، دار الفكر العربي، بدون سنة نشر، ص 5.

³ - د/علي جمال الدين عوض، العقود التجارية، دار النهضة العربية، القاهرة، بدون سنة نشر، ص 53.

⁴ - «La clause de réserve de propriété est une technique de garantie conventionnelle qui permet au parties d'un contrat de différer le moment du transfert du bien dans le patrimoine de l'acquéreur», V. F. Pérochon, La réserve de propriété dans la vente de meubles corporels, op. cit., p. 13, spéc. n° 13.

انظر كذلك: د/ حمد الله محمد حمد الله، حماية بائع المنقولات المادية من خلال شرط الاحتفاظ بالملكية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1996 - ص 13.

⁵ - Ph. Malaurie, Aynès, Droit civil les sûretés, Droit du crédit 2^{ème} éd., 1988, édition Cujas, n° 754, p 240.

مرجع مشار إليه عند: د/ نبيل إبراهيم سعد. الضمانات غير المسماة في القانون الخاص. المرجع السابق، ص 169.

وبعد انتشار شرط الاحتفاظ بالملكية في العمل¹ اضطر المشرع الفرنسي إلى التدخل لتنظيم أثر الشرط بالقانون رقم 80-335 الصادر في 12 مايو 1980².

من خلال التعاريف السابقة، نستنتج أن شرط الاحتفاظ بالملكية، عبارة عن بند أو شرط في عقد البيع ينص على احتفاظ بائع الشيء بملكته له³ على الرغم من تسليمه للمشتري الذي يصبح حائزاً للشيء، حتى يقوم هذا الأخير خلال مدة معينة بالوفاء بالثمن المتفق عليه جميعه، والآن تعرض لشروط صحته.

ثانيا : شروط صحة شرط الاحتفاظ بالملكية

من خلال تعريف شرط الاحتفاظ بالملكية، نستنتج أنه ولصحة هذا الشرط وجب أن يكون محلاً لاتفاق بين طرفي العقد، وعليه فلا أثر له عندما يكون معلناً عنه بشكل انفرادي من قبل البائع.

أما عن الوقت الذي يجب أن يتم فيه مثل هذا الاتفاق فالأصل أن شرط الاحتفاظ بالملكية يجب أن يكون محلاً لاتفاق الأطراف وقت انعقاد العقد، وتأخذ بهذه القاعدة الأنظمة التي تقضي بأنه إذا كان محل عقد البيع منقولاً معيناً بالذات فإن ملكية المبيع تنتقل بمجرد العقد، كما هو الحال في القانونين الجزائري والفرنسي. وعليه في ظل هذه الأنظمة، إذا تم اتفاق الأطراف على شرط الاحتفاظ بالملكية بعد انعقاد عقد البيع (أثناء التسليم مثلاً). فإن ذلك الاتفاق يكون عديم الأثر، إذ أن ملكية المبيع تكون قد

¹ - انظر في نفاذ الشرط قبل ذلك في القضاء الفرنسي:

Paris 23 mai 1932, Gaz. Pal. 1932. 2.387; Grenoble, 13 mars 1933, Gaz. Pal. 1933. 2. 46.

قارن:

Cass. civ. 22 octobre et et 28 mars 1934. 1.151. note J. Vandamme; Toulouse, 7 mai 1936, Gaz. Pal. 1936. 2. 220; Cass. Com. 23 fèv. 1954, RTD. com. 1954, p. 710.

² - JO. Du 13 mai 1980, p. 1202.

أنظر في تحليل نصوص هذا القانون:

1. M. Pédamon, «Considérations comparatives sur la loi du 12 mai 1980», in Etudes offertes à René Rodière, Dalloz, 1981, p. 209 et s.; R. Houin, «L'introduction de la clause de réserve de propriété droit français de le faillite», JCP. 1980, I, 2978; F. Derrida, «La clause de réserve de propriété et le droit des procédures collectives», D. 1980, Chron. 293; BEY (E.-M), «La réserve de propriété et le crédit-bail» in «La clause de réserve de propriété», Centre de droit de l'entreprise de Montpellier, sous la direction de W. GARCIN, J. THIEFFRY, Paris, 1981., p. 81 et s.

³ - «... la réserve de propriété sert donc à retarder l'effet translatif du bien», V. A. Diaka, Le crédit-bail mobilier dans les procédures collectives, Editions Publibook, Paris, 2014, n° 224, p. 220.

الفصل الثاني: آلية الاحتفاظ بالملكية كإحدى مظاهر الخصوصية في عقد الاعتماد الإيجاري للمنقولات

انتقلت بالفعل من البائع إلى المشتري بمجرد العقد. أما بالنسبة للأنظمة القانونية التي تربط نقل ملكية المنقول بالتسليم، فإن الاتفاق على شرط الاحتفاظ بالملكية يمكن أن يكون عند انعقاد العقد، أو في وقت لاحق، شريطة أن يتم ذلك قبل تمام تسليم المبيع.¹ إلا أن السؤال الذي يطرح في هذا المجال هل يشترط العلم الحقيقي بشرط الاحتفاظ بالملكية، أم يكفي العلم المفترض به، هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى فيما يتعلق بقبول المشتري لهذا الشرط هل يشترط القبول الصريح أم يكفي أن يكون قبولا ضمنياً؟

نظراً لعموم نص المادة 363 من القانون المدني، ونظراً لعدم وجود أحكام قضائية في هذا المجال، فإن ذلك يدفعنا إلى بحث المسألة في القانون المقارن. فبعض الأنظمة القانونية تعترف بصحة شرط الاحتفاظ بالملكية، وبقوته الملزمة ولو كان وارداً ضمن شروط عامة للبيع متى علم به المشتري لحظة إبرام العقد مع البائع أو كان واجبا عليه أن يعلم به (أي العلم المفترض)، وعلى خلاف ذلك فإن بعض الأنظمة القانونية تتشدد في ذلك، ففي فرنسا مثلاً يشترط القضاء ضرورة العلم الفعلي من قبل المشتري، فلا مجال لإعمال نظرية العلم المفترض في هذا الخصوص²، أما فيما يتعلق بمسألة قبول المشتري فإن الأمر لا يثير صعوبة إذا كان قبول المشتري صريحاً وقاطع الدلالة، إلا أن الإشكال يثور عندما يرد شرط الاحتفاظ بالملكية ضمن الشروط العامة للبيع، ويعلم المشتري بهذه الشروط دون اعتراض من جانبه على هذا الشرط. فهل يفسر سكوت المشتري على أنه قبول ضمني لهذا الشرط أي أنه يكفي بذاته لصحته؟

لقد تردد القضاء الفرنسي في بادئ الأمر في قبول لرضا المشتري الضمني، إلى أن حسمت محكمة النقض الفرنسية موقفها بحكم في 11 مايو 1983³ حيث قضت بأن قيام المشتري بتنفيذ العقد، عن علم بالشروط العامة لعقد البيع المتضمنة شرط الاحتفاظ بالملكية والمرسلة إليه من قبل البائع، يعد قبولا للشرط المذكور، واستلزم القضاء الفرنسي في ذلك أن تكون عبارات شرط الاحتفاظ بالملكية واضحة وقاطعة الدلالة، وأن يكون علم المشتري بهذا الشرط مؤكداً، بحيث يمكن التسليم بأن هناك قبولا من

¹ - من بين الأنظمة التي تأخذ بهذه القاعدة القانون الألماني والهولندي.

² - د/ حسين الماحي، آثار شرط الاحتفاظ بالملكية في البيع التجاري الائتماني، دار أم القرى، المنصورة، ط. 1، 1995، ص 12.13، والموقف مأخوذ من حكم:

Cass. 10 déc. 1991, 11 mai 1993, D., 1993, somm, commentés par Françoise Pérochon, p 278 et s.

³ - Cass. com, 11 mai, 1984, Gaz. Pal., 1985-1-55.

جانبه.¹

أما عن موقف المشرع الجزائري بخصوص مدى اعتبار سكوت المشتري قبولا ضمنيا فيمكن أن نأخذ بما جاء في المادة 68 من القانون المدني التي تنص (إذا كانت طبيعة المعاملة، أو العرف التجاري، أو غير ذلك من الظروف ، تدل على أن الموجب لم يكن لينتظر تصريحاً بالقبول فإن العقد يعتبر قد تم، إذا لم يرفض الإيجاب في وقت مناسب. ويعتبر السكوت في الرد قبولا، إذا اتصل الإيجاب بتعامل سابق بين المتعاقدين، أو إذا كان الإيجاب لمصلحة من وجه إليه).

فوفقا لأحكام هذه المادة، يمكن أن يفسر سكوت المشتري على أنه قبول ضمني وذلك في حالتين:

- الحالة الأولى: وجود علاقات سابقة بين البائع والمشتري، إلا أن مجرد وجود معاملات سابقة بين الأطراف لا يؤدي بالضرورة إلى حتمية اعتبار السكوت قبولا، وإنما الأمر يتوقف على تقدير ظروف كل حالة.

- الحالة الثانية: إذا كانت طبيعة المعاملة أو العرف أو غير ذلك من الظروف تقضي بأن السكوت الملابس يقوم مقام القبول. فهذه الحالة تسمح باستنتاج قبول المشتري رغم سكوتة من ظروف التعاقد ذاته ولو لم تكن هناك معاملات سابقة بين البائع والمشتري.²

ولكن تجدر الإشارة إلى أن موافقة المشتري في البيوع بالتقسيط ليست محل اعتبار غالبا، لأن حاجة المشتري للمبيع قد تفرض عليه الإقبال على هذا النوع من البيوع.

¹ - د/حسين الماحي، آثار شرط الاحتفاظ بالملكية، المرجع السابق، ص15.

² - تجدر الإشارة إلى أن القانون رقم 04-08 المؤرخ في 23 يونيو 2004 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية يلزم البائع في المادة الثامنة منه على إعلام المستهلك بكل الشروط التي يتضمنها عقد البيع، إذ جاء فيها (يلتزم البائع قبل اختتام عملية البيع بإخبار المستهلك بأية طريقة كانت وحسب طبيعة المنتج، بالمعلومات النزيهة والصادقة المتعلقة بمميزات هذا المنتج أو الخدمة وشروط البيع الممارس وكذا الحدود المتوقعة للمسؤولية التعاقدية لعملية البيع أو الخدمة)، ولكن يبقى تطبيق هذا النص محصورا من حيث مجال التطبيق على العلاقات بين المحترفين والمستهلكين فقط، أي أن هذا النص لا يطبق على العقود التي تبرم فيما بين المحترفين فيما بينهم ولا بين الأشخاص العاديين.

الفرع الثاني: الطبيعة القانونية لشرط الاحتفاظ بالملكية

إن تحديد الطبيعة القانونية لشرط الاحتفاظ بالملكية، مسألة تتسم بالكثير من التعقيد والغموض، نظرا لاختلاف الرأي في هذا المجال، بل إن الاتجاهات تعددت وتضاربت دون الوصول إلى نتيجة حاسمة في هذا الشأن. وفي الواقع إن الأخذ باتجاه معين لا يطرح إشكالا، وإنما الإشكال يطرح حول النتائج العملية التي تترتب على الأخذ بنظرية ما.

ولتحديد الطبيعة القانونية لشرط الاحتفاظ بالملكية، فإننا تنطرق إلى الاتجاهات الكبرى (أولا) ثم نحاول دراسة المسألة في ظل القانون المقارن لإثراء البحث نظرا لنقص إن لم نقل انعدام النصوص والأحكام بل وحتى الدراسات على المستوى الوطني (ثانيا):

أولا: شرط الاحتفاظ بالملكية بين الشرط والأجل.

إن عدم تحديد المشرع للطبيعة القانونية لشرط الاحتفاظ بالملكية يدفعنا إلى البحث في الاتجاهات الفقهية في هذا المجال. أما هذه الأخيرة فقد تباينت في هذا الصدد بين فكري الشرط والأجل، إذ يرى البعض أن البيع مع شرط الاحتفاظ بالملكية هو بيع معلق على شرط واقف، يتمثل في وفاء المشتري بالثمن. وحسب هذا الرأي فإن وجود البيع يتوقف على تحقق الشرط (الوفاء بالثمن) ومن ثم لا ينعقد البيع قبل تنفيذ هذا الالتزام، إلا أن هذا الاتجاه تعرض للنقد، من حيث أن الشرط الواقف باعتباره وصفا يلحق الالتزام يتوقف على تحققه وجود الالتزام ذاته، لا يتوافق مع الفرض الذي نحن فيه، ذلك أن إقران البيع بشرط احتفاظ البائع بملكية المبيع لا يكون بمحض إرادة البائع وحده، وإنما يخضع لقبول المشتري، هذا من جهة، ومن أخرى فإنه لا يمكن القول بأن الوفاء بالثمن والذي يعتبر إحدى الالتزامات الناتجة عن عقد البيع يعد شرطا لانعقاده إذ يؤدي هذا التناقض إلى مسخ إرادة الأطراف التي تتجه فقط إلى تحصين البائع ضد عدم تنفيذ البيع¹ أي أنه لا يجوز اختيار تنفيذ إحدى الالتزامات المترتبة عن العقد وهو الوفاء بالثمن ليكون شرطا لصحة العقد.

¹ - محمد حسين منصور. شرط الاحتفاظ بالملكية، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، 2007، ص 297 نقلا عن:

الفصل الثاني: آلية الاحتفاظ بالملكية كإحدى مظاهر الخصوصية في عقد الاعتماد الإيجاري للمنقولات

هذا وإن القول بأن البيع مع الاحتفاظ بالملكية هو بيع معلق على شرط واقف، يعجز عن تفسير إمكانية تسليم المبيع إلى المشتري، بل أن البائع في أغلب الأحوال يقوم بتسليم المبيع إلى المشتري دون تقييد حقه في استعماله، فإذا اعتبرنا البيع معلقا على شرط واقف فما هو الأساس الذي يقوم عليه هذا الحق.

كما أن القول بأن تنفيذ أحد طرفي العقد لالتزامه يعد شرطا واقفا لانعقاد العقد ذاته وهو شرط إرادي محض، فهذا أمر يحظره القانون صراحة.¹

لهذه الأسباب لم تحض هذه النظرية بقبول الاتجاه العام في الفقه والقضاء، الأمر الذي أدى بجانب آخر من الفقه إلى تبني نظرية الشرط الفاسخ، والتي مفادها أن البيع مع الاحتفاظ بالملكية هو بيع معلق على شرط فاسخ هو عدم الوفاء بالثمن في الميعاد المتفق عليه في العقد. إذ يتملك المشتري المبيع ملكية تامة.

إلا أن حقه يظل مهددا بالزوال، ومن ثم لا يستطيع التصرف فيه بهذا الوصف، وإذا لم يوف المشتري بالثمن في الميعاد المحدد تحقق الشرط الفاسخ ويزول البيع بأثر رجعي بقوة القانون ودون حاجة إلى صدور حكم، وتعود ملكية المبيع التي انتقلت إلى المشتري مرة أخرى إلى البائع بأثر رجعي بمجرد التخلف عن الوفاء بالثمن،² لكن هذه النظرية إذا كانت تفسر إمكانية استعمال المشتري للمبيع، إلا أنها لا تتفق مع إرادة الأطراف، ولا مع قصد المشرع، إذ أن نقل الملكية ذاته يكون موقوفا طبقا لنص المادة 363 قانون مدني. وحسب اعتقاد الباحثة فإن اعتبار شرط الاحتفاظ بالملكية بمثابة شرط فاسخ لعقد البيع يتناقض مع روح الشرط ذاتها لأن هذا التكييف ليس من شأنه حفظ الملكية بل نقلها للمشتري ثم إعادة نقلها للبائع في حالة الفسخ.

وفي الحقيقة إن الأخذ بفكرة الشرط بالمعنى الفني الدقيق فاسخا كان أم واقفا. يثير اعتراضا جوهريا يتمثل في عدم إمكانية صياغة تنفيذ الالتزام الرئيسي للمشتري في صورة شرط بالمعنى الفني لهذه الكلمة،

¹ - لقد نصت المادة 205 من القانون المدني: (لا يكون الالتزام قائما إذا علق على شرط واقف يجعل وجود الالتزام متوقفا على محض ارادة الملتزم).

² - عبد الرزاق أحمد السنهوري. الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الجزء 4 (العقود التي تقع على الملكية. البيع والمقايضة)، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ط. 3، 2000، ص 174.

الفصل الثاني: آلية الاحتفاظ بالملكية كإحدى مظاهر الخصوصية في عقد الاعتماد الإيجاري للمنقولات

فالشرط في الواقع يعتبر واقعة خارجة عن إرادة الأطراف بينما يتوقف تنفيذ العقد وخاصة دفع الثمن على إرادة المشتري في حالة التنفيذ الاختياري، وعلى إرادة البائع في حالة التنفيذ الجبري. أي أن الأمر يتوقف على إرادة الطرفين.¹

وقد أخذ جانب آخر من الفقه بفكرة الأجل، واعتبر أن البيع مع شرط الاحتفاظ بالملكية هو بيع مضاف إلى أجل واقف يتفق فيه الأطراف على إرجاء تنفيذ العقد إلى حين حلول الأجل وهو الموعد المحدد لدفع الثمن² أي أنه عند حلول الأجل يتم الوفاء بالثمن، وتنقل الملكية من البائع إلى المشتري من ذلك الحين ودون أثر رجعي، وهذا خلافا لما هو عليه الحال بالنسبة للبيع المعلق على شرط واقف. إن أصحاب هذا الاتجاه حاولوا إيجاد سند من التشريع الفرنسي إذ اعتبروا أن القانون الفرنسي المؤرخ في 12 مايو 1980 المنظم لآثار شرط الاحتفاظ بالملكية جاء محايدا لأنه يقضي بأن شرط الاحتفاظ بالملكية يوقف نقل الملكية إلى أن يتم الوفاء بكامل الثمن.

وإذا كانت الأعمال التحضيرية للقانون السابق تكشف عن تعلق الأمر بشرط وليس بأجل، فإنه من المؤكد أن البرلمانيين لم يكن لديهم إدراك واضح للمعنى الفني لكلمة الشرط في التعبيرات التي امتد مداها عادة لتصف شرط الاحتفاظ بالملكية، توحى بالاعتقاد بأنهم يتحدثون عن الشرط، بينما ينصرف تفكيرهم إلى الأجل، فإذا كان الأمر يتعلق بشرط كان ينبغي أن تكون الصياغة علي النحو التالي: "لا تنتقل الملكية إلى المشتري إلا إذا دفع الثمن"³.

ولكن مهما يكن فإن القول بأن البيع مع شرط الاحتفاظ بالملكية هو بيع معلق على أجل واقف منتقد، لأن دفع الثمن هو واقعة غير مؤكدة، فيسار المشتري وخاصة في العلاقات التجارية أمر غير يقيني وصعب التقدير، ومن ثم يصعب القول بأن نقل الملكية مضاف إلى أجل غير مؤكد على هذا النحو⁴. كما أن هذه النظرية - البيع مع شرط الاحتفاظ بالملكية هو بيع مضاف إلى أجل- لا يمكن تطبيقها بأية حالة

¹ - Ghestin, Réflexions d'un civiliste sur la clause de réserve de propriété D. 1981, chron 1 et s, p13.

² - نبيل إبراهيم سعد، الضمانات غير المسماة، المرجع السابق، ص 189.

³ - J. Ghestin, La clause de réserve de propriété, Rapport de droit civil, actualités de droit de l'entreprise, Libraires Techniques, Paris, n°12, p50.

⁴ - محمد حسين منصور، شرط الاحتفاظ بالملكية، المرجع السابق، ص 322.

الفصل الثاني: آلية الاحتفاظ بالملكية كإحدى مظاهر الخصوصية في عقد الاعتماد الإيجاري للمنقولات

على البيع الذي لا يتضمن تحديدا لسلطات المشتري، خاصة وأن هذا النوع من البيوع في غالبها يتم فيه تسليم المبيع إلى المشتري مع إرجاء نقل الملكية.

كما أن اعتبار الملكية لا تنتقل عند الوفاء بالثمن بأثر رجعي طبقا لنظرية الأجل، لا يتوافق مع ما جاء به المشرع الجزائري في المادة 363 قانون مدني والتي نصت صراحة على الأثر الرجعي.

نلاحظ أن هذه النظريات لم توفق في تحديد طبيعة شرط الاحتفاظ بالملكية، فما هي حقيقة تكييف هذا الشرط؟

ثانيا : التكييف الحقيقي لشرط الاحتفاظ بالملكية (التكييف الراجع).

نظرا للانتقادات الموجهة للنظريات السابقة، اعتبر جانب من الفقه والقضاء الفرنسي أن البيع المقترن بشرط الاحتفاظ بالملكية يعتبر بيعا باتا، وكل ما في الأمر أن نقل الملكية من البائع إلى المشتري وهو أثر من آثار عقد البيع يتراخى إلى أن يتم دفع الثمن من طرف المشتري، فإذا تم ذلك اعتبر أن الملكية قد انتقلت منذ وقت البيع.

وطبقا لهذه النظرية فإن شرط الاحتفاظ بالملكية إلى حين الوفاء بالثمن يتعلق فقط بنقل الملكية، فنحن إذن أمام شرط واقف لنقل الملكية وليس لتكوين العقد، ويستند ذلك التحليل على فكرة أن نقل الملكية من طبيعة عقد البيع وليست من جوهره.

وتجدر الإشارة في هذا المجال إلى التفرقة بين الشرط الواقف الذي يلحق العقد في جملته والشرط الذي يلحق الالتزام بنقل الملكية، أي أنه ينبغي التمييز بين ما إذا كان الشرط وصفا في العقد ككل أم وصفا لأحد الالتزامات الناشئة عنه.

وتبدو أهمية هذه التفرقة في أن عقد البيع المعلق على شرط واقف، لا ينعقد قبل تحقق الشرط ولا يرتب بالتالي آثاره المعروفة ، فيؤدي استرداد البائع للمبيع لعدم استيفاء الثمن إلى إنهاء الروابط القانونية الناتجة عن العقد وذلك دون حاجة إلى أي إجراء آخر. أما إذا أخذنا بانعقاد البيع وترتيب كل آثاره ما

الفصل الثاني: آلية الاحتفاظ بالملكية كإحدى مظاهر الخصوصية في عقد الاعتماد الإيجاري للمنقولات

عدا نقل الملكية، فإن استرداد البائع للمبيع ليس من شأنه إنهاء العقد بل ينبغي اتخاذ إجراء آخر للوصول إلى تلك النتيجة، ويتمثل ذلك في دعوى الفسخ أو عمال الشرط الفاسخ الصريح والذي عن طريقه يمكن تسوية حكم أقساط الثمن المدفوعة¹.

ويمكن للبائع الاحتفاظ بتلك الأقساط على سبيل التعويض بمقتضى وجود شرط جزائي في العقد، مع إمكانية مراجعة القاضي بطبيعة الحال لقيمة التعويض المستحق.

ونلاحظ أن هذا الاتجاه يتماشى ونص المادة 363 من القانون المدني. وبالرجوع إلى التشريع الألماني، فإن نص المادة 455 مدني جاء فيها صراحة على أنه عندما يحتفظ البائع بملكية المنقول حتى الوفاء بالثمن يعتبر ذلك في حالة الشك نقلا للملكية معلقا على شرط واقف وهو دفع كامل الثمن ، مع احتفاظ البائع بحق فسخ العقد إذا تأخر المشتري في هذا الوفاء².

فمن خلال هذا النص نلاحظ أن المشرع الألماني حسم المشكلة، إذ اعتبر صراحة البيع مع شرط الاحتفاظ بالملكية بيعا يكون فيه نقل الملكية معلقا على شرط واقف وهو دفع الثمن كاملا. علاوة على ذلك نص صراحة على احتفاظ البائع بحق فسخ العقد إذا تأخر المشتري عن هذا الوفاء.

أما المشرع الفرنسي فمن خلال تنظيمه لأثار شرط الاحتفاظ بالملكية بموجب القانون الصادر في 12 مايو 1980 فإن مشكلة الطبيعة القانونية لشرط الاحتفاظ بالملكية وجدت لها حلا، إذ تشير المادة الأولى من القانون المذكور أعلاه إلى أنه: (يوقف نقل الملكية إلى أن يتم الوفاء بكامل الثمن).

فمن خلال هذه المادة نلاحظ أن نقل الملكية معلق على شرط واقف يتمثل في الوفاء بكامل الثمن أي أن المقصود هنا هو الشرط الواقف³.

وتجدر الإشارة إلى أن الإقرار بالشرط الواقف من القانون المشار إليه، لم يكن منذ البداية بل عرف

¹ - Ghestin, Réflexions , op. cit. , p16

² - نبيل إبراهيم سعد، الضمانات غير المسماة في القانون الخاص ، المرجع السابق ، ص 181.

³ - J. Ghestin , La clause de réserve de propriété, Rapport de droit civil, Actualités de droit de l'entreprise, op.cit, p 48.

الأمر تردداً، ذلك أنه وفي بداية الأمر فإن المادة الأولى من المشروع المقدم من Dubanchet تشير إلى أن الشرط المذكور هو شرط واقف، إلا أن العبارة تم حذفها في لجنة القوانين في مجلس الشيوخ. كما أن التقرير المقدم من Charles Million أمام الجمعية الوطنية لم يأخذ بأي من الخيارات الثلاث (بيع معلق على شرط واقف، بيع معلق على شرط فاسخ، شرط موقوف لنقل الملكية على الوفاء بالثمن) إلا أنه أثناء المناقشة، تحدد أن البيع مع شرط الاحتفاظ بالملكية هو بيع معلق فيه انتقال الملكية على شرط واقف وهو دفع الثمن.

ولهذا فإنه يترتب على هذا التكييف في ظل التشريع الفرنسي أن يظل البائع مالكا للمبيع، وبالتالي فإنه يتحمل تبعه هلاك المبيع؛¹ ولهذا فمن مصلحته أن يُكْمَل شرط الاحتفاظ بالملكية بنص يخالف قاعدة هلاك الشيء على مالكة.

يتضح مما سبق أن اعتبار البيع مع شرط الاحتفاظ بالملكية بيعا معلقا فيه انتقال الملكية على الوفاء بالثمن يتوافق مع التشريع الجزائري (نص المادة 363 من القانون المدني) وهذا التكييف يحقق مصلحة البائع إذ يظل هذا الأخير مالكا للمبيع إلى غاية الوفاء بكامل الثمن وهو الأمر الذي يحقق الضمان الذي نبتغيه.

نخلص من كل ما سبق إلى أن شرط الاحتفاظ بالملكية، هو شرط بمقتضاه يحتفظ البائع بملكية المبيع حتى دفع الثمن بتمامه، بمعنى أن يؤخر انتقال الملكية إلى حين أداء الثمن، وأن هذا الشرط قد حظيت طبيعته القانونية بدراسات عديدة انتهينا إلى ترجيح الاتجاه الذي يأخذ بالشرط الواقف لنقل الملكية، لكونه يتماشى وروح نص المادة 363 من القانون المدني. ولكن يبقى أن قصور التشريع وانعدام الاجتهادات القضائية على المستوى الوطني يثير صعوبات كبيرة في دراسة هذا النوع من الضمان.

¹ - إن مناط تبعه الهلاك في ظل التشريع الفرنسي هو الملكية. على خلاف التشريع الوطني الذي يأخذ بقاعدة التسليم.

المطلب الثاني

فعالية شرط الاحتفاظ بالملكية كضمان

إن الحياة العملية قد جعلت مانح الائتمان، في بحث دائم عن الضمان، وإذا اعتبرنا أن التأمينات العينية والشخصية لم تعد تحقق الضمان الكافي، نتيجة ارتفاع تكلفتها وتعقيد إجراءاتها وعدم مواكبتها للتغيرات الاقتصادية، والتي أثرت بشكل بارز على نظم الإفلاس، وبالتالي على فعالية التأمينات، فإن الأمر يقتضي البحث عن ضمان يتدارك هذا العجز.¹

في الحقيقة إن فعالية الضمانات، تؤخذ من خلال عدة اعتبارات، أهمها كلفتها، بساطة إنشائها وبلوغها. فهل يتميز شرط الاحتفاظ بالملكية بهذه الخصائص؟

إن الإجابة على هذا التساؤل تقتضي دراسة جدوى ما يحققه هذا الشرط من ضمان (الفرع الأول) ثم نحاول إبراز فعالية هذا الضمان في بعض العقود، ذلك أن العوامل الاقتصادية قد أفرزت بعض الأنواع من العقود ومن بينها عقد البيع الإيجاري وكذا عقد الاعتماد الإيجاري محل الدراسة، تحقق من بين أهدافها نوعا من قبيل هذا الضمان للدائن (الفرع الثاني).

الفرع الأول: جدوى الضمان الذي يحققه شرط الاحتفاظ بالملكية

باستقراء نص الفقرة الأولى من المادة 363 من القانون المدني: (إذا كان ثمن البيع، مؤجلا جاز للبائع أن يشترط أن يكون نقل الملكية إلى المشتري موقوفا على دفع الثمن كله ولو تم تسليم الشيء المبيع). نلاحظ وبصفة مبدئية أن المستفيد من هذا الضمان، هو البائع وحده، ذلك أنه وطبقا لنص المادة السابقة فإن هذا الضمان الاتفاقي أطرافه هما البائع والمشتري، فالسؤال الذي يطرح هل يمكن نقل هذا الضمان إلى الغير وبالتالي استفادة هذا الأخير منه؟ فمثلا هل يمكن لبنك أن يحل محل البائع في الإفادة من شرط الاحتفاظ بالملكية؟

¹ - يرى البعض تأثير فعالية هذا الشرط بعد ظهور قوانين الصعوبات المالية للمشروعات ووقايتها من الإفلاس، انظر في ذلك:

F. Pérochon, «La réserve de propriété demeure-t-elle utile en 2009?», Cah. dr. entr., juillet-août, 2009, n° 4, p. 29 et s.

إن الإجابة على هذه المسألة تكون من خلال نقطتين، نتناول في الأولى إبراز بساطة شرط الاحتفاظ بالملكية (أولا) ومن ثم دراسة مدى إمكانية نقل الاستفادة من هذا الشرط إلى الغير (ثانيا).

أولا: بساطة شرط الاحتفاظ بالملكية

تظهر بساطة هذا الشرط في أنه لا يستلزم سوى الاتفاق عليه بين بنود العقد، وهذا ما يستخلص من مضمون المادة 363 من القانون المدني، ذلك أن المشرع لم يشترط شكلا معينا أو إجراء خاص.

ولذلك نجد أن هذا الشرط شائعا في بيع الآلات الميكانيكية والدراجات وآلات الخياطة والآلات الكهرومنزلية، ولا مانع من إدراج هذا الشرط في بيع المحلات التجارية والأراضي.

وتتأتى فعالية هذا الشرط من خلال منح إمكانية للبائع بأن يطالب باسترداد الشيء المبيع باعتباره مالكا له، مما يجنبه مزاحمة باقي دائني المشتري له، لكن الإشكال الذي يثور هو أنه في حالة إفلاس المشتري،¹ فإن باقي الدائنين يأخذون في اعتبارهم الوضع الظاهر، وهو أن الشيء يدخل في الضمان العام للمدين خاصة وأن حيازة المدين للشيء المبيع تعزز هذا الوضع الظاهر، فهل هذا الضمان قادر على مواجهة هذا الوضع، وبعبارة أخرى هل شرط الاحتفاظ بالملكية قادر على الوقوف في وجه دائني المشتري وبالتالي منعهم من التنفيذ على المبيع؟

في الحقيقة إن فعالية هذا الشرط تظهر بشكل جلي ضمن أحكام عقد الاعتماد الإيجاري. حيث نصت المادة 22 من الأمر 96-09 المتعلق بالاعتماد الإيجاري على:

(في حالة عدم قدرة المستأجر على الوفاء، تم إثباتها قانونا من خلال عدم دفع قسط واحد من الإيجار، أو في حالة حل بالتراضي أو قضائي أو تسوية قضائية أو إفلاس المستأجر، لا يخضع الأصل المؤجر لأية متابعة من دائني المستأجر العاديين أو الامتيازيين مهما كان وضعهم القانوني وصفتهم، سواء أخذوا بعين الاعتبار بصفة فردية أو على شكل كتلة في إطار إجراء قضائي جماعي).

¹ - A.-S. Gigot, «L'opposabilité de la clause de réserve de propriété en cas de procédures collectives d'insolvabilité», RDC., Belgique, 2011, p.512.; I. Durant, «Le droit de rétention et la réserve de propriété», in Insolvabilité et garanties, Bruxelles, Larcier, 2014, p. 47.

الفصل الثاني: آلية الاحتفاظ بالملكية كإحدى مظاهر الخصوصية في عقد الاعتماد الإيجاري للمنقولات

ويتضح أن احتفاظ المؤجر بملكية الأصل يشكل ضمانا فعالا، في مواجهة الإجراءات الجماعية المتخذة من طرف دائني المستأجر، في إطار الإفلاس أو التسوية القضائية، حيث أن الأصل المؤجر لا يخضع لأية متابعة.

لكن يبقى أن تطبيق هذه القاعدة يظل مقتصرًا من حيث مجال التطبيق على العقد السابق، لذا نأمل أن يذهب المشرع إلى تعميم هذه القاعدة، حتى يجعل من هذا الشرط ضمانا فعالا، على غرار التشريع الفرنسي الذي عرف تقدما كبيرا في هذا المجال.

إذ جعل القانون الفرنسي المنظم لآثار شرط الاحتفاظ بالملكية المؤرخ في 12 مايو 1980 هذا الشرط نافذا في مواجهة باقي الدائنين في حالة الإفلاس، وذلك تحت شروط معينة تتميز بالبساطة والسهولة، إذ يكفي أن يكون الشرط مكتوبا وذلك من أجل تجنب كل مناقشة أو غش¹ لكن السؤال الذي يطرح ما طبيعة هذه الكتابة في ظل التشريع الفرنسي؟

إن قانون 12 مايو 1980 يشترط مجرد الكتابة، بل إن هذه الكتابة ليست مطلوبة لصحة شرط الاحتفاظ بالملكية، بدليل أن هذا الشرط كان يعتبر، صحيحا قبل صدور هذا، كما أن هذه الكتابة ليست مطلوبة إلا لحماية رضا المشتري والتمكن من الاحتجاج بالشرط في مواجهة جماعة الدائنين إذن المهم هو التأكد من قبول الشرط وأنه تم قبل تسليم المبيع.²

ولقد اعتبرت محكمة النقض الفرنسية أن عدم الاعتراض من جانب المشتري على هذا الشرط، مع علمه التام به، يعادل القبول أيا كانت الوثيقة (فاتورة، إذن تسليم...) التي ظهر عليها هذا الشرط.³

وعليه فإن فعالية هذا الشرط تظهر من خلال أنه يسمح للدائن بالمطالبة بالبضاعة في حالة عدم الوفاء بالثمن في ميعاد الاستحقاق.

¹ J- Ghestin, Rapport de synthèse, Actualité de droit de l'entreprise, La clause de réserve de propriété, t 12, Libraires techniques, Paris, 1980, p 285.

² IBID., p 289

³ - نبيل إبراهيم سعد، الضمانات غير المسماة في القانون الخاص، المرجع السابق، ص 209. والحكم مأخوذ من:

Com. 2 mai 1984 B,14, n° 154, Dalloz, 85 .I.R. I,17e, note Derrida.

ثانيا: إمكانية انتقال الاستفادة من شرط الاحتفاظ بالملكية

إن السؤال الذي يطرح في هذا المجال هو: هل يمكن لكل من البائع والمشتري أن ينقل إلى البنك شرط الاحتفاظ بالملكية على سبيل الضمان، وذلك عند حاجتهما للائتمان؟

إن الإجابة على هذا التساؤل تقتضي منا معرفة كيفية حلول البنك محل البائع في شرط الاحتفاظ بالملكية:

عندما يقوم البائع ببيع المبيع إلى المشتري، مع الاحتفاظ بملكيته، ويقوم المشتري عند حاجته إلى تسديد الثمن بالاقتراض من البنك، ومقابل ذلك يطلب الحلول محل البائع في شرط الاحتفاظ بالملكية كضمان، فوجود الشرط بين البائع والمشتري ضروري لإمكان الحلول¹.

هذا وإن القانون المدني ينظم نوعين من الحلول، أحدهما يكون عن طريق الحلول بواسطة الدائن أي أن الدائن يتفق مع الموفي على أن يحل محله في حقوقه بضمانته قبل المدين ولا يشترط أن يقبل هذا الأخير ذلك، مع الإشارة إلى أنه يجب أن لا يتأخر هذا الاتفاق عن وقت الوفاء، وهذا ما جاءت به المادة 262 من القانون المدني بنصها: (يتفق الدائن الذي استوفى حقه من غير المدين مع هذا الغير على أن يحل محله ولو لم يقبل المدين ذلك. ولا يصح أن يتأخر هذا الاتفاق عن وقت الوفاء)

أما الطريق الثاني للحلول، فيكون بواسطة المدين، فإذا اقترض هذا الأخير مالا من أجل الوفاء بالمدين، فإن المقرض يحل محل الدائن الذي استوفى حقه، بغض النظر عن رضا هذا الدائن، ويجب أن يكون المال المقترض مخصصا لهذا الوفاء، ويجب أن يذكر ذلك في عقد القرض. وعند المخالصة يجب بيان أن الوفاء كان من هذا المال المقترض. وهذا ما جاءت به المادة 263 من (ق.م.ج) بنصها: (يجوز أيضا للمدين إذا اقترض مالا وفى به الدين أن يحل المقرض محل الدائن الذي استوفى حقه ولو دون رضا هذا الأخير على أن يذكر في عقد القرض أن المال قد خصص للوفاء وفي المخالصة أن الوفاء

¹ - Michel Mathieu, L'exploitant bancaire et le risque crédit, La Revue Banque éditeur, 1995, p 252.

كان من هذا المال الذي أقرضه الدائن الجديد)، وعليه فإن للبنك الذي يوفى للبائع ثمن المبيع، أن يحل محله في شرط الاحتفاظ بالملكية، ويمكنه أن يحل محله في حقوقه قبل المشتري ودائنيه، وأن يطلب استرداد المبيع في حالة عدم استيفائه لحقه، ذلك أن حلول البنك محل البائع لا يتعلق فقط بالحق وتوابعه ولكن يشمل كل الحقوق المرتبطة به ومن ذلك حق الملكية الذي يحتفظ به البائع في عقد البيع، فالملكية لم يتم الاحتفاظ بها لذاتها ولكن على سبيل الضمان للحق في الثمن ، وبالتالي فمن الطبيعي أن ينتقل هذا الضمان إلى البنك.

ولقد قررت محكمة النقض الفرنسية في حكمين لها في مارس 1988¹، إمكانية هذا الانتقال عن طريق الحلول. فالشخص الذي يحل محل الدائن يمكنه استخدام كل الدعاوى المقررة له والمرتبطة بهذا الحق قبل الوفاء به.

إن وقائع الحكم الثاني تتعلق بقرض خصص لدفع جزء من ثمن شراء سيارتين. حل المقرض (البنك) محل البائع في كل حقوقه ودعاواه قبل المشتري بما في ذلك دعوى الاسترداد المستندة إلى شرط الاحتفاظ بالملكية.

طعن وكيل التفليسة بالنقض في حكم محكمة الاستئناف الذي قضى بصحة الحلول، واستند في ذلك إلى أن تأمين المقرض للثمن أدى إلى نقل ملكية السيارتين إلى المشتري وليس للمقرض، ومن ثم ليس لهذا الأخير أن يطالب باستردادها، إضافة إلى أن المقرض لم يدفع سوى جزء من الثمن، ومن ثم ليس له أن يستفيد من شرط الاحتفاظ بالملكية.

ورفضت محكمة النقض هذا الطعن مقررّة أن هذا المقرض حل محل البائع في حقوقه ودعاواه قبل المشتري بما في ذلك دعوى الاسترداد، ونظرا لأن الاسترداد يتعلق بشيء معين بالذات فإن الالتزام بالرد لا يقبل التجزئة ومن ثم فإن القضاء برد السيارتين للمقرض يكون صحيحا .

¹ - Peltier frédéric, Introduction au droit de crédit, La Revue Banque éditeur, 2^{ème} édition , 1988, p 43.

هذا ويمكن أن يتم الانتقال إضافة إلى الحلول عن طريق حوالة الحق فبالرجوع إلى نص المادة 243 من ق.م.ج التي تنص (تشمل حوالة الحق ضماناته كالكفالة، والامتياز والرهن، ورهن الحيازة، كما تشمل ما حل من أقساط) فما دام النص لم يحدد الضمانات على سبيل الحصر، فإنه يمكن اعتبار شرط الاحتفاظ بالملكية ضمانه مقرر للوفاء بالحق بالثمن.

هذا وإن المادة 264 من القانون المدني قد نصت على (من حل محل الدائن قانونا أو اتفاقا كان له حقه بما لهذا الحق من خصائص وما يلحقه من توابع ، وما يكفله من تأمينات وما يرد عليه من دفعات ويكون هذا الحل بالقدر الذي أداه من ماله من حل محل الدائن)، وعليه يمكن اعتبار شرط الاحتفاظ بالملكية من توابع الحق في الثمن، ينتقل معه إلى البنك الذي يحل محل البائع ومما لا شك فيه أن هذا الضمان سيلعب دورا حاسما في مجال حماية الائتمان.

الفرع الثاني: فعالية شرط الاحتفاظ بالملكية كضمان في بعض العقود

لقد أدى استعمال حق الملكية بهدف الضمان، إلى إدخال هذه الضمانة ضمن تقنيات تعاقدية مختلفة، ذلك أن إدراج هذا الشرط لم يعد مقتصر على عقد البيع في صورته العادية، إذ أن العوامل الاقتصادية أدت إلى ظهور أنواع جديدة من العقود يصعب إدراجها ضمن طائفة العقود التي نظمها المشرع المدني.

من هذه العقود التي أصبحت شائعة في وقتنا الحاضر، عقد القرض الإيجاري وعقد البيع الإيجاري. وما يميز هذه العقود هو أن المورد فيها يبحث عن ضمان سهل وبسيط وقوي في نفس الوقت فكان أن تم توظيف شرط الاحتفاظ بالملكية كوسيلة ضمان ولكن التساؤل الذي يطرح، هل هذا الضمان يحقق الحماية المبتغاة منه، وبعبارة أخرى إلى أي مدى تظهر فعالية شرط الاحتفاظ بالملكية في هذه العقود؟ إن الإجابة عن هذا التساؤل، تقتضي منا دراسة فعالية شرط الاحتفاظ بالملكية في عقد البيع الإيجاري (أولا) وكذا فعاليته في عقد الاعتماد الإيجاري (ثانيا).

أولاً: فعالية شرط الاحتفاظ بالملكية في عقد البيع الإيجاري

ولقد نظم المشرع الجزائري البيع الإيجاري بموجب المرسوم التنفيذي¹ رقم 97-35 الذي يحدد شروط وكيفيات بيع الأملاك ذات الاستعمال السكني وإيجارها وبيعها بالإيجار وكذا المرسوم التنفيذي رقم 01-105 المؤرخ في 21 إبريل 2001، المحدد لشروط شراء المساكن المنجزة بأموال عمومية في إطار البيع بالإيجار وكيفيات ذلك. جاء في المادة السابعة من المرسوم الأول أن: "عقد البيع بالإيجار المنصوص عليه أعلاه، هو العقد الذي يلتزم بموجبه ديوان الترقية والتسيير العقاري باعتباره المالك المؤجر أن يحول ملكاً عقارياً إذا استعمال سكني لأي مشترٍ إثر فترة تحدد باتفاق مشترك، وحسب شروط هذا المرسوم، يحرر العقد حسب الشكل الرسمي ويخضع لإجراءات التسجيل والإشهار وفقاً للتشريع والتنظيم المعمول بهما. وخلال الفترة المتفق عليها يحتفظ ديوان الترقية والتسيير العقاري، بصفته مالك العقار، بكل حقوقه والتزاماته، أما المستأجر المشتري فيحتفظ بكل الالتزامات المرتبطة بالمستأجرين، لا سيما في مجال الأعباء المشتركة".

من خلال هذه المادة نلاحظ أن المشرع عرف عقد البيع الإيجاري. والذي يعتبر بيعاً بمقتضاه يؤجل نقل الملكية خلال مدة معينة، وفي أثناء هذه المدة يوجد إيجار بين البائع المؤجر والمشتري المستأجر، كما أقر بالاحتفاظ المؤجر بملكية العين طيلة الفترة المتفق عليها.

إن احتفاظ البائع المؤجر بالملكية يحقق ضماناً هاماً لهذا الأخير، ذلك أن هذا الوصف يمنع المشتري المستأجر من التصرف في العين قبل الوفاء بالثمن المؤجل أو الأقساط المتفق عليها، إذ نصت المادة 21 من المرسوم التنفيذي رقم 01-105 على أنه لا يمكن للمستفيد من البيع بالإيجار أن يتنازل عن مسكنه قبل نقل الملكية بصفة شرعية لفائدته. وعليه إذا خالف هذا الحظر اعتبر تصرفه خيانة أمانة يقع تحت طائلة قانون العقوبات، وتوقع عليه عقوبة التبريد، ذلك أن عقد الإيجار من عقود الأمانة، كما أن البائع باحتفاظه بالملكية يتمكن من استرداد ملكه من الطرف الآخر عند عدم وفائه بأقساط الثمن، ويستطيع المؤجر التمسك بحقه كمالك وأن يتذرع بما يخوله له من ميزة التقدم والتبعية لكي يحول دون تنفيذ دائني الطرف الآخر على العين واستردادها من التفليسة، وهو يأمن بذلك من إفلاس المشتري قبل الوفاء بالثمن،²

¹ - ج. ر.، عدد 4 مؤرخة في 6 رمضان 1417 هجري الموافق لـ 15 يناير 1997.

² - Planiol et Ripert, Traité pratique de droit civil, 2ème éd., n° 17; Douai, 30 juill. 1987, Rev. Proc. coll., p. 304.

مرجع مشار إليه عند: شرابن حمزة، الملكية كوسيلة لدعم الائتمان، دار هومة، الجزائر، 2011، ص 109.

كما يمكن للمؤجر أن يتتبع العين في يد أي شخص كان.

وعليه يعد البيع الإيجاري وسيلة اتفاقية هامة لضمان حق البائع في استيفاء الثمن نظرا لما يلعبه الاحتفاظ بالملكية من دور هام في مجال الضمان.

ثانيا: فعالية شرط الاحتفاظ بالملكية كضمان في عقد الاعتماد الإيجاري

لقد نظم المشرع الجزائري عقد الاعتماد الإيجاري مثلما سبق بيانه ضمن الأمر رقم 96-09 المؤرخ في 10 يناير 1996، وقد احتل هذا العقد مكانة مرموقة في الأسواق المالية لإمداد المشروعات الصناعية والتجارية بالتجهيزات والأدوات اللازمة.¹

وعند نهاية مدة هذا العقد يكون أمام المستأجر خيار من الخيارات التالية:

1- شراء الشيء بقيمته عند مباشرة هذا الخيار.

2 - الاكتفاء بالانتفاع عند نهاية هذه المدة، ويعيد الشيء للبنك الذي يبيعه أو يؤجره لشخص آخر.

3- أن يطلب تجديد الإيجار مدة أخرى تكون عادة بأجرة أقل.

وبالرجوع إلى المادة 19 من الأمر المشار إليه آنفا والتي تنص (يبقى المؤجر صاحب ملكية الأصل المؤجر خلال كل مدة عقد الاعتماد الإيجاري إلى غاية تحقيق شراء المستأجر لهذا الأصل، في حالة ما إذا قرر هذا الأخير حق الخيار عند انقضاء فترة الإيجار غير القابلة للإلغاء).

وبالتالي نجد أن المؤجر يستفيد بكل الحقوق القانونية المرتبطة بحق الملكية ويقوم بكل الالتزامات - القانونية الملقاة على عاتق صاحب الملكية وفقا للشروط والحدود الواردة في عقد الاعتماد الإيجاري، لاسيما تلك المنشئة للبنود التي تعفي صاحب الملكية من المسؤولية المدنية.

ونلاحظ أن المشرع أحاط المؤجر بامتياز هام، إذ يبقى صاحب ملكية الأصل المؤجر خلال كل

¹ - Stéphane piedelièvre, Les sûretés, Armand Colin, 2004, p 193.

الفصل الثاني: آلية الاحتفاظ بالملكية كإحدى مظاهر الخصوصية في عقد الاعتماد الإيجاري للمنقولات

مدة عقد الاعتماد الإيجاري وإلى غاية تحقق شراء المستأجر لهذا الأصل باستعمال حقه في خيار الشراء عند انتهاء مدة الإيجار، وبالتالي يستفيد البنك من كل الحقوق المرتبطة بحق الملكية.¹

وله الحق عند عدم دفع المستأجر لقسط واحد من الإيجار، وبعد إشعار مسبق أو اعدار لمدة 15 يوما كاملة، أن يضع حدا لحق المستأجر في الانتفاع بالأصل المؤجر واسترجاعه بالتراضي أو عن طريق مجرد أمر غير قابل للاستئناف يصدر بذيل عريضة عن رئيس المحكمة التي يقع بدائرة اختصاصها مكان إقامة المؤجر.

ويمكن للمؤجر بعد استرجاع الأصل، أن يتصرف فيه عن طريق التأجير أو البيع أو عن طريق أية وسيلة قانونية أخرى لنقل الملكية، وهذا ما جاءت به المادة 20 من الأمر 96-09 المتعلق بالاعتماد الإيجاري والتي تنص على أنه: (يمكن المؤجر، طوال مدة عقد الاعتماد الإيجاري وبعد إشعار مسبق و/أو إعدار لمدة خمسة عشر (15) يوما كاملة، أن يضع حدا لحق المستأجر في الانتفاع بالأصل المؤجر واسترجاعه بالتراضي أو عن طريق مجرد أمر غير قابل للاستئناف يصدر بذيل العريضة عن رئيس محكمة مكان إقامة المؤجر، وذلك في حالة عدم دفع المستأجر قسطا واحدا من الإيجار، وفي هذه الحالة، يمكن المؤجر أن يتصرف في الأصل المسترجع، عن طريق تأجير أو بيع أو رهن الحيازة أو عن طريق أية وسيلة قانونية أخرى لنقل الملكية، وبعد كل بند مخالف لعقد الاعتماد الإيجاري بندا غير محرر).

لا يمكن المستأجر أن يتمسك بعقد الاعتماد الإيجاري للاستفادة من مواصلة الإيجار وفقا للشروط المتفق عليها أوليا، إذا مارس المؤجر حقه في استرجاع الأصل.

المؤجر وفقا للشروط المحددة في الفقرة السابقة، ما عدا حالة وجود موافقة صريحة من المؤجر، ويشكل عدم دفع قسط واحد من الإيجار فسخا تعسفيا لهذا العقد).

وفي حالة إفلاس المستأجر، يكون لشركة الاعتماد الإيجاري امتياز قانوني تستطيع من خلاله أن

¹ - P. Calon, «La location de biens d'équipement ou le leasing », D. 1964, chron, p. 97 et s.

الفصل الثاني: آلية الاحتفاظ بالملكية كإحدى مظاهر الخصوصية في عقد الاعتماد الإيجاري للمنقولات

تتماز على الدائنين الآخرين للمستأجر، وذلك بعدم تمكينهم من متابعة الأصل المؤجر مهما كان وضعهم القانوني .

وعليه فإن شركة الاعتماد الإيجاري تتمتع بوصفها مالكة الأصل بمركز قانوني فريد، إذا ما قورن بأي مركز آخر ينشأ عن تقديم المستفيد لأي ضمانات عينية أخرى.

وفي الحقيقة إن فعالية هذا الضمان تظهر بشكل واضح من خلال تفادي الشركة لأية مزاحمة من قبل دائني المستفيد، إذ يستبعد هؤلاء بصفة مطلقة من التنفيذ على الأصل، حيث لا يملكه مدينهم بل تملكه شركة الاعتماد الإيجاري، وأخيرا تستطيع التصدي بفعالية لأي ادعاء من جانب الغير بحق على الأصل وبصفة خاصة لطلبات استرداده¹. ولذلك كله انعقد الإجماع في الفقه الفرنسي على أن الملكية تمثل الضمان الذي تتمتع به شركة الاعتماد الإيجاري، حيث أنها تمثل الضمان الجوهري ضد مخاطر إعسار المستفيد وإخلاله بالتزامه بالوفاء بالأجرة².

وأهم ما يتميز به الضمان المتقدم هو عدم انفصاله عن الاتفاق الأصلي بالتمويل، إذ لا ينشأ عن عمل إرادي يكون تابعا لهذا الاتفاق، وإنما هو عنصر جوهري في عقد الاعتماد الإيجاري، ونظرا للأهمية البالغة للملكية بالنسبة إلى شركة التأجير يعتبر البعض الملكية بمثابة حجر الزاوية في عقد التمويل بالاعتماد الإيجاري³ بل أنه لو لا بقاء الشركة الممولة مالكة للأصل لما أقحمت نفسها في دائرة الائتمان.

وعليه نلاحظ أن الملكية تلعب دورا⁴ هاما في عقد الاعتماد الإيجاري للمنقولات، وهذا ما سنزيد تفصيله في ما تبقى من هذا البحث.

¹ - نصت المادة 22 من الأمر 09/96 المتعلق بالاعتماد الإيجاري على أنه : (في حالة عدم قدرة المستأجر على الوفاء، تم إثباتها قانونا من خلال عدم دفع قسط واحد من الإيجار . أو في حالة حل بالتراضي أو قضائي أو تسوية قضائية أو إفلاس المستأجر. لا يخضع الأصل المؤجر لأية متابعة من دائني المستأجر العاديين أو الامتيازيين مهما كان وضعهم القانوني وصفتهم . سواء أخذوا بعين الاعتبار بصفة فردية أو على شكل كتلة في إطار إجراء قضائي جماعي).

² - هاني محمد دويدار. النظام القانوني للتأجير التمويلي، المرجع السابق، ص 106.

³ - الموضوع نفسه.

⁴ - D. Legeais, «Les nouvelles fonctions de la propriété», Travaux de l'association Henri Capitant, La propriété L III, éd. Société de législation comparée, 2006; Th. Charles, «Clause de réserve de propriété ou mythe de Sisyphe», RLDC, 2008, n° 52.

المبحث الثاني

الجوانب العينية المتعلقة بحق ملكية المؤجر وشرط الاحتفاظ بها

تبدو الحقوق العينية لشركة الاعتماد الإيجاري في الاحتفاظ بحق الملكية على الأصول المنقولة المؤجرة والاحتجاج بها على جماعة دائي المستفيد المستأجر، الذي يظهر وكأنه المالك الحقيقي للمنقولات المؤجرة تمويلياً، وبالمقابل تبدو حقوق المستأجر في تمكينه من حق استعمال الأدوات والمعدات واستغلالها اقتصادياً فيما أعدت له، والحصول على منافعها، والمردود الربحي من وراء هذا الاستغلال، وبالمقابل تبدو حقوق الغير في التأمينات العينية التي يمكن أن يرتبها المؤجر أو المستأجر على الأصول المؤجرة، وبذلك قد تتشابك العلاقات داخل عقد الاعتماد الإيجاري في هذه الحالة الأخيرة، كأن يقوم المؤجر بشراء الأصول محل العقد، ولا يسدد ثمنها للبائع، ويتفق على احتفاظ هذا الأخير بملكية الأصول حتى يوفي المشتري المؤجر بكامل ثمنها.

ومن هنا تبدو أهمية التساؤل حول الجوانب العينية المتعلقة بملكية المؤجر للمنقولات وشرط الاحتفاظ بها في إطار عقد الاعتماد الإيجاري وبعد ذلك نعرض للفرض الممكن في حالة تضمن عقد البيع المرتبط بالاعتماد الإيجاري لشرط احتفاظ بالملكية لمصلحة البائع أو المورد، وعلى هذا نقسم هذا المبحث إلى المطلبين التاليين:

المطلب الأول: الحقوق العينية في إطار عقد الاعتماد الإيجاري للمنقولات

المطلب الثاني: شرط الاحتفاظ بالملكية وعقد البيع المرتبط بعملية الاعتماد الإيجاري للمنقولات

المطلب الاول

الحقوق العينية في إطار عقد الاعتماد الإيجاري للمنقولات

يعبر الحق العيني عن: " سلطة يعطيها القانون لشخص على شيء معين، يخول الشخص بمقتضاها حقوقا معينة على هذا الشيء".¹ فهو الاستئثار بالحق من قبل شخص ما ومحل هذا الاستئثار شيء من الأشياء، ولا يحتاج الشخص في ممارسته لهذا الحق إلى وساطة شخص آخر. ويرد عقد الاعتماد الإيجاري على منقولات لها قيمة اقتصادية ومالية كالمعدات الانتاجية وبعض وسائل النقل أو المواصلات، وتلعب الملكية داخل هذا العقد دورا تأمينيا، تحصل من خلاله شركة الاعتماد الإيجاري المؤجرة على أموالها المستثمرة في هذا النشاط؛ وتكفي بدورها التمويلي، أو وساطتها المالية بين من يريد استعمال أصول انتاجية معينة، ومن يريد بيعها. وتثبت لها الملكية عادة منذ إبرام عقد البيع المرتبط بعقد الاعتماد الإيجاري، وتظل مالكة للأصول المؤجرة طوال مدة هذا العقد الأخير وحتى انقضائه، ودون حاجة المؤسسة المالية لاشتراط الاحتفاظ بالملكية، وهو ما يميز هذا العقد عن غيره من العقود التي تتشابه معه ظاهريا، كالبيع بالتقسيط، والقرض، أو غيرها.

وهذا الضمان المتمثل في حق الملكية الثابت للشركة المؤجرة يكفل لها استرداد الأصول المنقولة المؤجرة من تفليسة المستأجر، حيث تتميز بمركز قانوني فريد، بل إنه أكثر فعالية من مركز الدائن المرتهن.² وبالتالي يلزم بيان نطاق الحماية المكفولة لحق الملكية باعتبارها ضمانا للشركة المؤجرة وهذا ما سنتناوله في فرع أول.

ويتمتع المشروع المستأجر بحق استغلال الأصول المؤجرة والحصول على مردودها الربحي، وقد يتحول هذا الحق لحق ملكية عند نهاية عقد الاعتماد الإيجاري؛ إذا أبدى المستأجر رغبته في ذلك، وبمقتضى الوعد المنفرد بالبيع، والملزِم لجانب واحد هو الشركة المؤجرة، وهذا الحق المكفول للمستأجر، قد يتعرض للمنازعة من جانب دائني الشركة المؤجرة، ونحتاج لبيان نطاق الحماية المكفولة للمشروع المستأجر والمجال الذي يتم في إطاره حماية هذا الحق، وهو ما سنتناوله في فرع ثان:

¹ - راجع: د\ عبد الرزاق السنهوري، نظرية العقد، دار الفكر، بيروت، دون تاريخ النشر، ص 3 وما بعدها.

² - J. Calais- Auloy, ³rt. préc p. 10. 134.

الفرع الأول: نطاق الحماية المكفول لحق ملكية المؤجر في عقد الاعتماد الإيجاري

للمنقولات

يتمثل حق الملكية في سلطة لشخص، تنصب مباشرة على شيء مادي معين؛ لتحويل لهذا الشخص الحصول على منافع الشيء كلها أو بعضها، وهو من الحقوق العينية الأصلية، التي تقصد لذاتها وتقوم مستقلة، ولا يتوقف وجودها أو التمتع بها على وجود حق آخر.¹ وحق الملكية من أقوى الحقوق العينية على الإطلاق، فهو الحق الذي يخول لصاحبه سلطات كثيرة، بل كافة السلطات على الشيء من استعمال واستغلال وتصرف، وكل ذلك في حدود القانون، وهذا ما أكدته المادة 674 من التقنين المدني الجزائري بقولها: " الملكية هي حق التمتع والتصرف في الأشياء بشرط أن لا يستعمل استعمالا تحرمه القوانين والأنظمة".²

ويعد حق الملكية في إطار عقد الاعتماد الإيجاري للمنقولات وسيلة قانونية لحماية الدائنين من خطر إعسار أو إفلاس المدين، تتمثل في ضمان وارد على مال من الأموال المنقولة ليمنح الدائن حق التبع، والأفضلية على هذا المال.³

ويوصف عقد الاعتماد الإيجاري قانونا بأنه إيجار، وذلك بمقتضى المادة 7-313L⁴ من تقنين الصرف والمالية (سابقا المادة الأولى من القانون الفرنسي الصادر في 2 يوليو 1966)، وحق الملكية - الذي اكتسبته الشركة المؤجرة بموجب عقد البيع - يظل ثابتا لها حتى انقضاء عقد الاعتماد الإيجاري، أو استعمال المستأجر لخيار الشراء، وبناء على ذلك، لا يستطيع هذا الأخير إنشاء تأمينات ترد على المنقولات محل العقد لصالح دائنه (شركة الاعتماد الإيجاري)، فالمال محل التأمين ليس مملوكا له (المستأجر)،

¹ - أنظر: د\ نبيل إبراهيم سعد، الحقوق العينية الأصلية، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، 2006، ص 17 وما بعدها.

² - وانظر كذلك المادة 544 من التقنين المدني الفرنسي (ويقابها ايضا المادة 802 من القانون المدني المصري):

Article 544: « La propriété est le droit de jouir et disposer des choses de la manière la plus absolue, pourvu qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par les lois ou par les règlements. »

³ - M. Nozawa, art. préc., V. 53 n° 3, p.p. 657 et s.; E. M. Bey, Le crédit-bail envisagé comme une sûreté, in L'évolution du droit des sûretés, Rev. Jur. com, fèv.1982, pp. 48 et s.

⁴ - Article L313-7(Modifié par Loi n°2005-882 du 2 août 2005 - art. 27 JORF 3 août 2005) : « Les opérations de crédit-bail mentionnées par la présente sous-section sont :

1. Les opérations de location de biens d'équipement.... »

وهو نفس موقف المشرع الجزائري الوارد في نص المادة الأولى من الأمر رقم 96-09.

الفصل الثاني: آلية الاحتفاظ بالملكية كإحدى مظاهر الخصوصية في عقد الاعتماد الإيجاري للمنقولات

ونتيجة لذلك لا تعد الملكية قانونا -وفي إطار عقد الاعتماد الإيجاري- بالنسبة للمستأجر من التأمينات العينية، ولنفس السبب -عدم ملكية المستأجر للأموال- لا يمكن تشبيهه حق الملكية بحق الحبس أو الرهن الحيازي، أو حتى حق الامتياز.¹

ومع ذلك، وبالنظر إلى الطبيعة الاقتصادية لعقد الاعتماد الإيجاري، وكذلك بالنظر إلى الهدف الأساسي من وراء أي تأمين عيني، فإن ملكية الأصول المنقولة محل هذا العقد، تمثل بلا جدال ضمانا أو تأمينا ماليا ناقصا عبر عنه البعض² بأنه: " يعد نوعا من الاحتفاظ بالملكية، ليس لصالح البائع، وإنما لصالح المؤسسة المالية أو شركة الاعتماد الإيجاري التي تقدم أقساط الثمن إلى البائع."

وبصرف النظر عما قيل في وصف حق الملكية، فإن النظام القانوني المعمول به في جميع الدول التي يمارس فيها نشاط الاعتماد الإيجاري للمنقولات، يؤكد على تداخل العلاقات بين أطراف العملية في مجموعها العقدي، حيث يشارك المشروع المستأجر في عقد البيع -المرتبط بعقد الاعتماد الإيجاري- المبرم بين المشتري المؤجر والبائع، وذلك من خلال اختيار الأدوات واختيار موردها أو بائعها، وترتيب بعض الحقوق المرتبطة بهذه المشاركة للمستأجر في عقد البيع، ويؤكد أيضا على أن ملكية الشركة للمنقولات محل العملية، تعد منذ الضمانات الفعالة لحقوق الشركة المؤجرة، والتي عن طريقها تستطيع استرداد رؤوس أموالها المستثمرة، بما يحقق لها أمانا أفضل، وأكثر فعالية.³

ومن هنا نتساءل عن مصدر حق ملكية المؤجر على المنقولات محل عقد الاعتماد الإيجاري الذي حددناه قبل ذلك (أولا)، ثم عن الاحتجاج بحق الملكية في مواجهة الغير (ثانيا)، وذلك على النحو التالي:

¹ - د\ السيد عبد المنعم حافظ السيد، عقد التأجير التمويلي الدولي، دار الفكر الجامعي، مصر، 2010، ص 334.

² - « ... car le crédit-bail, à tout prendre, est une sorte de réserve de propriété, non pas au profit du vendeur mais au profit de l'établissement financier qui fait l'avance du prix versé au vendeur. » V. R. Houin, art. préc., Doc. 2978, n° 5.

³ - E. M. Bey, " Le crédit-bail envisagé ", Art. Préc.. p. 51, n° 8 ; Ch. Gavalda et J. Stofflet, op. cit. , p. 251, n° 505 " ... les avantages en sont aussi clairs pour les bailleurs, sociétés financières ou banques, qui y trouvent une garantie naturelle très efficace..." ; et au même sens V. M. Boutelet- Blocaille, Droit du crédit, 2^{ème} éd. Masson, Paris, 1995, p. 116 " ... La société de crédit-bail a une excellente garantie, la propriété de la chose."

أولاً: انتقال ملكية الأصول المنقولة إلى المؤجر كأثر لإبرام عقد البيع:

يعتبر عقد الاعتماد الإيجاري من العمليات القانونية المركبة ، حيث يتضمن عدة عمليات أو اتفاقات قانونية تقليدية (كما سبق بيانه في الفصل الأول)، تتكامل وتتناسق فيما بينها لتنتج هذا النظام القانوني الجديد، وتمثل هذه العمليات جميعها وحدة قانونية مستقلة، ومتميزة عن المجموع العقدي الذي تتكون منه، حيث يتضمن بداخله النظام القانوني لعقد الإيجار، الذي يمثل جوهر العقد، وأساسه الذي يستند إليه، وهو المسيطر على طبيعة العلاقة بين الشركة المؤجرة والمشروع المستأجر، وعادة ما يسبق إبرام عقد الاعتماد الإيجاري، إبرام عقد آخر هو البيع المرتبط بالعقد الأول، والذي يتم من خلاله شراء الأصول أو التجهيزات، ووضعها تحت تصرف المستفيد في عقد الاعتماد الإيجاري، ومن مجموع العمليتين ... وغيرهما، يتكون المجموع العقدي، الذي تتمثل أهم عناصره في عقدي البيع والاعتماد الإيجاري.

ومن المعروف أن عقد البيع من العقود الناقلة للملكية فهو عقد يلتزم بمقتضاه البائع أن ينقل للمشتري ملكية شيء أو حقا ماليا آخر مقابل ثمن نقدي.¹ وفيما يتعلق بانتقال الملكية للمشتري (المؤجر في عقد البيع المرتبط بعقد الاعتماد الإيجاري) كأثر من أهم الآثار المتعلقة بعقد البيع.

ثانياً: الاحتجاج بحق الملكية على الغير

يقصد بحق الملكية في هذا الإطار الحق المكفول للشركة المؤجرة في ملكية الأصول المنقولة محل عقد الاعتماد الإيجاري، لأن هذا العقد الأخير لا يعد من حيث المبدأ من العقود الناقلة للملكية، فهذه الأخيرة تظل ثابتة للشركة المؤجرة، منذ إبرامها لعقد البيع، وتمكين المستأجر من الانتفاع بالمنقول المؤجر بمقتضى العقد، وحتى انقضاء هذا الأخير، والتمكين من الإنتفاع بالمال المؤجر يجعل الحيابة تنتقل للمستفيد، ويبدو هذا الأخير وكأنه مالك للأموال محل العقد؛ ولذا تعد الملكية ضمانا ذاتيا وفعالاً لاستيفاء رؤوس الأموال المستثمرة في نشاط الاعتماد الإيجاري، ويتم من خلالها حماية الشركة أو المؤسسة المالية من مخاطر إفلاس أو إعسار المستأجر، ومن كل اعتداء يمكن أن يؤدي الى فقدانها للأموال المستثمرة، وهذا الاعتداء يتمثل في :

¹ - راجع المادة 351 من التقنين المدني الجزائري (يقابلها المادة 418 من القانون المدني المصري، والمادة 1582 من التقنين الفرنسي).

- بعض التصرفات التي يمكن أن يجربها المشروع المستأجر في المنقول المؤجر: كبيعته لشخص حسن النية يحتج في مواجهة المؤسسة المالية المؤجرة بقاعدة الحيادة في المنقول سند الملكية، أو هبته، وإلى غير ذلك من التصرفات....
- تعرض المشروع المستأجر للإفلاس، وما ينتج عنه من مطالبات للغير - وهم دائنوا المستأجر التمويلي المفلس - تتعارض مع حق الملكية الثابت للمؤسسة المالية المؤجرة. (وهذا هو موضوع الباب الثاني من هذا البحث)

ولقيام الملكية بوظيفتها المتمثلة في كونها ضمانا ذاتيا¹ يتطلب تأكيد هذا الدور التأميني، وحمايتها من الاعتداء أو المساس، وبصفة خاصة، في إطار عقد الاعتماد التجاري للمنقولات؛ الذي يرد على أموال في حالة حركة وانتقال دائمين، ولذا تتطلب جل التشريعات إشهار عمليات الاعتماد التجاري الواردة على منقولات مادية حتى تكون نافذة في مواجهة الغير.² (وهذا ما سنتناوله في الفصل الثاني من الباب الثاني من هذا البحث.)

الفرع الثاني: حق الاستغلال الاقتصادي للأصول المنقولة المؤجرة وحمايته

نتعرض في هذا الفرع لحق الانتفاع أو الاستغلال الاقتصادي للأصول المنقولة المؤجرة، وهو الحق المكفول للمشروع المستأجر، الذي يطلق عليه مصطلح: الملكية الاقتصادية في مقابل ما يعرف بحق الملكية القانونية لشركة التاجير:

¹ - F E. Klein, « La reconnaissance en droit international privé helvétique des sûretés réelles sans dépossession constituées à l'étranger, Rev. Crit, DIP. 1979, pp. 509 et s., spéc. P. 521, n° 6.

² - إذ يرتبط بحماية حق الملكية وفعاليتها مسألة في غاية الأهمية، تتعلق بشهر عقد الاعتماد التجاري، فالشهر وإن كان ليس وسيلة للإثبات، والعقد ثابت ونافذ فيما بين المتعاقدين بمجرد التراضي على إبرامه، إلا أنه لا يحتج به في مواجهة الغير؛ إلا بشهر واحترام القواعد المنصوص عليها في القانون، ولذا فإن الحصول على أفضل حماية لحقوق الشركة المؤجرة -عموما- ولحق الملكية -بصفة خاصة- وحتى تستطيع الشركة المؤجرة الاحتجاج بتلك الحقوق على الغير (الحائز أو المتصرف إليه حسني النية ودائني المشروع المستأجر عموما)، يجب عليها احترام قواعد وطرق الشهر المنصوص عليها. ويقصد بطرق الشهر تلك الأشكال التي يتم استيفاؤها عادة، بعد إبرام العقد والتراضي عليه، فعقد الاعتماد التجاري ليس من العقود الشكلية وإنما من العقود الرضائية، التي لا يتطلب إبرامها اتخاذ شكل معين، وإنما يعد إجراء الشهر أو القيد من الإجراءات التي يقصد من ورائها إعلام الغير بوجود العقد ومن ثمة نفاذه في حقهم.

أولاً: المقصود بحق الاستغلال الاقتصادي الثابت للمشروع المستأجر:

يعد حق الملكية -والذي يتفرع عنه باقي الحقوق العينية- باعتباره أقوى الحقوق العينية الأصلية، من حيث تحويل صاحبه أوسع الإمكانيات القانونية على الشيء من استعمال واستغلال وتصرف¹، يثبت للشركة المؤجرة بمقتضى عقد البيع المرتبط بعقد الاعتماد الإيجاري، والمبرم بينها وبين البائع. أما حق الاستغلال الاقتصادي فإنه يثبت للمستأجر بمقتضى عقد الاعتماد الإيجاري المبرم بينه وبين الشركة المؤجرة، والذي يتم عن طريقه تحويل المستأجر حق استعمال الشيء واستغلاله فيما أعد له، والحصول على الفوائد الاقتصادية من وراء هذا الاستغلال؛ فمن المقرر قانوناً أن مالك الشيء يستطيع أن يتيح أحد عناصر ملكيته لشخص آخر، بل وله أن يتخلى عن حيازة المنقول واستعماله لشخص آخر، وهذا ما يتم تمكين المشروع المستأجر منه في إطار العلاقة التعاقدية بينه وبين الشركة المؤجرة بحيث تكون السطيرة المادة "Détention" على المنقول للمستأجر.

وإذا نظرنا إلى عقد الاعتماد الإيجاري للمنقولات، نجد أن الهدف الرئيسي من إبرامه بالنسبة للمستأجر، هو الحصول على منافع الأصول المنقولة المؤجرة ومردودها الربحي، دون تحمل ثمن شرائها في الحال، وهو ما يتحقق له من خلال حق الاستغلال الفعلي، فقد قيل بأن الثروة تتمثل في استعمال الشيء واستغلاله والحصول على منفعه وليس في تملكه، وحيازة المستأجر للأصول أو التجهيزات محل العقد يكون سندها القانوني هو العلاقة الإيجارية، أي تكون الحيازة على سبيل الإيجار، حيث تظل الملكية ثابتة للمؤسسة المالية المؤجرة؛ وبناء على ذلك لا يستطيع المستأجر التخلي عن هذه الحيازة إلى الغير إلا إذا قبل المؤجر -بطبيعة الحال- هذا التخلي وأجازته، أو ترتيب أي حق عيني عليها؛ وتعد كافة التصرفات التي تمس حق الملكية الثابتة للمؤجر تصرفات باطلة.

وإذا كانت الحيازة "La possession" سلطة أو سيطرة فعلية على شيء مادي مما يجوز التعامل فيه والظهور عليه بمظهر المالك أو صاحب حق عيني آخر،² سواء أكانت هذه السيطرة أو السلطة تمتد

¹ - حول عناصر الملكية راجع، د\ عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، الجزء الثامن، المرجع السابق، ص 496 وما بعدها، بند 298 وما بعده.

² - انظر في الحيازة وحمايتها المواد 808 وما بعدها من التقنين المدني الجزائري؛ وانظر:

د\ عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، الجزء التاسع، المجلد الأول، دار النهضة العربية، القاهرة، ط. 2، 1992، ص 9؛ د\ نبيل إبراهيم سعد، الحقوق العينية الأصلية، المرجع السابق، ص 398.

الفصل الثاني: آلية الاحتفاظ بالملكية كإحدى مظاهر الخصوصية في عقد الاعتماد الإيجاري للمنقولات

إلى الشيء بكل منافعه ومظاهره، أم كانت تقتصر على بعضها، وذلك بنية مباشرة أو اكتساب حق من الحقوق عليه، فهي واقعة مادية بسيطة من شأنها أن تنتج آثارا قانونية، وإذا كانت تلك الحيازة تتكون من عنصرين -أحدهما مادي يتمثل في مجموعة الأعمال المادية التي يقوم بها الحائر باستعمال الشيء-، والآخر معنوي يتمثل في نية التملك؛¹ فيبدو أن حيازة المشروع المستأجر عبارة عن حيازة مادية محضة يقوم من خلالها باستغلال الأصول المنقولة المؤجرة، وهي حيازة عرضية لا يتوافر فيها العنصر المعنوي.

وانطلاقا مما تقدم يعد عقد الاعتماد الإيجاري للمنقولات، من العقود التي تدور حول حق الملكية الثابت لشخص (وهو الشركة المؤجرة)، ويتم استغلاله من الناحية الاقتصادية من قبل شخص آخر (وهو المشروع المستأجر)، فهناك انفصال بين شخص المنتفع بالشيء وشخص مالكة، وفي إطار هذا العقد لم يعد الأمر متوقفا على محض تمكين المستأجر من الانتفاع بالمنقول المؤجر -كما في عقد الإيجار التقليدي-، أو حتى تقرير حق عيني لهذا المستأجر بالانتفاع أو بالاستعمال، وإنما تجاوز الأمر ذلك إلى إنشاء ما يسمى "حق الاستغلال الاقتصادي" الذي يعطي للمشروع المستأجر حق استغلال المنقول، بل واستنفاد طاقته الانتاجية، دون ارتباط بمشاركة حتمية في مشروع اقتصادي ما بينه وبين المالك الحقيقي للشيء (الشركة المؤجرة).

ومن هنا قيل²: إن عقد الاعتماد الإيجاري للمنقولات من العقود التي تنشئ حق الاستغلال الاقتصادي (أو الملكية الاقتصادية)، الذي يعد نوعا من الملكية تتميز عن الملكية القانونية التقليدية التي ينظمها القانون المدني، والتي تنشأ عن التملك وتنقضي بهلاك الشيء، ويمكن تعريفها بأنها ذلك الحق الذي يسمح لصاحبه باستنفاد مدة عمر الشيء التي يقدرها الطرفان لاستمراره نافعا. ومصدر الاستغلال الاقتصادي عقد الاعتماد الإيجاري، الذي تنشأ من خلاله وتنقضي بانقضائه، والذي يعد منشئا لتلك الملكية وليس ناقلا لها، فهي ملكية على عكس الملكية القانونية لا تتصف بالدوام، بل تأخذ شكلا مؤقتا، تتحدد مدته بالاتفاق بين الأطراف.

¹ - د/ السنهوري، المرجع السابق، ص 791 وما بعدها، بند 257 وما بعده.

² - انظر:

الفصل الثاني: آلية الاحتفاظ بالملكية كإحدى مظاهر الخصوصية في عقد الاعتماد الإيجاري للمنقولات

والاستغلال الاقتصادي، أو الملكية الاقتصادية، ملكية عقدية في الحدود التي تكون فيها لإرادة الأطراف الرغبة في تقييد مدتها في الزمن، فالأمر يتعلق بملكية مؤقتة، يتم فيها تقييد الامتيازات التي للمدين، لأجل رفعة واستعلاء الدائن باستمرار، فتقييد الاستغلال الاقتصادي أو الملكية الاقتصادية في الزمن وتحديداتها، محكوم بإرادة مطابقة مدتها بمدة العمر الاقتصادي الذي يظل فيها الأصل المنقول نافعا؛ ومن ثم فإن العقد يجب أن يؤدي إلى تمكين المستفيد من مدة استعمال للأصل تكون كافية، مقابل المبالغ المدفوعة لاقتناء هذا الأصل محل الاستعمال...، وهكذا يكون الاستغلال الاقتصادي مؤقتا، وانتهائه يتوقف على إرادة الأطراف، في حين أن انتهاء الملكية القانونية يتوحد مع فقدان الشيء الذي يكون محلها، لأنها في الأصل ملكية دائمة¹ أو خالدة، وخلودها من خلود الشيء محلها، أو باختصار مصيرها من مصيره، وإمكان جعل الملكية تنتهي عقديا قبل انتهائها ماديا هو الذي يفسر المخاطر التي تزخر بها الملكية الاقتصادية².

وحق الملكية الاقتصادية - في نظر القائلين به- يعد من الحقوق العينية التي يحتج بها في مواجهة الكافة؛ حيث قررت التشريعات الحديثة أن شهر عقد الاعتماد الإيجاري للمنقولات يكون من الإجراءات الخاصة بإعلام الغير بانتفاء الملكية القانونية للمنقول عن المستفيد من العقد وثبوت الملكية الاقتصادية لهذا

¹ - د\ عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، الجزء الثامن، المرجع السابق، ص 534 وما بعدها، بند 328، وما بعده.

² - د\ رياض فخري، الرسالة السابقة، ص 242.

وتعد كل من الملكية القانونية والملكية الاقتصادية - في رأي القائلين بهذا المصطلح- واردة على محل واحد، وفي نفس الوقت، هو الشيء محل عقد الاعتماد الإيجاري، على أن الثانية ماهي إلا نوع من الاستثناء الناتج عن نسبتها، مقارنة بصفة الإطلاق التي يحملها حق الملكية عموما. فالملكية القانونية هي سلطة مباشرة على شيء، وليست علاقة قانونية بين شخص وشيء ما، حيث يكون من الصعب تقبل مثل هذه العلاقة وتنظيمها قانونا، وتكون هذه الملكية من الحقوق العينية التي يكون لها حجية مطلقة في مواجهة الكافة، حيث تسمح بدفع كل اعتداء أو أدعاء من قبل هؤلاء الغير. وأما الملكية الاقتصادية بالعكس هي ملكية نسبية وليست مطلقة، حيث أن ملكية المدين فيها تصبح خاضعة للقيود التي تفرضها الملكية المرتبطة بالدائن، ومع ذلك تظل حقوق والتزامات المالك الاقتصادي (المشروع المستأجر) قابلة للاحتجاج بما على الغير، وهذا الطابع الذي تشاطر فيه الالتزامات أو الحقوق العينية، هو الذي يسمح بتكييفها بالملكية الاقتصادية.

وفي عقد الاعتماد الإيجاري للمنقولات تنحصر التزامات المؤجر في وضع المنقول تحت تصرف المشروع المستأجر، وهذا الوضع للشيء تحت تصرف الغير (غير المالك القانوني له)، يعد مرتبة وسطى بين الحيازة القانونية (التي يتوافر بشأنها العنصران المادي والمعنوي)، وبين الحيازة التي يتوافر فيها فقط العنصر المادي، ولذا فإن المشروع المستأجر لم يعد فقط مجرد دائن بتكليفه من الانتفاع بالمنقول، وإنما أصبح صاحب حق استغلال اقتصادي، يتمتع من خلاله بحق مباشر على الشيء، بموجبه يستطيع أن يستخلص لنفسه ما لهذا الشيء المنقول من فوائد اقتصادية منذ إبرام العقد، وحتى بلوغه منتهاه، انظر في ذلك بالتفصيل:

د/رياض فخري، عقد الإيجار التمويلي (الطبيعة القانونية والتوازن العقدي)، منشورات مجلة الحقوق المغربية، الإصدار الثالث، ط1، 2011، ص348.

الفصل الثاني: آلية الاحتفاظ بالملكية كإحدى مظاهر الخصوصية في عقد الاعتماد الإيجاري للمنقولات

الأخير، فهذه الإجراءات - كما سنرى في الباب الثاني من هذا البحث - ليست شرطا لانعقاد العقد. هذا عن المقصود بحق الاستغلال الاقتصادي - الانتفاع - الثابت للمشروع المستأجر، وتعرض فيما يلي لحماية هذا الحق:

ثانيا: حماية حق الاستغلال الاقتصادي الثابت للمستأجر

لأجل حماية حق الاستغلال الاقتصادي - المتمثل في حق الانتفاع بالأصول المنقولة - والثابت للمشروع المستأجر بمقتضى عقد الاعتماد الإيجاري للمنقولات، والذي يتم من خلاله منح المستأجر بعض الامتيازات، المتمثلة في إمكانية الاعتراف له ببعض الدعاوى التي تثبت للمالك، وبصفة خاصة تلك الدعاوى التي تحمي الحياة، وكذلك الدعاوى التي تثبت للشركة المؤجرة بصفتها مشتر في عقد البيع، وباعتبارها المالك الحقيقي للأصول المنقولة محل عقد الاعتماد الإيجاري، تجاه الغير (وهم دائنوا الشركة المؤجرة)، ولأنها قد تتنازل عن تلك السلطات المتمثلة في استعمال الشيء واستغلاله، مع التنازل كذلك عن وسائل الحماية المقررة قانونا لتلك السلطات.

ويرتبط كذلك بحماية حقوق المشروع المستأجر مسألة أخرى غاية في الأهمية، تتعلق بالحق المقرر للمشروع المستأجر في شراء المنقولات المؤجرة تمويليا عند نهاية العقد، فاستعمال حق أو خيار الشراء يعد هدفا تسعى إليه شركة الاعتماد الإيجاري، من خلال حث المشروع المستأجر على ممارسته عند نهاية مدة العقد.

وفيما يخص كل اعتداء يحدث على حقوق المشروع المستأجر، المكفولة عن طريق القانون، أو تلك التي يستمدّها من العقد مباشرة - وسواء فيما يتعلق بحق الاستغلال الاقتصادي (استعمال المنقولات والحصول على مردودها الربحي)، أو في ما يتعلق بخيار الشراء المعترف به للمشروع المستأجر، والذي عن طريقه يستطيع اكتساب ملكية المنقولات محل العقد، بمقتضى الوعد المنفرد الملزم لجانب واحد وهو شركة الاعتماد الإيجاري، فإن هناك جانبا¹ يؤكد أن تلك الحقوق تعد من الحقوق العينية، فالأمر يتعلق بحق عيني، لا سيما إذا كان الحق المكفول للمستأجر بشراء الأصول المنقولة المؤجرة، مضمونا بشهر عقد الاعتماد

¹ - I. Voulgaris, Le crédit-bail (Leasing) et les institutions analogues en droit international privé, Collected courses of the Hague Academy of International Law, Boston, 1996, p. 371, n° 58.

الفصل الثاني: آلية الاحتفاظ بالملكية كإحدى مظاهر الخصوصية في عقد الاعتماد الإيجاري للمنقولات

الإيجاري، ويحتج بحقوق المستأجر، ليس فقط على الشركة المؤجرة، ولكن كذلك على الغير (الذين اكتسبوا حقوقا على المنقولات المؤجرة، خصوصا، المتصرف اليهم في هذه المنقولات من جانب المؤسسة المالية المالكة لتلك الأموال محل عقد التأجير)؛ حيث تنتج تلك الحقوق مباشرة من القانون، ويستند هذا الجانب إلى الفقرة الأولى من المادة الأولى من القانون الفرنسي رقم 66-455 الصادر في 2 يوليو 1966، والتي تكفل للمشروع المستأجر حقا في خيار الشراء¹، وبذلك يكون صاحب حق امتياز من طبيعة عينية، وبالتالي تخضع حماية حقوق المشروع المستأجر، والشروط الواجب اتباعها لتحقيق هذه الحماية للقواعد المتعرف بها في القانون.

هذا عن حماية حقوق المشروع المستأجر في مواجهة الشركة المؤجرة أو في مواجهة الغير، وذلك في الأحوال العادية، التي لا يكون فيها المؤجر في حالة إفلاس.

وفي حالة إفلاسه، فإن الأمر لن يختلف اختلافا جوهريا، حيث يستطيع المشروع المستأجر أيضا، التمسك بحقوقه ضد جماعة دائني الشركة المؤجرة وبمقتضى القواعد المعمول بها في القانون، إلا أن الأمر هنا سيتوقف على استمرار ومواصلة عقد الاعتماد الإيجاري للمنقولات من جانب وكيل التفليسة "Syndic"، وهذا الاستمرار من عدمه يخضع لقانون الإفلاس، وإذا كان هذا القانون يقضي بفسخ العقد تبعا لإفلاس شركة الاعتماد الإيجاري؛ فإن حقوق المشروع المستأجر سوف تنقضي، نظرا لانقضاء العقد الذي كانت آثاره من آثاره، بخلاف حقوق المؤجر وخاصة حقه في ملكية المنقولات المؤجرة، الذي يوجد كأثر من آثار عقد البيع المرتبط بعقد الاعتماد الإيجاري، بينما تنتج حقوق المشروع المستأجر وتجد مصدرها في هذا العقد الأخير، ومن ثم يرتبط مصير تلك الحقوق، بمصير عقد الاعتماد الإيجاري.

ويبدو أنه وانطلاقا من ارتباط حقوق المشروع المستأجر بعقد الاعتماد الإيجاري، ودون الدخول في مناقشات تتعلق بمدى اعتبار حقوق المستأجر من الحقوق العينية أو من الحقوق الشخصية، فإن الجدل² الذي دار حول تلك المسائل يجد أساسه في الاعتقاد بأن حق الملكية يمكن تجزئته إلى حقوق عينية أخرى غير تلك الحقوق المنصوص عليها في كافة التشريعات الوطنية، ومن ثم اعتبار حق الاستغلال الاقتصادي

¹ - د\ السيد عبد المنعم حافظ السيد، عقد التأجير التمويلي الدولي، المرجع السابق، ص 326.

² - د\ نبيل إبراهيم سعد، الحقوق العينية الأصلية، المرجع السابق، ص 9 وما بعدها.

الفصل الثاني: آلية الاحتفاظ بالملكية كإحدى مظاهر الخصوصية في عقد الاعتماد الإيجاري للمنقولات

حقا عينيا جديدا، أنشاه الأطراف باتفاقهم، ومقتضى مبدأ الحرية التعاقدية، يتم من خلال هذا الحق الجديد، توزيع عناصر حق الملكية الثابت للمؤسسة المالية المؤجرة بينها وبين المستأجر التمويلي، بحيث يستحوذ الأول على عنصر التصرف، في حين يتنازل للثاني عن عنصري الاستعمال والإستغلال، وهذا هو المقصود بحق الاستغلال الاقتصادي.

ومع ذلك فإن هذا الاتجاه يصعب تقبله، لأن الملكية الاقتصادية التي يتحدثون عنها هي ملكية نظرية باعتراف القائلين بها، لم تجد مكانها في التطبيق الواقعي أو القضاء، بالإضافة إلى ورود الحقوق العينية في التشريعات الوطنية على سبيل الحصر، ومن ثم لا يمكن للإرادة الفردية أن تنشئ حقا عينيا جديدا، لم يرد به نص قانوني.

المطلب الثاني

شرط الاحتفاظ بالملكية وعقد البيع المرتبط بعملية الاعتماد الإيجاري للمنقولات

لا أحد ينكر الارتباط العضوي بين كل من عملية الاعتماد الإيجاري بالمعنى الواسع وعقد البيع، فهذا الأخير يعد حلقة مهمة وأساسية من حلقات وضع عقد الاعتماد الإيجاري موضع التنفيذ، حيث تتم عملية شراء الأصول المنقولة محل عقد البيع، لأجل تأجيرها تمويلا للمشروع المستفيد، وبناء على طلب هذا الأخير، لا لأن تحافظ عليها المؤسسة المالية المؤجرة، وتنتظر طلب استئجارها .

ومن هذا المنطلق، يعد كل من العقدين مرتبطين بالآخر، ويمكن في بعض الأحوال أن تتعدد العلاقات في إطار العملية العقدية في مجموعها، وتتشابك فيها العقود ويؤثر كل منها في الآخر ويتأثر به، وهذا ما يبدو من خلال الحالة التي تحصل فيها المؤسسة المالية المؤجرة على تسهيلات في سداد ثمن المنقولات محل عقد البيع، والتي سوف تكون محلا لعقد الاعتماد الإيجاري، فمن المعروف أن عقد البيع الوارد على المنقول ينعقد بمجرد التراضي بين البائع والمشتري، وبالتالي تنتقل ملكية المبيع إلى المشتري (المؤسسة المالية) بمجرد العقد، الذي يستطيع تأجيرها في إطار عقد الاعتماد الإيجاري، وفي إطار العلاقة بينه وبين البائع يتم الاتفاق على تأخير الثمن، من خلال وضع بند في عقد البيع يقضي بذلك، وهذا هو الشرط المعروف بشرط الاحتفاظ بالملكية، وليس هناك من شك في تأثر عقد الاعتماد الإيجاري بمثل هذا الشرط، حيث يثير شرط الاحتفاظ بالملكية بعض الصعوبات¹ في العلاقة بين البائع والمشتري، هذه الصعوبات تؤثر في حقوق المشروع المستأجر، التي تترتب على هذا العقد الأخير، وبصفة خاصة، عند إخلال المؤسسة المالية المؤجرة في عقد الاعتماد الإيجاري (المشتري في عقد البيع) بالتزامها الخاص بالوفاء بثمن الأصول المنقولة محل العقد،² أو في حالة إفلاس المؤسسة المالية، ومطالبة البائع باسترداد الأصول

¹ - « la relation entre l'établissement de crédit et le vendeur pose également une difficulté en ce qui concerne la clause de réserve de propriété du bien jusqu'au complet paiement du prix par l'établissement de crédit..la question de la réserve de propriété dans le crédit-bail se pose d'abord, au moment de la conclusion du contrat de vente initial unissant l'établissement de crédit au fournisseur-vendeur....» V. Diaka Aimé, op.cit., p. 38, marge n° 48 et p. 220, n° 225

² - فيكون بالتالي وعد المؤجر للمستأجر ببيع الأصول المنقولة محل العملية معلقا على انتقال ملكية هذه الأصول إليه مستقبلا من قبل البائع: V. Req., 2 mai 1947, D.P. 1.347.

الفصل الثاني: آلية الاحتفاظ بالملكية كإحدى مظاهر الخصوصية في عقد الاعتماد الإيجاري للمنقولات

محل العقدين، وإمكانية التمسك بشرط الاحتفاظ بالملكية في مواجهة جماعة الدائنين، و منهم المستأجر التمويلي، الذي يعد من الغير في هذه الحالة .

ونبين في إطار هذ المطلب مدى جواز النص على هذا الشرط في عقد البيع ومدى امكانية الاحتجاج به على المشروع المستأجر وذلك من خلال الفرعين التاليين :

الفرع الأول: مدى جواز النص على شرط الاحتفاظ بالملكية في عقد البيع المرتبط بعقد الاعتماد الإيجاري:

نحدد أولا المقصود بهذا الشرط في عقد البيع، ثم نعرض لإعماله في عملية الاعتماد الإيجاري للأصول المنقولة:

أولا : المقصود بشرط الاحتفاظ بالملكية في عقد البيع:

من الثابت أن عقد البيع من العقود الناقلة للملكية، والأصل أنه من العقود الفورية، إلا أن الحاجة إلى المعاملات، قد تضطر المشتري إلى إرجاء الوفاء بالثمن إلى وقت لاحق على إبرام عقد البيع، وفي هذه الحالة يشترط البائع عدم انتقال الملكية إلى المشتري إلا بعد سداد كامل الثمن، وهذا سواء تم تسليم المبيع للمشتري أم لا، فاحتفاظ البائع بالملكية يمثل في هذه الحالة ضمانا أو تأمينا لحين سداد المشتري للثمن، حيث يدفع عن البائع بعض المخاطر المتمثلة في إفلاس المشتري أو إعساره . ويعرف شرط الاحتفاظ بالملكية على النحو السابق بيانه في هذا الفصل بأنه: " اتفاق بمقتضاه يحتفظ البائع بملكية الشيء المبيع، ولو تم تسليمه، إلى أن يستوفي كامل الثمن ."

ويتضح من تعريف شرط الاحتفاظ بالملكية أنه عبارة عن بند من البنود التي يمكن إدراجها داخل عقد البيع، ويتم من خلاله احتفاظ البائع بملكية المبيع حتى يتم الوفاء بثمنه كاملا، فشرط الاحتفاظ بالملكية آلية اتفاقية لنقل الملكية، المؤجلة لما بعد إبرام العقد، والموجهة ضد خطر إعسار هذا المشتري أو إفلاسه .

الفصل الثاني: آلية الاحتفاظ بالملكية كإحدى مظاهر الخصوصية في عقد الاعتماد الإيجاري للمنقولات

وقد درجت العادة على أن الأطراف في عقود البيع الواردة على منقولات مادية تتفق على وضع هذا البند في عقودهم، لكي يقضي بعدم انتقال ملكية المبيع إلا بعد سداد الثمن، فالقاعدة الخاصة بلحظة انتقال الملكية، من القواعد المكملة التي يستطيع الأطراف تعديلها والاتفاق على خلافها، ومن ثم تأخير وقت انتقال الملكية لما بعد سداد الثمن.

وبمقتضى هذه الحرية التعاقدية المكفولة للمتعاقدين، هم يستطيعون الاتفاق في العقود الواردة على منقولات مادية على شرط الاحتفاظ بالملكية، ويكون صحيحا ومشروعا، بل ولم تعد مشروعيتها محل جدل أو نقاش في الفقه الحديث أو في القانون المعاصر، و من ثم يستطيع البائع الاحتجاج بهذا الشرط في مواجهة الغير.

ثانيا: إعمال شرط الاحتفاظ بالملكية في إطار عقد البيع الرئيسي:

إذا تم إبرام عقد البيع المرتبط بعقد الاعتماد الإيجاري واشترط البائع في العقد الأول الاحتفاظ بالملكية، لحين سداد المؤسسة المالية (المشتري) للثمن، فإن هذا الشرط المتفق عليه داخل عقد البيع سيؤثر في العلاقة العقدية الثانية المبرمة بين المؤسسة المالية باعتبارها المؤجر والمشروع باعتباره المستفيد من عقد الاعتماد الإيجاري وبصفة خاصة عند تضمين هذا العقد الأخير، إمكانية تملك المشروع المستأجر للأصل - محل العقدين- في نهاية العقد، إذا أبدى رغبة في هذا التملك، وكيف لا يؤثر ويتأثر كل من العقدين بالآخر ومحلهما واحد، فالأصل المنقول المبيع المحتفظ بملكيته في عقد البيع، هو ذاته المؤجر في عقد الاعتماد الإيجاري.

وعلى ذلك فإن احتواء أو تضمين عقد البيع لشرط الاحتفاظ بالملكية، ثم وضع الشيء المبيع تحت تصرف المستأجر في إطار العلاقة الإيجارية، يمكن أن يثير التساؤل عن مدى أحقية البائع الأصلي في استرداد الشيء المؤجر؟ أو بمعنى آخر مدى جواز الاحتجاج بالشرط في مواجهة المستأجر الذي يكون الشيء المنقول في حوزته، بمقتضى عقد الاعتماد الإيجاري مع الأخذ في الاعتبار أن هذا العقد الأخير يتضمن إمكانية تملك الأصل محل العقدين، من خلال ممارسة المستأجر لخيار الشراء، وهذا ما نحاول الإجابة عنه فيما يلي:

الفرع الثاني : الاحتجاج بشرط الاحتفاظ بالملكية في مواجهة المشروع المستأجر:

إن هذا الفرض الذي نحن بصددده (عقد البيع الرئيسي المتضمن لشرط الاحتفاظ بالملكية) يثير في الحقيقة، مسألة غاية في الأهمية، وهي تلك التي تتعلق بالتفاعل العضوي بين الأطراف الثلاثة المشاركين في عملية الاعتماد الإيجاري بالمعنى الواسع (والتي تشتمل على عقدي البيع والتأجير)، فمشاركة المستأجر تكون مؤكدة -في الواقع العملي- في عقد البيع، بالرغم من عدم كونه طرفا في هذا العقد الأخير، حيث تتم تلك المشاركة من خلال اختياره للأصول المنقولة التي يريد استئجارها، وهو يختار كذلك بائعها أو موردها، و يتفاوض معه على شروط البيع، بعد أن تحدد مواصفات تلك الأصول، و يُعلم بائعها بأن نيته هي اقتناء الأصول محل التفاوض عن طريق مؤسسة مالية تعمل في نشاط الاعتماد الإيجاري، بل قد يقوم البائع نفسه بعد التفاوض بإرشاد المستفيد إلى إحدى المؤسسات التي تعمل في هذا المجال، ويشجعه على اقتناء الأصول من خلال تلك الوسيلة التمويلية، وبعد إتمام ذلك من جانب المستأجر، يتقدم هذا الأخير بطلب يتضمن توجيهاته بخصوص المنقول، ومواصفاته، وبائعه، وشروط البيع والتمن. للمؤسسة المالية لكي تقوم بإتمام الصفقة، ودفع الثمن، بعد إبرام عقد بينها وبين هذا المستفيد، ثم يتسلم المستأجر، وتحت مسؤوليته، هذه الأصول للانتفاع بها.

ومن هنا يتضح ارتباط الأطراف الثلاثة في عملية الاعتماد الإيجاري، والتفاعل العضوي بين عقدي البيع والتأجير، ومن ثم فإذا تم إدراج شرط الاحتفاظ بالملكية في العقد الأول، فإن المستأجر يكون لا محالة على علم بهذا الشرط المتفق عليه لصالح البائع، وفي نفس الوقت يكون هذا الأخير على علم بأن عقد البيع المبرم مع المؤسسة المالية ما هو إلا إحدى حلقات عملية الاعتماد الإيجاري، ويكون كذلك على علم بالوعد المنفرد بالبيع من جانب المؤسسة المالية، والذي يلزم هذه الأخيرة بنقل الملكية للمستأجر عند ابداء رغبته في هذا التملك، وبناء على تلك المشاركة من جانب المستأجر، لا يمكن اعتباره من الغير بالنسبة لعقد البيع .

ومع ذلك نرى أن هذا الوضع السابق، المتمثل في مشاركة المستأجر، لا يعد أمرا حتميا، فقد تكون تلك المشاركة غير موجودة، حيث يكتفي المستأجر بمجرد إخطار يوجهه للمؤسسة المالية المؤجرة، يعلن لها

الفصل الثاني: آلية الاحتفاظ بالملكية كإحدى مظاهر الخصوصية في عقد الاعتماد الإيجاري للمنقولات

فيه أن لديه حاجة إلى أصول رأسمالية معنية، ويحدد مواصفاتها، ثم يترك للمؤسسة المالية إتمام العملية بنفسها، دون تدخل أو مشاركة من جانبه، وفي هذا الفرض يعد المستأجر من الغير.

وبناء على ما تقدم ينبغي التفرقة . عند تحديد مدى أحقية البائع الأصلي في استرداد المنقول المؤجر، أو مدى الاحتجاج بالشرط الاعتماد الإيجاري . بين فرضين: الأول: عدم مشاركة المستأجر التمويلي في العملية، والثاني في الفرض العكسي، وذلك على النحو التالي:

أولاً: الفرض الأول: المستأجر التمويلي من الغير:

تتعلق هذه الحالة بعقد بيع ائتماني تم إبرامه لشراء أصول انتاجية معنية، وذلك لأجل تأجيرها للمستفيد بمقتضى عقد اعتماد إيجاري، ويتم إنهاء هذه العملية بين المؤسسة المالية (المشتري)، والبائع، دون أية مشاركة من جانب المستفيد، ودون أن يعلم هذا الأخير بتفاصيل عقد البيع ولا بالشروط المتفق عليها بداخله، ومنها شرط الاحتفاظ بالملكية، ويظهر في هذا الفرض، عدم ارتباط الأطراف الثلاثة في عملية التأجير، وعدم التفاعل العضوي بين عقدي البيع والتأجير، ومن ثم إذا تم إدراج شرط الاحتفاظ بالملكية الأول، فلن يكون المشروع المستأجر على علم بهذا الشرط المتفق عليه لصالح البائع ، وفي نفس الوقت لن يكون هذا الأخير على علم بأن عقد البيع المبرم مع المؤسسة المالية، ما هو إلا إحدى حلقات عملية الاعتماد الإيجاري، لن يكون كذلك على علم بالوعد المنفرد بالبيع من جانب المؤسسة المالية، والذي يلزم _ كعنصر أساسي في تكييف عقد الاعتماد هذه الأخيرة بنقل الملكية للمستأجر المستفيد، عند إبداء رغبته في هذا التملك.

وبناء على ذلك : كيف يتسنى للمؤسسة المالية المؤجرة نقل هذه الملكية المحتفظ بها إلى المشروع المستفيد، وهي لم تنتقل إليها بعد، فإذا أبدى المستأجر رغبته في تملك الأصل المنقول محل عقد الاعتماد الإيجاري، وهو لم يعلم أو لم يكن بوسعه أن يعلم بوجود شرط الاحتفاظ بالملكية، حيث لم تكن هناك مشاركة من جانبه في العملية وتحديدًا. في عقد البيع، فهو إذا يعد من الغير بالنسبة لعقد البيع .

ثانيا: وهو الفرض الذي لا يعد فيه المستأجر التمويلي من الغير:

وهو الغالب في الواقع العملي، حيث تعمل مؤسسات الاعتماد الإيجاري على الابتعاد عن الدخول في المسائل الفنية المرتبطة بالأصول المنقولة التي سوف يتم تمويلها عن طريق العقد، معتمدة في ذلك على خبرة المستأجر في تلك الجوانب الفنية المرتبطة بتحديد مواصفات تلك الأصول، وبائعها، وشروط بيعها، وإن كانت المؤسسات المالية في الحقيقة تريد من مشاركة المستأجر، أن يتحمل المسؤولية المرتبطة بهذه المشاركة الإيجابية من جانبه، وفي هذه الحالة إذا كان هناك اتفاقا بين البائع والمشتري المؤجر على احتفاظ الأول بالملكية لحين وفاء الثاني بالثمن، فمن المؤكد أن يكون المستأجر على علم بوجود هذا الشرط، ولا يمكن اعتباره من الغير في هذه الحالة.

الباب الثاني

آثار الاحتفاظ بالملكية كضمان

في عقد الاعتماد الإيجاري

للمنقولات

لقد حرصت شركات الاعتماد الإيجاري على اللجوء إلى ضمانات قوية توظف من الملكية أداة لها وتجعلها في مركز متميز يخول لها الحصول على حقوقها حتى في حالة خضوع المشروع المستأجر للمنقولات المادية للحكم بإفلاسه أو بتصفية أمواله. وتبعاً لذلك فقد كان لهذا التوظيف آثار واضحة على حقوق الشركات المؤجرة التي أضحت بإمكانها سلوك إجراءات دعوى الاسترداد بصفتها مالكة للأصول المنقولة، وبذلك تتجنب الدخول في حالة تزامم مع باقي دائني المشروع المدين.

لكن يبدو أن سلوك هذه الدعوى، قد يرد عليه بعض الاستثناءات ترتبط أساساً بمبدأ الحفاظ على استمرار نشاط المشروع المتعثر، فالتشريعات التجارية الحديثة عادة ما تمنح المتصرف أو السنديك الحق في أن يطالب بمواصلة العقود الجاري تنفيذها في تاريخ افتتاح الإجراءات والتي تكون ضرورية لاستمرار نشاطه، وهذا الأمر ينطبق على عقود الاعتماد الإيجاري التي تمول هذا المشروع بالأصول المنقولة التي تحرك استثماراته.

ومن أجل الحفاظ على حق الشركة المؤجرة السابق برفع دعوى الاسترداد ونفاذه، وحماية للغير ممن يتعاملون مع المشروع المتعثر ويعولون على الأصول المنقولة المؤجرة كعنصر يسار في الضمان العام له، تقتضي التشريعات ضرورة احترام وسائل الشهر والعلانية لعملية الاعتماد الإيجاري، وهذا ما سنتناوله في الفصلين الآتيين:

الفصل الأول: دعوى الاسترداد كأثر لحق ملكية مؤجر المنقول المادي في عقد الاعتماد الإيجاري

الفصل الثاني: الإشهار كشرط لنفاذ حق ملكية المؤجر قبل الغير في عقد الاعتماد الإيجاري للمنقولات

الفصل الأول

دعوى الاسترداد كأثر لحق

ملكية مؤجر المنقول المادي في

عقد الاعتماد الإجاري

الفصل الاول: دعوى الاسترداد كأثر لحق ملكية مؤجر المنقول المادي في عقد الاعتماد الإجاري

تتجلى أهمية الاحتفاظ بالملكية في عقد الاعتماد الإجاري للمنقول في أن غيابه تترتب عليه صعوبة تعود بالأساس إلى أن كونه عقداً ذا طبيعة تمويلية وائتمانية، لذا يتم توظيف الملكية على سبيل الضمان، والذي تهدف شركة الاعتماد الإجاري من خلاله إلى ضمان استرداد أموالها عند عدم وفاء المشروع المستأجر بالالتزامات المترتبة عن العقد.

غير أن شرط الاحتفاظ بالملكية في هذا العقد - خاصة في ظل التشريعات التجارية الحديثة - يخلق نوعاً من التنازع بين حقين: الأول يقرر لمصلحة المشروع المستأجر الذي يتعرض لصعوبات مالية، ويتمثل في المطالبة بتنفيذ العقد الجاري في المرحلة الانتقالية، وثانيهما يقرر لفائدة الشركة المؤجرة، وهو حقها في ممارسة دعوى الاسترداد.

إن بحث هذا التنازع يُحْفُهُ نوع من التعقيد، لأن الأمر يفرض ترجيح إما مصلحة الدائن المالك بناء على ممارسته لدعوى الاسترداد، أو مصلحة المشروع المتعثر ضماناً لاستمرار نشاطه الاقتصادي، وهي الغاية الأساسية التي تهدف إليها التشريعات الحديثة عموماً.

فالتوفيق إذن بين هاتين الفرضيتين أمر يصعب تحقيقه قانوناً وواقعاً، وهو ما يفرض ضرورة التعرض إلى الأحكام العامة المنظمة لدعوى استرداد المنقولات عند الاحتفاظ بالملكية في العقود الواردة عليها، ومقارنتها مع المقتضيات القانونية المتعلقة بمبدأ متابعة تنفيذ العقود الجارية في مرحلة الملاحظة، حتى يتسنى لنا تبني حل قانوني منطقي وسليم، وعلى هذا الأساس نعرض لهذا الموضوع في المبحثين الآتيين:

المبحث الأول: الأحكام العامة لاسترداد المنقول المادي

المبحث الثاني: عقد الاعتماد الإجاري للمنقول بين مبدأ مواصلة العقود الجارية ودعوى

الاسترداد

المبحث الاول

الأحكام العامة لاسترداد المنقول المادي

ينبغي التأكيد على أن حق الاسترداد «Droit de revendication» مقرر لفائدة المتعاقد مع المشروع الخاضع لإجراءات التسوية القضائية أو التصفية، والذي يستند في طلبه الى حق ملكية¹ يتمثل في كون ما يرغب في استرداده هو في ملكه وليس في ملك هذا المشروع،² وهو -بخلاف الدائن الناشئ دينه قبل افتتاح الإجراءات لا يمنع من المطالبة بحقه لكونه لا يستند إلى حق شخصي (علاقة دائنية مثلاً)، وإنما يستند الى حق ملكية.³

فلهذه الاعتبارات يميز المشرع في حالات معينة طلب استرداد المنقولات⁴ من المشروع المفتوحة ضده اجراءات المعالجة أو التصفية القضائية، غير أن هذا الاسترداد يهدف إلى الاعتراف⁵ بحق الملكية على المنقول كما أنه يمارس وفق اجراءات معينة، وداخل آجال يضبطها القانون:

¹ - تعد دعوى الاسترداد حكراً على مالك الأصول المنقولة «le propriétaire des biens meuble» وبالتالي ففي حالة تأجير هذه الأصول من الباطن، وخضوع المستأجر من الباطن لإجراءات التسوية القضائية أو التصفية، فإن شركة الاعتماد الإيجاري هي وحدها من يحق لها رفع هذه الدعوى في مواجهته، انظر:

Cass. Com., 13 juin 1995, D. 1996, somm. p.211.

² - إذن يعد الاسترداد حق المالك في أن يسترجع ما هو موضوع تحت يد المفلس على سبيل الحيابة المؤقتة وبأي وصف كان، وطالما أن العقارات مسجلة ومثبة بأوراق رسمية فلا يثار بشأنها إشكال بخلاف المنقولات التي يتم الدفع إزاءها بقاعدة الحيابة في المنقول سند الملكية، انظر بالتفصيل في ذلك:

د/بن داوود إبراهيم، نظام الإفلاس والتسوية القضائية في القانون التجاري المقارن، دار الكتاب الحديث، القاهرة، 2009، ص 155.

³ - انظر حول الاستثناءات من منع المتابعات الفردية:

M. Desmichelles, Les créanciers qui échappent aux conséquences de la procédure collective de leurs débiteurs, Thèse Paris I, 1994, p. 67 et S.

وهذا المنع يبرره تجنب المساس بالطابع الجماعي لإجراءات التسوية أو التصفية القضائية وكذا مبدأ المساواة الذي تتميز به هذه الإجراءات.

⁴ - انظر في التنظيم التشريعي لدعوى الاسترداد المواد 115 وما بعدها من قانون 25 يناير 1985، والمواد 85-1 وما بعدها من مرسوم 27 ديسمبر 1985 (يقام حالياً المواد L624-9 وما بعدها من التقنين التجاري الفرنسي)

⁵ - انظر في الجدل الفقهي حول هذا الموضوع:

M. Laroche, Revendication et propriété du droit des procédures collectives au droit des biens, Defrénois, 2007; P. Dutilleul- Francoeur, La revendication, thèse dactyl., Paris, 2003.

المطلب الأول

مقتضيات استرداد المنقولات المادية

«Les modalités d'exercice de l'action en revendication des biens meubles»¹

الفرع الأول: تفاقم مخاطر إعسار المستأجر وحق الاسترداد في ظل القوانين التقليدية

للإفلاس:

من المتصور أن يمضي المستأجر أو خلفه العام في تنفيذ التزاماته العقدية بالرغم من الصعوبات التي قد يواجهها مشروعه الاقتصادي، وطبقاً للقواعد العامة لا يجوز طلب فسخ العقد طالما لم يخل المتعاقد بتنفيذ التزاماته العقدية.

ومع ذلك تجيز عقود الاعتماد الإيجاري للشركة الممولة أعمال الشرط الفاسخ الصريح في حالات محددة، بالرغم من انتفاء الخطأ العقدي في حق المستأجر. ومن أهم هذه الحالات إنقاص حالة شهر إفلاس المستأجر أو الحكم عليه بعقوبات التفالس⁽²⁾.

وتعد هذه الحالة -أي حالة الإفلاس- بمثابة ناقوس الخطر بالنسبة إلى الشركة المؤجرة بما أنها تنبئ عن احتمال عدم استيفاء حقوقها المالية بسبب ما يعتري المستأجر من أحوال طارئة عليه، ويكون في أعمالها الشرط الفاسخ الصريح ما يقيها من مخاطر إعساره.

¹ - إن اعتبار الاعتراف بملكية الدائن للمنقولات المؤجرة هي الغاية من دعوى الاسترداد هو مصدر إجماع من الفقه الفرنسي على عدم إمكانية ممارسة هذه الدعوى إلا في حالة كون عقد التأجير غير مشهر:

«En ce qui concerne notre étude il faut rappeler que cette action en revendication n'est exercé que lorsque le contrat de location financière n'a pas fait l'objet d'une publicité...» V. Laetitia Franck, Les contrats de location financière dans les procédures collectives, thèse Nancy II, déc. 2011, n° 455, p. 239.

² - Bachasson, Le crédit-bail mobilier au cas de règlement judiciaire ou de liquidation des biens du locataire, Thèse Aix- Marseille 3, 1978, p171, n° 185.

رسالة مشار إليها عند:

Aimé Diaka, op. cit., p. 134.

Calais-Auloy, op. cit, n° 105. Crémieux-Israël, op. cit, p. 76.

الفصل الاول: دعوى الاسترداد كأثر لحق ملكية مؤجر المنقول المادي في عقد الاعتماد الإجاري

ويشير إعمال الشرط الفاسخ الصريح في مثل هذه الحالة بالنسبة للقانون التقليدي للإفلاس إشكاليتين رئيسيتين:

تتمثل الأولى في مدى اعتبار عقد الاعتماد الإجاري من عقود الاعتبار الشخصي، تبرر فسخه في حالة شهر إفلاسه المستأجر، بينما تتمثل الثانية في مدى جواز إعمال الشرط الفاسخ الصريح في حالة شهر إفلاسه وقد تعلقت مصلحة جماعة الدائنين بالمضي في تنفيذ العقد.

أولاً: منطوق فسخ عقد الاعتماد الإجاري بسبب زوال الاعتبار الشخصي:

يميل الفقه الفرنسي⁽¹⁾ إلى اعتبار عقد الاعتماد الإجاري من عقود الاعتبار الشخصي، لأنه يقوم على علاقة تمويلية في جوهره وهي من العلاقات المبنية على عنصر الثقة⁽²⁾. ويتربط على ذلك أن يكون لشخص المستأجر اعتباره الجوهري بالنسبة إلى الشركة المؤجرة⁽³⁾.

ويستخلص الفقه طابع الاعتبار الشخصي من نصوص عقد الاعتماد الإجاري ذاته، ذلك أنه لا يجوز للمستأجر التنازل عن الإيجار أو التأجير من الباطن⁽⁴⁾ إلا بعد الحصول على موافقة المؤجر، ولا يجوز له النزول عن الوعد بالبيع لغيره⁽⁵⁾، كما أن هذا العقد ينقضي بوفاة المستفيد أو الحجر عليه أو شهر إفلاسه⁽⁶⁾.

¹ - Crémieux-Israël, op. cit, p. 45; CALAIS-AULOY, op. Cit , n° 92.

² - Goyet, op. cit, p. 46 n° (63).

³ - Calais-Auloy, op. cit, n° 92.

⁴ - Bey, De la symbiotique, op. cit, p. 29. Calais-Auloy, op. cit, n° 92.

وانظر كذلك المادة 16 من قانون التأجير التمويلي المصري لسنة 1995.

⁵ - Bey, Les aspects..., op. cit, n° 32.

⁶ - Caporale (F.), Litiges et difficultés pratiques suscités par le crédit-bail, thèse droit, Bordeaux , 1974, p.215. BEY, De la symbiotique..., op. cit, p. 189, 190. Bey, Jurislasqueur banque et Crédit, op.cit, Fasc. 652 ; n° 8.

وتنص المادة 19 من القانون المصري للتأجير التمويلي على أنه: "يعد العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه دون حاجة إلى إعدار أو اتخاذ إجراءات قضائية في أي حالة من الحالات الآتية: ... إشهار إفلاس المستأجر أو إعلان إعساره. وفي هذه الحالة لا تدخل الأموال المؤجرة في أموال التفليسة ولا في الضمان العام للدائنين..."

الفصل الاول: دعوى الاسترداد كأثر لحق ملكية مؤجر المنقول المادي في عقد الاعتماد الإيجاري

ويشير البعض إلى أن احتواء عقد الاعتماد الإيجاري على عناصر الاعتبار الشخصي يعبر عن رغبة الشركة الممولة في توفير قدر من الأمان في علاقتها بالمستفيد⁽¹⁾، وكلما كانت قيمة التمويل مرتفعة كلما حرصت الشركة على توفير موجبات الأمان وضمن استيفائها لحقوقها المالية⁽²⁾. وللأمان بهذا المفهوم طابع نسبي، تحاول الشركة توفيره ابتداء بدراستها الدقيقة لمركز المستأجر المالي عند التعاقد⁽³⁾، كذلك هي تركز فيما يتعلق بتنفيذ العقد إلى مقومات المستأجر الشخصية وقدرته على مواجهة الأعباء المالية الناشئة عن العقد، لذلك فهي لا تجيز أن يحل شخصا آخر محل المستأجر في تنفيذ التزاماته العقدية. ومع ذلك قد تجيز شركة الاعتماد الإيجاري للمستأجر التنازل عن الإيجار شريطة أن تخطر بذلك مقدما وأن توافق على شخص المتنازل إليه.

فقد تجرد في الماضي في تنفيذ العقد مع هذا الشخص الأخير ما يوفر لها مزيدا من الأمان في استيفاء حقوقها المالية. لكن ذلك ينبئ بأن الشركة لا تحرص على قيام المستفيد بتنفيذ العقد لما يتوافر فيه من مقومات شخصية بقدر ما يعينها توافر ظروف الأمان الملائمة لضمان استيفاء حقوقها المالية.

ومفهوم الاعتبار الشخصي في مجال العقود أن مقومات المتعاقد الشخصية من حيث الكفاءة أو الخلق أو الائتمان (سمعة المتعاقد من الناحية المالية والشخصية ومدى قدرته على إيفاء التزاماته، وتاريخه في التعامل التجاري)، تلعب دورا جوهريا في نشأة الرابطة القانونية وتنفيذها. ولذلك تعد جميع العقود المصرفية، وبوجه عام جميع عقود الائتمان، من قبيل عقود الاعتبار الشخصي لأنها تقوم على عنصر الثقة

¹ - Bey, De la symbiotique..., op. cit, p.172.

ومن الناحية العملية يؤدي الاعتبار الشخصي إلى أنه في عقد الاعتماد الإيجاري لا يتقدم طالب التمويل إلى المؤسسة المالية المؤجرة، إلا إذا كانت محل ثقته، كما أن المؤسسة المالية من جهتها، لا تقبل بالتعاقد مع المستأجر إلا إذا توافرت لدى هذا الأخير عوامل الثقة التي تركز عليها المؤسسة الممولة في اختيار عملائها. ولذلك تطلب المؤسسة الممولة من المستأجر تقديم بعض الأوراق والمستندات المتعلقة بنشاطه، حتى تتأكد من دواعي الثقة لديه، وخصوصا قدرته على الإيفاء بالتزاماته الناشئة عن العقد. وتقوم بفحص المستندات المطلوبة التي من شأنها أن توضح المركز المالي لطالب التمويل. وفي ضوء ذلك تتخذ قرارها بالتعامل مع المستأجر، ومن ثم تبدأ الخطوات التنفيذية لتوفير الأصول الإنتاجية المطلوبة.

كما قد ترفض المؤسسة الممولة، إذا تبين لها بعد فحص المستندات المرفقة بالطلب، أن عناصر الثقة بطالب التمويل غير مكتملة، وبذلك تتجنب علاقة تعاقدية يكون مصيرها -فيما لو تم إبرام العقد- الفشل أو المنازعات التي تكون المؤسسة الممولة في غنى عن الخوض فيها. انظر:

د/إلياس ناصيف، المرجع السابق، ص 84.

² - Bey et Gavalda, Le crédit- bail immobilier , Que-sais-je?, PUF, Paris, 1983, p.129.

³ - Crémieux- Israël, op.cit., p.45.

الفصل الاول: دعوى الاسترداد كأثر لحق ملكية مؤجر المنقول المادي في عقد الاعتماد الإيجاري

في شخص العميل أو متلقي الائتمان. وطالما أن العقد يقوم على الاعتبار الشخصي، فإن الغلط في شخص أحد طرفي العقد يؤدي إلى قابلية هذا العقد للإبطال، بناء على طلب الطرف الذي وقع في الغلط. وطبقا للقواعد العامة لا يجوز تنفيذ الالتزام بعمل بواسطة الغير إذا كانت مصلحة الدائن تتعلق بقيام المدين بالعمل نفسه. ولكن من المقرر أنه لا يجوز تنفيذ مجمل الالتزامات العقدية، أيا كانت طبيعتها، إلا بواسطة المتعاقد ذاته. وإذا كان العقد جاري التنفيذ لا يجوز المضي في تنفيذه إذا لم يعد في مقدور المتعاقد - لأي سبب كان - تنفيذ الالتزام بنفسه، ولذلك ينقضي العقد بسبب وفاة المتعاقد أو الحجر عليه أو شهر إفلاسه.

ولا يعد عقد الإيجار بحسب الأصل من عقود الاعتبار الشخصي، إذ يأمل المؤجر الحصول على ريع المال الذي يقوم باستغلاله عن طريق تمكين شخص آخر من الانتفاع به. ولا يتوقف تنفيذ التزامات المستأجر على مقومات خاصة تتوافر في شخصه. ومع ذلك يمكن استخلاص الاعتبار الشخصي من المضمون الاتفاقي للعقد بالرغم من أن العقد لا يقوم بحسب الأصل على الاعتبار الشخصي⁽¹⁾.

ويجوز في عقد الإيجار منع المستأجر من التنازل عن الإيجار أو قيامه بتأجير العين المؤجرة من الباطن، كذلك يجوز الاتفاق على انتهاء العقد بوفاة المستأجر أو الحجر عليه أو شهر إفلاسه. ولقد أفادت شركات الاعتماد الإيجاري من الطابع المكمل لقواعد عقد الإيجار لضمان عدم المضي في تنفيذ العقد إذا لم يعد في مقدور المستأجر تنفيذه بنفسه.

ويثور التساؤل حول مدى إمكانية الاعتداد بالطابع المالي لعقد الاعتماد الإيجاري من أجل ترتيب الآثار الخاصة بالاعتبار الشخصي في الفروض التي لا يتضمن فيها العقد الاتفاقات الصريحة الخارجة على القواعد العامة في عقد الإيجار. وبعبارة أخرى هل يجوز الحكم مثلا بانقضاء العقد بسبب إفلاس المستأجر ولو لم يتفق على ذلك في العقد؟

¹ - انظر المادة 1717 فقرة أولى من التقنين المدني الفرنسي وكذا المادة 1742 من ذات القانون.

الفصل الاول: دعوى الاسترداد كأثر لحق ملكية مؤجر المنقول المادي في عقد الاعتماد الإيجاري

لقد استند البعض إلى أن الإيجار في عقد الاعتماد الإيجاري ليس إيجارا تقليديا وإنما هو إيجار مالي، وقيل بأن الإيجار هو التعبير القانوني لعلاقة تمويلية تصطبغ بلا شك بالاعتبار الشخصي⁽¹⁾. ويترتب على ذلك حرمان المستفيد من التنازل عن الإيجار أو الإيجار من الباطن. وانقضاء العقد بالوفاة أو الحجر أو الإفلاس ولو لم يتفق على ذلك صراحة العقد.

ويرى البعض² عدم جواز ترتيب تلك الآثار تلقائيا في ظل الأوضاع الراهنة لعقد الاعتماد الإيجاري واعتباره عقد إيجار، أما إذا كان العقد مطروحا على الساحة القانونية بوصفه عقدا من عقود الائتمان فما من شك في وجوب اعتباره من قبيل عقود الاعتبار الشخصي وترتيب الآثار الناشئة عن ذلك بغض النظر عن المضمون الاتفاقي للعقد ومواجهته لحالات زوال الاعتبار الشخصي.

أما تعمد الإرادة الخاصة بإفراغ العلاقة التعاقدية في قالب الإيجار من أجل الإفادة من مزاياه، مع محاولة ترتيب آثار لا يقتضيها هذا القالب بحسب الأصل ودون أن تعني هذه الإرادة بالاتفاق على ترتيبها فهذا ما لا يمكن الاعتراف به لتلك الإرادة.

ومن جانب آخر إذا قيل بأن شهر إفلاس المستأجر فيه تهديد لمصالح شركة الاعتماد الإيجاري بسبب مخاطر عدم استيفائها الحقوق المالية المقررة لها، على اعتبار أنها لم تعول عند التعاقد إلا على صحة المركز المالي للمستأجر وحده دون غيره من الأشخاص⁽³⁾، فالأصل أن ضمان حصولها على تلك الحقوق يكون في المضي في تنفيذ عقد الاعتماد الإيجاري بواسطة الخلف العام أو القيم أو السنديك لا في فسخ العقد. ذلك باعتبار العقد إيجارا لا تقرر الأجرة إلا مقابل الانتفاع بالأصل، فمتى انقطع الانتفاع بالفسخ زال عن عاتق المستأجر التزامه بدفع الأجرة ولا يتحقق بالتالي للشركة الممولة إهلاك كامل رأسمالها المستثمر

¹ - D. Crémieux-Israël, op. cit. p. 14

² - د. هاني محمد دويدار، النظام القانوني، مرجع السابق، ص 487.

³ - في هذا المعنى:

الفصل الاول: دعوى الاسترداد كأثر لحق ملكية مؤجر المنقول المادي في عقد الاعتماد الإيجاري

في التمويل. لكن الفسخ يخول للشركة استرداد الأصل أي استئثارها بقيمته السوقية وقت الاسترداد. وهي بذلك تتفادى مخاطر الاشتراك في تفليسة المستأجر⁽¹⁾.

إذ يجب على شركة الاعتماد الإيجاري أن تعلن أن مصلحتها تكمن في استرداد الأصل المؤجر، طالما أمكن افتراض أن مصلحتها المالية تقتضي المضي في تنفيذه وليس في فسخه، وكأن الأصل في القالب الذي أفرغت فيه العلاقة العقدية أنه لا يترتب على توافر إحدى الحالات المذكورة انقضاؤه.

خلاصة القول إذن، أنه طالما عد عقد الاعتماد الإيجاري من قبيل الإيجار قانوناً فإنه لا يترتب على زوال الاعتبار الشخصي انقضاؤه ما لم يواجه الاتفاق صراحة على حالات الفسخ، وهذا هو موضوع العنصر الموالي.

ثانياً: إعمال الشرط الفاسخ الصريح في حالة إفلاس المستفيد:

لا شك أن أبلغ المظاهر على إعسار المستفيد وعجزه عن مواجهة الأعباء المالية الناشئة عن التأجير التمويلي يكون في حالة شهر إفلاسه⁽²⁾. لذلك تحرص عقود الاعتماد الإيجاري على شمول الشرط الفاسخ الصريح الوارد بها حالة إفلاس المستفيد، نتطرق في هذا العنصر لموقف القوانين التقليدية للإفلاس من هذا الشرط:

1. **الوضع في القانون الفرنسي القديم:** لم يكن من شأن الشرط الفاسخ الصريح في ظل القانون الفرنسي ترتيب أثره في حالة إفلاس المستأجر ما لم يقر مدير أموال هذا الأخير الفسخ، ذلك أنه منذ صدور القانون رقم 67-563 بتاريخ 13 يوليو 1967 في شأن التسوية القضائية والإدارة المؤقتة وتصفية الأموال⁽³⁾ صار للسنديك حق المطالبة بالمضي في تنفيذ العقود التي كان تنفيذها جارياً وقت صدور الحكم بالإفلاس على أن تتولى جماعة الدائنين الوفاء بالالتزامات التي تشغل ذمة المفلس⁽⁴⁾. وقد تأكد هذا الحكم عند صدور القانون 85-98 بتاريخ 25 يناير 1985 في شأن

¹ - أنظر في مخاطر مشاركة الدائنين العاديين في تفليسة المدين:

Ripert et ROBLOT, op.cit., p. 684, n° 2811.

² - GAVALDA, op.cit, 2° cahier, N° 74.

³ - JO., 14 juillet 1967. Dalloz 1967, législation 269.

⁴ - BEY et GAVALDA, Le crédit-bail immobilier, op. cit, p. 104. Bachasson, op. cit. p24 n° 24.

الفصل الاول: دعوى الاسترداد كأثر لحق ملكية مؤجر المنقول المادي في عقد الاعتماد الإيجاري

الإدارة القضائية للمشروعات المتعثرة إذ يحق لمدير الأموال الاستمرار في تنفيذ العقود متى كان ذلك ضروريا لاستمرار نشاط المفلس، وذلك بناء على قرار ينفرد هو (المدير) باتخاذ⁽¹⁾.

وجدير بالإشارة إلى أن الحق الذي تقرر للسنديك أو الأمر المقرر حاليا لمدير الأموال يتعلق بالنظام العام⁽²⁾، وبالتالي لا ينتج الشرط الفاسخ الصريح الوارد بعقد الاعتماد الإيجاري أثره ما لم يقرر المدير الفسخ⁽³⁾، إلا أن الأمر يفترض أنه في وقت صدور حكم بالإفلاس لم يكن الشرط الفاسخ الصريح قد رتب آثاره بعد⁽⁴⁾.

ولقد ثار الخلاف حول السلوك الذي يجب على السنديك ومن بعده مدير الأموال اتباعه في شأن ترتيب العقد الفاسخ الصريح آثاره أو على العكس إبطال مفعول ذلك الشرط، فظاهر نص المادة 38 من قانون 1967 ونص المادة 37 فقرة أولى من قانون 1985 أنه على السنديك ومن بعده مدير الأموال اتخاذ قراره بالمضي في تنفيذ العقد بالرغم مما تضمنه من شرط فاسخ صريح، وبعبارة أخرى يجب على السنديك أو مدير الأموال القيام بعمل إيجابي - اتخاذ القرار - لإبطال مفعول الشرط الفاسخ الصريح.

إلا أنه قد يفسر سكوت السنديك عن اتخاذ القرار المتقدم باعتباره إقرار بالمضي في تنفيذ عقد الاعتماد الإيجاري. وبعبارة أخرى يجب صدور إقرار صريح من السنديك بالفسخ لكي يرتب الشرط الفاسخ الصريح أثره. بينما يرى الفقه أن سكوت السنديك يسمح للشركة المؤجرة بالتمسك بالشرط الفاسخ الصريح الوارد بالعقد.

وعندما عرض الأمر على محكمة النقض الفرنسية أخذت المحكمة على حكم محكمة الاستئناف المطعون ضده تعليق المضي في تنفيذ عقد الاعتماد الإيجاري على إعلان صريح وخاص لإرادة السنديك في ترتيب هذا الأثر، إذ أضافت بذلك محكمة الاستئناف شرطا لإعمال حكم المادة 38 من قانون 1967 لم يقض به المشرع⁽⁵⁾.

¹ -JO., 26 janvier 1985. P 1117, Dalloz 1975, législation 147.

² -Bachasson, op. cit. p69 n° 79.

³ -Cass. Com, 17 mars 1975 Dalloz 1975.

⁴ -Bachasson, op. cit. p28, n° 28.

⁵ -Cass. com. 3 juin 1986, Bull. civ. 1986, IV, p. 95.

الفصل الاول: دعوى الاسترداد كأثر لحق ملكية مؤجر المنقول المادي في عقد الاعتماد الإيجاري

وإذا كانت المحكمة العليا تذهب إلى وجوب تقدير كل حالة على حدة للوقوف على موقف السنديك من الاستمرار أو عدم الاستمرار في تنفيذ العقد، إلا أنه صار من المقطوع به عدم وجوب صدور قرار صريح من السنديك يفيد المضي في تنفيذ العقد.

وفي حالة المضي في تنفيذه عقد الاعتماد الإيجاري، لا شك في التزام جماعة الدائنين بأقساط الأجرة التي تستحق بعد صدور الحكم بالإفلاس.

لكن الخلاف يثور بخصوص التزام جماعة الدائنين بأداء أقساط الأجرة التي استحققت على المستأجر قبل إفلاسه ولم تقبضها شركة الاعتماد الإيجاري. فقد ذهب جانب من الفقه إلى التزام جماعة الدائنين تجاه الشركة الممولة بأداء تلك الأقساط⁽¹⁾، مما يترتب عليه زيادة العبء على التفليسة إذا اختار السنديك المضي في تنفيذ العقد. بينما ذهب جانب آخر من الفقه إلى وجوب أعمال مبدأ المساواة بين الدائنين في مواد الإفلاس وألزم شركة الاعتماد الإيجاري بالمشاركة في التفليسة بالديون الخاصة بأقساط الأجرة التي حلت ولم تستوفها بعد.⁽²⁾

ولقد تبنت محكمة النقض الفرنسية هذا الرأي الأخير بقولها أنه ما من دائن يستطيع الاحتجاج بالتزام جماعة الدائنين بأداء الدين ما دام ناشئاً قبل صدور الحكم بالتسوية القضائية⁽³⁾. ويترتب على ذلك أنه على شركة الاعتماد الإيجاري بوصفها دائناً عادياً بأقساط الأجرة التي حلت قبل صدور الحكم بالإفلاس المشاركة في تفليسة المستأجر بالرغم من مضي السنديك في تنفيذ عقد الاعتماد الإيجاري.

إذن عند الترجيح بين مصالح جماعة دائني المستأجر ومصالح شركة الاعتماد الإيجاري كان القضاء الفرنسي في ظل القانون التقليدي للإفلاس يرحح الأولى على الثانية وهو النهج الذي يتبعه بوجه عام في مواد الإفلاس من ترجيح مصالح تلك الجماعة، بل إن أعمال السنديك لخياره المضي في تنفيذ العقد أو إقرار فسخه لا يكون إلا بالنظر إلى مصالح جماعة الدائنين. وإن قرر السنديك المضي في تنفيذ العقد صارت الجماعة خلفاً للمستأجر، تلتزم بدفع أقساط التأجير المستقبلية دون أن تلتزم بأداء تلك التي استحققت على المستفيد قبل صدور الحكم بالإفلاس⁽⁴⁾.

¹ -Bey et Gavalda, op.cit., p. 104.

² -Bachasson, op. cit., n° 41, p. 37.

³ -Cass. Com. 22 janv. 1974, JCP. 1974, II, 17865, note Bey.

⁴ - -Bachasson, op. cit., n° 146, p. 164.

الفصل الاول: دعوى الاسترداد كأثر لحق ملكية مؤجر المنقول المادي في عقد الاعتماد الإيجاري

ولا شك أن الإبقاء على عقد الاعتماد الإيجاري للأصول المنقولة يفيد المستفيد في الحالات التي يتمكن فيها من تفادي تصفية أمواله، إذ يأمن من استرداد شركة التأجير التمويلي للأصول بصفة نهائية. وإذا عمل السندديك خيار التملك الوارد بالعقد أضيفت قيمة المال المؤجر إلى أصول التفليسة. ومن جهة أخرى يتفادى المستفيد وكذلك جماعة الدائنين مشاركة شركة الاعتماد الإيجاري في التفليسة بالتعويض عن الفسخ بفرض استحقاقه مما يترتب عليه عدم زيادة خصوم التفليسة.

2. الوضع في القانون الجزائري:

يبدو أن شركة الاعتماد الإيجاري أو الطرف المؤجر في التشريع الجزائري بعد صدور الأمر رقم 96-09 المتعلق بالاعتماد الإيجاري، قد أصبحت بمنأى عن أي خطر في حالة إعسار أو إفلاس مستأجرها، وتستطيع المطالبة باسترجاع الأصل المنقول الذي احتفظت بملكيتها، وإخراجه من تفليسة المستأجر، وبالتالي تتمكن من تجنب مزاحمة الدائنين الآخرين والخضوع معهم لقسمة الغرماء.

إذ تؤكد المادة 22 من ذات الأمر على أنه " في حالة عدم قدرة المستأجر على الوفاء، تم إثباتها قانونا من خلال عدم دفع قسط واحد من الإيجار أو في حالة حل بالتراضي أو قضائي أو تسوية قضائية أو إفلاس المستأجر، لا يخضع الأصل المؤجر لأية متابعة من دائني المستأجر العاديين أو الممتازين مهما كان وضعهم القانوني وصفته سواء أخذوا بعين الاعتبار بصفة فردية أو على شكل كتلة في إطار إجراء قضائي جماعي".

كما أن المادة التاسعة عشر من دفتر الشروط العامة لبنك البركة تترك المجال للمؤجر ليضمن عقود الاعتماد الإيجاري شروطا صريحة من الحالات التي يتم فيها فسخ عقد الاعتماد الإيجاري، ما يخدم مصالحه ويجنبه كل ضرر محتمل في حالة إعسار المستأجر أو إفلاسه.

لكن كل تلك الأمور لا تستقيم إلا إذا قام المؤجر أو شركة الاعتماد الإيجاري بإجراءات الشهر المنصوص عليها في المرسوم التنفيذي رقم 06-90 المحدد لكيفيات إشهار عمليات الاعتماد الإيجاري للأصول المنقولة، ذلك أنه حتى وإن لم يرد في هذا النص ما يدل صراحة على الربط بين الإشهار والاحتجاج بالملكية، إلا أن كل الشواهد تؤكد هذا الأمر.

الفصل الاول: دعوى الاسترداد كأثر لحق ملكية مؤجر المنقول المادي في عقد الاعتماد الإيجاري

فمثلا في البيع بالتقسيط لا يستطيع البائع الاحتجاج بحق ملكيته على دائني المشتري إلا اذا كان الشرط مكتوبا، وهو ما يعني نوعا من الإجراءات التي يلزم القيام بها حتى يتمكن من الاحتجاج بشرط الملكية.

وذلك بخلاف نص المادة 309 من التقنين التجاري الذي يسمح باسترداد الأشياء التي تثبت ملكيتها أو حق استردادها وقت شهر الإفلاس بدون اشتراط شهر العقد موضوع هذه الأشياء.

ومع ذلك فإن الراجح من الرأي أن من أغفل القيام بإجراءات الشهر، يكون مصيره عدم القدرة على استرداد الأصل من تفليسة المستأجر ودخوله كدائن عادي في تفليسة المستأجر وخضوعه لقاعدة قسمة الغرماء، أي عدم قدرته على الاحتجاج بالحقوق التي أحفظ بملكيتها على دائني أو ذوي حقوق المستأجر المكتسبة بعوض وتجاه الغير حسن النية الذي يمكن أن يكون قد اقتنى الأصل المنقول من المدين.¹

ويترتب على ذلك أنه تجاه هذا الغير² يتم كل شيء، كما لو كان الأصل المنقول ينتمي لذمة المدين، ويشكل أحد عناصر ضمان الدائنين العام. لكن تجاه المستأجر المتخلف، لا يمكن الدفع بعدم الاشهار لإنكار هذا الحق، فمستأجر الأصل لا صفة له للدفع بعدم القيام بإجراءات الشهر المخصصة لحماية الغير من العقد.

لذلك فإن وكيل التفليسة الذي يراقب، يساعد ويمثل المدين، لا يستطيعا الدفع بغياب شهر العقد للإدعاء بأن الأصل المنقول يعتبر كما لو كان ملكا للمستأجر.³

¹ - قارن:

Cass. Com. 5 juill. 2005, n° 1042, RJDA, 12/05, n°s 1379 et 1380.

² - قارن:

CA. Montpellier, 2^e ch. 23 janv. 1997, JCP., éd. G, n° 49, pp. 531 à 534, note Gaby Eid; Cass. Com. 14 oct. 1997, Bull. Civ. IV, n° 257.

³ - انظر بالتفصيل في ذلك الفصل الثاني من هذا الباب.

الفرع الثاني: آجال استرداد «Délai de revendication» المنقولات المادية في عقد الاعتماد الإجاري

لا تختلف عادة التشريعات بخصوص وجوب أن ترد دعوى استرداد المنقولات داخل آجال معينة، نتناول الوضع بالنسبة للتشريع الجزائري ثم نظيره الفرنسي والمغربي:

أولا: الوضع بالنسبة للتشريع الجزائري:

إن مطالبة شركة الاعتماد الإجاري بالاسترداد لا يمكن أن تمارس إلا في أجل سنة واحدة اعتبارا من نشر القرار المثبت للتوقف عن الوفاء.¹ كما أن المشرع الجزائري يعطي لكل شخص الحق في الاسترداد من التفليسة للأشياء التي تثبت له ملكيتها أو حق استردادها وقت شهر الإفلاس.²

ثانيا: الوضع في التشريعين الفرنسي والمغربي:

• موقف التشريع الفرنسي:

تجدر الإشارة بأن القانون الفرنسي الخاص بالتقويم والتصفية القضائية للمشروعات الصادر في 25 يناير 1985، في مادته 115 يفرض وجوب المطالبة باسترداد الأموال المنقولة في أجل ثلاثة أشهر من تاريخ إفتتاح الإجراءات الجماعية للمستأجر.³

¹ - انظر المادة 306 من التقنين التجاري.

² - انظر المادتين 308 و309 من ذات التقنين.

³ - P. Cordier, L'incidence de la publicité des contrats de crédit-bail mobilier en cas d'ouverture d'une procédure collective du preneur, RJDA 11/99, nov. 1999, pp 939 et s.

الفصل الاول: دعوى الاسترداد كأثر لحق ملكية مؤجر المنقول المادي في عقد الاعتماد الإيجاري

لكن بعد تعديل القانون السابق بموجب قانون 10 يونيو 1994،¹ فإن المادة 121-1² تجبر المؤجر الذي أشهر عقده عندما ينتهي هذا العقد أو يفسخ أن يقدم طلبا بسيطا للاسترجاع،³ لكن هذه المادة لم تتضمن أية أجل.⁴

أما العقود السارية والغير مشهرة فيجب أن تكون محلا لطلب بالاسترداد في أجل ثلاثة أشهر من تاريخ فسخ أو انتهاء العقد وهذا ما أكدته الفقرة الثانية من المادة 115 بعد التعديل. وفي الحالة التي يكون فيها العقد غير سار بتاريخ افتتاح الإجراءات الجماعية، يكون أجل المطالبة بالاسترداد هو ثلاثة أشهر من يوم حكم الافتتاح. وفي حالة رفض المطالبة بالاسترجاع⁵ بسبب غياب الشهر أو عدم مطابقته، فإن المؤجر

¹ - LOI no 94-475 du 10 juin 1994 relative à la prévention et au traitement des difficultés des entreprises, JORF n°134 du 11 juin 1994.

² - حاليا انظر المادة L624-17 من التقنين التجاري الفرنسي:

«L'administrateur avec l'accord du débiteur ou à défaut le débiteur après accord du mandataire judiciaire peut acquiescer à la demande en revendication ou en restitution d'un bien visé à la présente section. A défaut d'accord ou en cas de contestation, la demande est portée devant le juge-commissaire qui statue sur le sort du contrat, au vu des observations du créancier, du débiteur et du mandataire de justice saisi.»

³ - Ch. Bruneau, op.cit., p. 264, no 278: «Les crédit-bailleurs ayant publié leurs contrat ne sont donc plus tenus désormais de revendiquer leurs biens dans le délai préfix de l'article 115 et ne risquent pas d'en perdre la propriété pour tardivité de leur action. »

انظر حاليا من قضاء النقض الفرنسي:

Cass. Com. 18 sep. 2012, n° 11- 21. 744.

⁴ - Guy Duranton, op.cit. p. 38, n° 239: «Les contrats ayant fait l'objet d'une publicité, les crédits-bailleurs, n'ont plus à exercer l'action en revendication, mais seulement la demande de restitution, cette demande n'est enfermée dans aucun délai et le défaut d'exercice n'entraîne pas la sanction»; V. Cass. Com. 5 juill. 2005, D. 2005, n° 31, note Le Corre-Broly; L. LEVENEUR, «Crédit-bail: du baume au coeur pour les crédits-bailleurs », Contrats concurrence et consommation, 1995, p. 1 s. ;J.-L. COURTIER, « Crédit-bail mobilier, action en revendication de l'article 115 L. 1985 », LPA 14 Janvier 1994, p. 12 ; Y. CHAPUT, « L'influence du droit des entreprises en difficulté sur le crédit-bail,(simple aide-mémoire) », Droit des sociétés, 1997, p. 4 s.

⁵ - والراجع فقها وقانونا في فرنسا هو التفرقة بين دعوى استرداد «action en revendication» المنقولات المؤجرة والتي يشترط فيها عدم وجود الشهر لعقد الاعتماد الإيجاري وبين ما يعرف بدعوى أو طلب استرجاع «action ou demande en restitution» التي تهدف إلى الاسترجاع المادي «la reprise matérielle» للأصل المنقول بشرط الاحترام المسبق لإجراءات الاشهار، وإن كلا الدعويين مختلفتين من حيث الماهية، انظر في هذه التفرقة:

A. Martin Serf, « Revendications et restitutions questions procédurales », LPA, 28/10/98, n°129, p. 23.

وانظر كذلك المادة L. 624-10 من التقنين التجاري الفرنسي:

«Le propriétaire d'un bien est dispensé de faire reconnaître son droit de propriété lorsque le contrat portant sur ce bien a fait l'objet d'une publicité. Il peut réclamer la restitution de son bien dans des conditions fixées par décret en Conseil d'Etat.»

الفصل الاول: دعوى الاسترداد كأثر لحق ملكية مؤجر المنقول المادي في عقد الاعتماد الإيجاري

لا يفقد حق ملكيته، ويصبح فقط غير قابل للاحتجاج به في الإجراءات الجماعية، ويظل من الممكن الاحتجاج بحق الملكية على المستأجر المدين في كل الحالات.¹

لكن مع صدور الأمر رقم 1345-2008، تم توحيد نقطة بداية احتساب أجل دعوى استرداد المنقولات المادية، فالمادة L624-9 من التقنين التجاري الحالي لا تتضمن أية تفرقة في احتساب الآجال فيما إذا كان العقد المعني ساريا أم لا في تاريخ صدور حكم افتتاح الإجراءات.²

وفي الحالة التي لا يحترم فيها أجل ممارسة دعوى الاسترداد فإن الجزاء المتولد هنا هو السقوط (Forclos)، وقد اعتبر جانب³ من الفقه الفرنسي هذا الجزاء صارما «sanction sévère»، غير أن الحقيقة خلاف ذلك، فهذا الجزاء يتناغم مع مصلحة دائني المشروع المتعثر، بما أنه يجد من حالات

¹ - إذ لا يمكن اعتبار المستأجر المدين من الغير حسن النية الذي لا يمكن الاحتجاج ضده بحق الملكية بفعل غياب الشهر، كما لا يمكن اعتباره داخلا في مفهوم الإجراءات الجماعية التي لا يمكن الاحتجاج تجاهها بحق الملكية بفعل عدم الشهر، انظر:

Cass. Com. 4 janv. 2000, D. 2000. 553, note le Corre-Broly: «... dans les rapports entre le débiteur et le bailleur, 'absence de revendication est sans incidence».

² - Article L624-9: Modifié par Ordonnance n°2008-1345 du 18 décembre 2008 - art. 41 «La revendication des meubles ne peut être exercée que dans le délai de trois mois suivant la publication du jugement ouvrant la procédure. »

وقد لاقى إلغاء ازدواجية احتساب الآجال استحسانا من الفقه الفرنسي، انظر على سبيل المثال:

«La suppression du délai double qui avait été mis en place par la reforme du 10 juin 1994 a été saluée par les auteurs français...» V. Laetitia Franck, thèse précitée, marge n° 654, p. 239 et 240; E. Le Corre-Broly, «Les modifications apportées par l'ordonnance du 18 décembre 2008 en matière de revendication et de restitution, Gaz.pal. 2009, N° 69, p. 48.

وقدم اقتراح هذا الحل قبل ذلك من قبل البعض:

F. Pérochon, «La procédure des revendications et des restitutions dans les procédures collectives», LPA, 2008, n° 239, p. 56 et s.

³ - قارن:

M. Le Corre et E. Le Corre-Broly, «L'analyse jurisprudentielle de la demande en acquiescement de revendication », D. 2002, p. 948.

الفصل الاول: دعوى الاسترداد كأثر لحق ملكية مؤجر المنقول المادي في عقد الاعتماد الإجاري

الاسترداد للمنقولات التي تعد من الضمان العام لهم، وليس من شأن هذا الوضع - حسب ما انتهت إليه محكمة النقض الفرنسية في أحكام حديثة- المساس بحق ملكية المؤجر الدائن المكفول بنصوص دستورية.¹

ومع ذلك، نؤيد انتقاد جزاء السقوط بسبب عدم مراعاة آجال الاسترداد، من حيث كونه يتناقض مع طبيعة طلب الموافقة على الاسترداد «Demande en acquiescement de revendication»، فهذا الأخير حسب إجماع الفقه² والقضاء³ الفرنسيين طلب غير قضائي، فلا يتصور بالتالي مواجهته بجزاء السقوط الذي يتعلق بعدم قبول طلب قضائي وارد خارج الآجال القانونية.

موقف التشريع المغربي:

على غرار الوضع في التشريع الفرنسي قبل سنة 2008، لا تسمح المادة 667 من مدونة التجارة بأن تتم ممارسة استرداد المنقولات إلا داخل أجل الثلاثة أشهر التالية لنشر الحكم القاضي بافتتاح إجراءات التسوية أو التصفية القضائية، وإذا تعلق الأمر باسترداد منقولات موضوع عقد جار في تاريخ صدور الحكم القاضي بافتتاح الإجراءات ضد المشروع المتوقف عن الدفع، فإن بداية سريان الأجل المذكور آنفا لا تكون إلا انطلاقا من تاريخ فسخ أو انتهاء هذا العقد.

¹ - Cass.Com. 15 mars 2011, n° 10- 40073, Gaz. Pal., 2011, p. 32-33, obs. E. Le Corre-Broly, Rev. des Soc. 2011, p. 387, obs. P. Roussel Galle.

وبالتالي لن يتمكن المؤجر المالك من الإفلات من جزاء السقوط إلى في حالة توافر القوة القاهرة «*Contra non valeatem a gere non currit praescriptio*»، انظر المادة 2234 من التقنين المدني الفرنسي:

Article 2234:Modifié par LOI n°2008-561 du 17 juin 2008 - art. 1

«La prescription ne court pas ou est suspendue contre celui qui est dans l'impossibilité d'agir par suite d'un empêchement résultant de la loi, de la convention ou de la force majeure.»

ومع ذلك يرفض القضاء الفرنسي تطبيق المادة السابقة بالنسبة للاسترداد في مادة الاعتماد الإجاري لجميع الحالات، انظر حكم محكمة الاستئناف، وتأكيده بقرار النقض الآتين:

CA Agen, 17/06/1996, confirme par: Cass. Com. 2/03/1999, n° 96-19253.s

كما يرفض القضاء الفرنسي مبرر مكان الإقامة المؤجر المالي وبعد المسافة كمبرر لتمديد آجال دعوى الاسترداد وتطبيق المادة 643 من تقنين الإجراءات المدنية الجديد:

Cass. Com. 7 fèv. 2006, n° 04-19342, Bull. civ. IV, n° 30; Gaz. Pal. 2006, n° 124, p. 51, obs. E. Le Corre-Broly.

² - «... en revanche, le dépassement du délai de cette demande amiable entraine la forclusion. Les auteurs français sont particulièrement critique sur ce point. Il est selon eux, curieux d'enfermer dans un délai de forclusion une démarche qui n'est pas une demande en justice, dans la mesure ou la forclusion désigne véritablement la fermeture d'une action en justice»

E. Le Corre- Broly et P. M. Le Corre, «L'analyse jurisprudentielle...», art. préc., p. 948 et s.

³ - Cass. Com. 6 mars 2001, n° 98-15099, Bull. civ. IV, n° 50; D. 2001, p. 1099, obs. A.. Lienard; JCP. Ent. 2001, p. 1472, n° 12, obs. M. Cabrillac et P. Petel; RTD. Com. 2001, p. 524, obs. J.-L. Vallens.

المطلب الثاني

التصريح بالديون إلى السنديك في عقد الاعتماد الإيجاري للمنقول

"La déclaration au passif de la créance du crédit-bailleur"

في إطار إعداد مشروع مخطط تسوية المشروع الخاضع لإجراءات المعالجة، يقوم السنديك بتحديد خصوم هذا المشروع إما بناء على الديون التي يتم التصريح بها له أو بناءً على قائمة هذه الديون قد يسلمها إليه المدين عند الاقتضاء، مما يعطي لإجراء من هذا القبيل أهمية قصوى بالنسبة لوضعية الدائنين ذوي الحقوق السابقة في النشأة للحكم القاضي بافتتاح الإجراءات بمن فيهم شركة الاعتماد الإيجاري.⁽¹⁾ وقد وضع المشرع الإطار القانوني الذي يتم فيه التصريح بالديون وذلك سواء من حيث فئة الدائنين الملزمين بذلك وهل تعد الشركة المؤجرة ضمن هذه الفئة (فرع أول) أو من حيث مشتملات هذا التصريح (فرع ثان) أو أجل القيام به (فرع ثالث) والجزء المترتب على عدم التقيد بهذا الأجل (فرع رابع):

الفرع الأول: مدى الزامية التصريح بالنسبة لشركة الاعتماد الإيجاري:

طبقاً لمقتضيات المادة L622-24 من التقنين التجاري الفرنسي²، يتعين على كل الدائنين الذين نشأت ديونهم قبل الحكم القاضي بافتتاح الإجراءات، أن يقدموا تصريحاً بهذه الديون السنديك، ويستثنى من الخضوع لهذا الإجراء المأجورون، أي الدائنون الذين نشأت ديونهم عن علاقة عمل تربطهم برئيس المشروع الخاضع لإجراءات المعالجة أو لإجراءات التصفية القضائية.

ولذلك فقاعدة التصريح بالديون إلى السنديك لا تهم سوى الدائنين الناشئة ديونهم قبل حكم افتتاح الاجراءات سواء أكانت هذه الديون عادية أم مضمونة بامتياز أو رهن أو أي ضمان آخر⁽³⁾، فهذا ما أكد عليه المشرع المغربي عندما نص في الفقرة الأولى من المادة 686 من مدونة التجارة على ضرورة قيام

¹ - أضف إلى ذلك أن التصريح بالديون إلى السنديك يعتبر الوسيلة المعتمدة في تحديد خصوم المشروع الخاضع لإجراءات التصفية القضائية.

² - انظر المادة 686 من مدونة التجارة المغربية.

³ - أما الدائنون الناشئة ديونهم بعد حكم بافتتاح الإجراءات، فلا يلزمون بالتصريح إلى السنديك بهذه الديون بل إنهم يعاملون معاملة خاصة . وبخصوص التصريح بالديون في التشريع الجزائري، تنص المادة 280 من التقنين التجاري على أنه: " ابتداء من صدور الحكم بشهر الافلاس أو بالتسوية القضائية يقوم جميع الدائنين الممتازين أم لا بما في ذلك الخزينة العامة بتسليم السنديك مستنداتهم مع جدول بيان الاوراق المقدمة والمبالغ المطالب بها، ويكون التوقيع على هذا الجدول مع الاقرار بصحتها ومطابقتها إما من الدائن أو وكيل قانوني عنه...."

الفصل الاول: دعوى الاسترداد كأثر لحق ملكية مؤجر المنقول المادي في عقد الاعتماد الإيجاري

السنديك شخصيا بالاتصال بالدائنين الحاملين إما لضمانات مستوفاة بشأنها إجراءات الشهر اللازمة، وإما لعقود اعتماد إيجاري تم شهرها، وذلك من أجل إشعارهم بأنه يتعين عليهم التصريح إليه بديونهم، إذ يتم هذا الاتصال في الموطن المختار للدائن المعني بالأمر.¹

وهكذا فعلى خلاف الدائنين العاديين الذين يتم الاكتفاء بالنسبة إليهم، بالدعوة إلى التصريح بالديون للسنديك الموجهة إليهم عبر نشر إعلان بالحكم القاضي بافتتاح الإجراءات كما تنص على ذلك المادة 569 من مدونة التجارة المغربية، فإن الدائنين الحاملين لضمانات أو لعقود الاعتماد الإيجاري، تم شهرها وفقا لما ينص عليه القانون، يشعرون علاوة على ذلك من طرف السنديك شخصيا، وإن اقتضى الحال، في موطنهم المختار.

وقد يطرح ذلك إشكالا بخصوص نقطة بداية سريان أجل التصريح بالديون بالنسبة للدائنين الحاملين لعقود اعتماد إيجاري، ويتمثل هذا الإشكال كما نرى لاحقا، في تحديد ما إذا كانت بداية الأجل تحسب من تاريخ نشر إشعار بالحكم القاضي بافتتاح الإجراءات أم من تاريخ وصول الإشعار الذي يجب على السنديك أن يوجهه إلى كل دائن على حدة من الدائنين المذكورين تطبيقا لأحكام الفقرة الأولى من المادة 686 من مدونة التجارة بمن فيهم الشركة المؤجرة.

ومع ذلك يمكن لشركة الاعتماد الإيجاري المعنية أن تصرح، بما لها من ديون على المشروع المستأجر، وعلى العموم يتم التصريح بالديون بواسطة المؤجر شخصيا، أو بواسطة أي شخص آخر يختاره أو يوكله للقيام بهذا التصريح.²

كما أن التصريح إلى السنديك بالديون الناشئة قبل صدور الحكم القاضي بافتتاح الاجراءات عموما لا يتوقف على ضرورة أن يكون الدين مثبتا في سند، بل إن المشرع المغربي يلزم بمقتضى الفقرة الثانية

¹ - وقد نص على هذا الالتزام بالمادة السابقة المشرع الجزائري: " ويتعين إخبار الدائنين المستفيدين بضمانات صدر نشرها شخصيا وعند الاقتضاء بوطنهم المختار."

² - انظر الفقرة الثانية من المادة L622-24 من التقنين التجاري الفرنسي والمعدلة بموجب الأمر رقم 326-2014 الصادر في 12 مارس 2014:

«...La déclaration des créances peut être faite par le créancier ou par tout préposé ou mandataire de son choix. Le créancier peut ratifier la déclaration faite en son nom jusqu'à ce que le juge statue sur l'admission de la créance.»

الفصل الاول: دعوى الاسترداد كأثر لحق ملكية مؤجر المنقول المادي في عقد الاعتماد الإجاري

من المادة 686 من مدونة التجارة، كل دائن يعود دينه إلى ما قبل صدور هذا الحكم بأن يصرح بدينه حتى ولو لم يكن هذا الدين مثبتا بسند، ذلك أن التصريح بالديون إلى السنديك، المعين من طرف المحكمة لتسيير الإجراءات ليس سوى مرحلة إعدادية لتحديد خصوم المشروع تليها مرحلة أخرى يتم خلالها تحقيق الديون المصرح بها، حيث يتم بعد هذا التحقيق وضع قائمة بالديون المقبولة وبذلك المرفوضة.

كما تجدر الإشارة إلى أنه علاوة على التصريح إلى السنديك بالديون الملزم به كل الدائنين الذين لهم على المشروع ديون تعود إلى ما قبل الحكم بافتتاح الاجراءات في مواجهة هذه الأخيرة⁽¹⁾، يوجب المشرع على رئيس المشروع، بمقتضى الفقرة الأولى من المادة 686 من مدونة التجارة، بأن يسلم للسنديك قائمة مصادقا عليها بدائنيه وبمبلغ ديونه خلال ثمانية أيام على الأكثر بعد صدور الحكم القاضي بافتتاح الإجراءات وذلك باستثناء الحالة التي تم فيها افتتاح الإجراءات بناء على التصريح بالتوقف عن الدفع الذي يقدمه المدين تطبيقا للمادة 561 من مدونة التجارة⁽²⁾.

وحسب الفقرة الثانية من المادة 689 من مدونة التجارة، فإن القائمة التي يجب على رئيس المشروع المفتتحة ضده الاجراءات أن يسلمها للسنديك تضم أسماء أو تسميات الدائنين ومقر أو موطن كل دائن مع الإشارة إلى المبالغ المستحقة في يوم صدور الحكم وإلى طبيعة كل دين والضمانات والامتيازات التي يكون هذا الدين مقرونا بها إذا اقتضى الحال.

إلا أن الواجب الملقى على كاهل رئيس المشروع بموجب المادة 689 من مدونة التجارة لا يعفي الدائنين -بمن فيهم شركة الاعتماد الإجاري-، الملزمين بالتصريح بديونهم إلى السنديك وفقا لأحكام المادة 689 من هذه المدونة، من القيام بهذا الإجراء داخل هذا الأجل المحدد له. ذلك أن عدم التصريح داخل هذا الأجل يؤدي إلى حرمان الدائن المعني بالأمر من الاستفادة من التوزيعات التي تجري على الدائنين

¹ - وذلك بطبيعة الحال باستثناء المأجورين الذين لا يلزمون بالتصريح بديونهم إلى السنديك لأن وضعيتهم تعفيهم من تقديم هذا التصريح.

² - لأن افتتاح الاجراءات بناء على التصريح بالتوقف عن الدفع الذي يقدمه رئيس المشروع يتم بمراعاة أحكام المادة 562 من مدونة التجارة التي تلزم هذا الأخير بأن يرفق بتصريحه المذكور بالعديد من الوثائق من ضمنها لائحة بدائنيه ومدنيه مع الإشارة إلى مكان إقامتهم ومبلغ حقوقهم وديونهم وضمائم عند تاريخ التوقف عن الدفع.

الفصل الاول: دعوى الاسترداد كأثر لحق ملكية مؤجر المنقول المادي في عقد الاعتماد الإيجاري

المقبولة ديونهم ما لم يقضي القاضي المنتدب برفع هذا الحرمان⁽¹⁾ عنهم كما سنرى لاحقا بمزيد من التفصيل في معرض حديثنا عن الجزاء المترتب على عدم قيام الدائن بالتصريح بدينه إلى السنديك في الأجل القانوني المحدد لهذا الغرض.

الفرع الثاني: مشتملات التصريح بالديون إلى السنديك

لقد حدد المشرع الفرنسي بمقتضى المادة R-622-23² من التقنين التجاري الفرنسي، مضمون التصريح بالديون إلى السنديك وكذا مختلف البيانات التي يجب أن يشملها هذا التصريح، فبناء على الفقرة الأولى من هذه المادة، يضم التصريح المذكور مبلغ الدين المستحق في تاريخ صدور الحكم بافتتاح الإجراءات مع تحديد قسط الدين المؤجل في حالة ما إذا كانت هذه الإجراءات إجراءات تسوية قضائية لا يترتب على فتحها سقوط الأجل (كما تنص على ذلك المادة 571 من مدونة التجارة، أما في حالة افتتاح إجراءات للتصفية القضائية، فإن الأمر خلاف ذلك، إذ تنص المادة 627 من هذه المدونة على أنه "يترتب على الحكم القاضي بافتتاح التصفية القضائية حلول آجال الديون المؤجلة").

كما يجب أن تتم الإشارة في التصريح بالديون إلى السنديك إلى طبيعة الامتياز أو الضمان الذي قد يكون الدين مقرونا به، وإذا كان الأمر متعلقا بديون محددة بعملية أجنبية، يتم التحويل إلى العملة الوطنية حسب سعر الصرف الجاري به العمل بتاريخ صدور الحكم القاضي بافتتاح الإجراءات.

¹ - تنص المادة 281 من التقنين التجاري الجزائري: "عند عدم إحضار السندات في مهلة شهر لا يقبل المتخلفون في التوزيع والأرباح ما لم ترفع عنهم المحكمة سقوط هذه المهلة إذا أثبتوا أن لا يد لهم في هذا التخلف، وفي هذه الحالة لا يمكن لهم إلا المشاركة في توزيع الحصص أو الأرباح المقبلة." وتجدر الإشارة إلى أن بعض الفقه في فرنسا يرى بأن مقتضيات المادة 52 من القانون الفرنسي لسنة 1985، المطابقة للمادة 689 من المدونة المغربية التجارية، تعتبر بمثابة خدعة أو فخ يمكن أن يذهب ضحيته بعض الدائنين، أنظر بهذا الخصوص:

B. Dureuil, "De quelques pièges tendus au créancier à l'occasion de la déclaration et de la et de la vérification de sa créance au passif", Rev. Proc. coll. 1992, p. 17.

² -Art. R622-23:« Outre les indications prévues à l'article L. 622-25, la déclaration de créance contient :

1° Les éléments de nature à prouver l'existence et le montant de la créance si elle ne résulte pas d'un titre ; à défaut, une évaluation de la créance si son montant n'a pas encore été fixé ;

2° Les modalités de calcul des intérêts dont le cours n'est pas arrêté, cette indication valant déclaration pour le montant ultérieurement arrêté ;

3° L'indication de la juridiction saisie si la créance fait l'objet d'un litige.

A cette déclaration sont joints sous bordereau les documents justificatifs ; ceux-ci peuvent être produits en copie. A tout moment, le mandataire judiciaire peut demander la production de documents qui n'auraient pas été joints.»

راجع كذلك المادة 688 من مدونة التجارة المغربية، والمادة R-622-23 من التقنين التجاري الفرنسي.

الفصل الاول: دعوى الاسترداد كأثر لحق ملكية مؤجر المنقول المادي في عقد الاعتماد الإيجاري

وبالإضافة إلى ذلك تنص الفقرة الرابعة من المادة 688 من مدونة التجارة المغربية على أن التصريح

بالديون إلى السنديك يجب أن يشمل أيضا:

- العناصر التي من شأنها أن تثبت وجود الدين ومبلغه إذا لم يكن ناجما عن سند، وإن تعذر

ذلك، تقييما للدين إذا لم يحدد مبلغه بعد؛

- كيفية احتساب الفوائد في حالة سريانها مع تنفيذ مخطط الاستمرارية؛

- الإشارة إلى المحكمة التي رفعت إليها الدعوى إذا كان الدين موضوع نزاع.

ومما تجدر الإشارة إليه في هذا الصدد أن محكمة النقض الفرنسية قررت، في سياق تطبيقها

لمقتضيات المادة 67 من مرسوم 27 ديسمبر 1985، المستقاة منها مقتضيات المادة L622-25¹ من

التقنين التجاري وكذا الفقرة الرابعة من المادة 688 من المدونة المغربية للتجارة، أنه يتعين على الدائن،

الذي يكون دينه موضوع نزاع معروض على نظر إحدى المحاكم، أن يقوم بتصريح نهائي يحدد فيه مبلغ

طلبه الذي ينبغي أن يكون ممثلا لأقصى ما يمكن أن يحكم له به من طرف المحكمة المعروض عليها هذا

النزاع⁽²⁾.

وطبقا للفقرة الأخيرة من المادة R-622-23 من التقنين التجاري الفرنسي، يجب أن يرفق

التصريح بالديون إلى السنديك بقائمة تتضمن وثائق الإثبات المعززة لحق الدائن الذي قدم التصريح، ويمكن

أن يتم تقديم هذه الوثائق على شكل نسخ وذلك مع مراعاة حق السنديك الذي يمكنه أن يطلب في أي

وقت تقديم الوثائق تكميلية أو أصول الوثائق المرفقة.

¹ - Article L622-25 (Modifié par Loi n°2005-845 du 26 juillet 2005 - art. 1 (V) JORF 27 juillet 2005 en vigueur le 1er janvier 2006 sous réserve art. 190)

«La déclaration porte le montant de la créance due au jour du jugement d'ouverture avec indication des sommes à échoir et de la date de leurs échéances. Elle précise la nature du privilège ou de la sûreté dont la créance est éventuellement assortie.

Lorsqu'il s'agit de créances en monnaie étrangère, la conversion en euros a lieu selon le cours du change à la date du jugement d'ouverture.

Sauf si elle résulte d'un titre exécutoire, la créance déclarée est certifiée sincère par le créancier. Le visa du commissaire aux comptes ou, à défaut, de l'expert-comptable sur la déclaration de créance peut être demandé par le juge-commissaire. Le refus de visa est motivé.»

² - Cass. Com. 22 juill. 1986, Dalloz, 1988, somm. commerciale, 96, note F. Derrida.

Cass. Com. 12 fèv. 1991, Dalloz, 1992, somm. commerciale, 249, note F. Derrida.

الفرع الثالث: أجل التصريح بالديون إلى المتصرف القضائي أو السنديك

يلاحظ من خلال ما أورده المشرع الجزائري في المادة 281 من التقنين التجاري، أن المهلة الممنوحة للدائن ليصرح بدينه لا تتعدى شهرا واحدا، في حين أن المادة R622-24 من التقنين التجاري الفرنسي تقضي بأن أجل التصريح بالديون لا يتعدى شهرين من تاريخ الحكم المفتوح للإجراءات، بينما يمدد المشرع الفرنسي الأجل السابق لمثله في حالات استثنائية حسب سياق ذات المادة؛¹ حيث نجد أن التشريع الفرنسي يقضي بأن أجل التصريح بالديون يختلف باختلاف بلد إقامة الدائن المعني بالأمر (أولا) وكذا باختلاف أساس وطبيعة الدين الواجب التصريح به (ثانيا):

أولا: أجل التصريح بالديون حسب بلد إقامة الدائن

بناء على المادة R622-24 من التقنين التجاري الفرنسي، يجب على الدائن أن يقدم تصريحا بديونه إلى المدير أو المصفي داخل أجل أقصاه شهرين ابتداء من تاريخ نشر الحكم القاضي بفتح الإجراءات. ويتم تمديد هذا الأجل بشهرين آخرين بالنسبة للدائنين القاطنين خارج الإقليم الفرنسي.²

ثانيا: أجل التصريح بالديون حسب طبيعتها.

يستفاد مما ذكر آنفا أن المشرع يعتد بتاريخ نشر ملخص لحكم افتتاح الإجراءات ويعتبره بداية لاحتساب أجل التصريح بالديون إلى المتصرف القضائي "mandataire judiciaire" وذلك سواء بالنسبة للدائنين القاطنين داخل الإقليم الفرنسي أو هؤلاء الذين يقيمون خارجه.

¹ - Article R622-24(Modifié par DÉCRET n°2014-736 du 30 juin 2014 - art. 50):

«Le délai de déclaration fixé en application de l'article L. 622-26 est de deux mois à compter de la publication du jugement d'ouverture au Bulletin officiel des annonces civiles et commerciales. Le même délai est applicable à l'information prévue par le troisième alinéa de l'article L. 622-24.

Lorsque la procédure est ouverte par une juridiction qui a son siège sur le territoire de la France métropolitaine, le délai de déclaration est augmenté de deux mois pour les créanciers qui ne demeurent pas sur ce territoire.

Lorsque la procédure est ouverte par une juridiction qui a son siège dans un département ou une collectivité d'outre-mer, le délai de déclaration est augmenté de deux mois pour les créanciers qui ne demeurent pas dans ce département ou cette collectivité.»

انظر نفس الموقف بالنسبة للمشرع المغربي في المادة 687 من مدونة التجارة المغربية.

² - قارن المادة 687 من مدونة التجارة المغربية.

الفصل الاول: دعوى الاسترداد كأثر لحق ملكية مؤجر المنقول المادي في عقد الاعتماد الإيجاري

على أن القاعدة المذكورة - حسب نص الفقرة الأولى من المادة L622-24 -¹ لا تطبق سوى على الديون المجردة من الضمانات وعلى تلك التي لا يكون مصدرها عقد اعتماد إيجاري محله أدوات ومعدات أو غيرها من الأصول المنقولة مادام أن المشرع يلزم المتصرف القضائي بأن يشعر شخصيا كافة الدائنين الحاملين لضمانات أو لعقود اعتماد إيجاري ثم شهرها ويدعوهم، من خلال هذا الإشعار الخاص، إلى التصريح بديونهم إليه وفق الشكليات المحددة بالقانون، ويتم هذا الإشعار داخل أجل خمسة عشر يوما من تاريخ صدور حكم الافتتاح.²

وتطبيقا لذلك، فعدم قيام المتصرف القضائي شخصيا بإشعار الدائنين الحاملين لضمانات أو لعقود اعتماد إيجاري من شأنه أن يجعل هؤلاء الدائنين غير ملزمين بالأجل المنصوص عليه في المادة R622-24 من التقنين التجاري،³ مما يحول بالتالي دون إخضاعهم للجزاءات المنصوص عليها قانونا والمقررة ضد الدائنين الذين لا يقومون بالتصريح بديونهم إلى السنديك داخل الأجل القانوني المحدد لهذا الغرض.

ومما يؤكد الطرح المذكور آنفا أن المشرع المغربي ذاته يستبعد، من نطاق تطبيق الجزاء المقرر بموجب المادة 690 من مدونة التجارة، الدائنين الحاملين لضمانات أو لعقود اعتماد إيجاري، تم شهرها وفق الكيفيات المنصوص عليها في القانون، والذين لم يتم إشعارهم شخصا من طرف السنديك تطبيقا لمقتضيات المادة 686 من هذه المدونة. فقد ورد في الفقرة الثانية من المادة 690 السالفة الذكر أنه "لا يواجه بالسقوط الدائنون الذين لم يشعروا شخصا خرقا لمقتضيات المادة 686".

وعلاوة على ما سبق، هناك أجل للتصريح بالديون إلى السنديك خاص بالمتعاقدين المنصوص عليهم في المادة 573 من مدونة التجارة والذين يتم فسخ عقودهم الجارية التنفيذ من تاريخ صدور الحكم

¹ - «...Les créanciers titulaires d'une sûreté publiée ou liés au débiteur par un contrat publié sont avertis personnellement ou, s'il y a lieu, à domicile élu. Le délai de déclaration court à l'égard de ceux-ci à compter de la notification de cet avertissement.»; F.-X. Lucas et H. Lecuyer, La réforme des procédures collectives/La loi de sauvegarde article par article, LGDJ, 2006, p. 140.

² - Article R622-21/1: (Modifié par DÉCRET n°2015-1009 du 18 août 2015 - art. 6)
«...Le mandataire judiciaire, dans le délai de quinze jours à compter du jugement d'ouverture, avertit les créanciers connus d'avoir à lui déclarer leurs créances dans le délai mentionné à l'article R. 622-24.»

انظر المادة 690 من مدونة التجارة المغربية.

³ - V. Laetitia Franck, thèse précitée, n° 267, p. 141; CA Amiens, Ch. Economique, 17 nov. 2005, JurisData n° 2005-298741.

الفصل الاول: دعوى الاسترداد كأثر لحق ملكية مؤجر المنقول المادي في عقد الاعتماد الإيجاري

القاضي بافتتاح الإجراءات⁽¹⁾. فحسب الفقرة الثانية من المادة 687 من هذه المدونة، لا ينتهي أجل التصريح بالديون إلى السنديك، فيما يخص هؤلاء المتعاقدين، إلا بمرور خمسة عشر يوما التالية لتاريخ الحصول على التحلي عن مواصلة العقد من طرف السنديك، وذلك كلما كان هذا التاريخ لاحقا لتاريخ انتهاء الأجل المنصوص عليه في الفقرة الأولى من هذه المادة⁽²⁾.

الفرع الرابع: الجزاء المرتب على عدم التصريح بالديون إلى السنديك داخل الأجل القانوني

يعتبر أجل التصريح بالديون إلى السنديك أجل سقوط «Forclusion» وليس أجل تقادم³ ومن ثم فلا يمكن أن يكون الأجل المذكور موضوع وقف Suspension أو انقطاع Interruption على خلاف ما يعمل به في مجال آجال التقادم⁴، مما يدل على أن المشرع يفرض على دائني المشروع المفتوحة ضده إجراءات المعالجة أو إجراءات التصفية القضائية - إن اقتضى الحال - التحلي باليقظة والحرص في بذل كل ما في وسعهم للحفاظ على حقوقهم المترتبة على هذا المشروع، ذلك أن عدم التقيد بالأجل المحدد بالقانون للتصريح بالديون إلى السنديك يترتب عليه سقوط حق الدائن المعني بالأمر في المطالبة بما له من ديون على المشروع (أولا) وذلك ما لم يسلك الدعوى الرامية إلى رفع هذا السقوط (ثانيا). ومع ذلك فإن الفقه والقضاء الفرنسيين يُجمعان⁵ على عدم كون التصريح بالدين شرطا أساسيا لممارسة دعوى استرداد المنقول المادي في عقد الاعتماد الإيجاري وغيره من العقود المتضمنة للاحتفاظ بالملكية، وهذا ما سنعرض له في العناصر الموالية:

¹ - وللتذكير، فالمادة 573 من مدونة التجارة تنص على أنه:

"يجب على المتعاقد أن يفي بالتزاماته رغم عدم وفاء المقاول بالتزاماتها السابقة لفتح المسطرة، ولا يترتب على عدم تنفيذ هذه الالتزامات سوى منح الدائنين حق التصريح بها في قائمة الخصوم.

عندما لا يختار السنديك متابعة تنفيذ العقد، يمكن أن يؤدي ذلك إلى دعوى التعويض عن الأضرار يدرج مبلغه على قائمة الخصوم. غير أنه يمكن للطرف الآخر تأجيل إرجاع المبالغ الزائدة التي دفعتها المقاول تنفيذًا للعقد حتى يتم البت في دعوى التعويض عن الأضرار".

² - ويتعلق الأمر بطبيعة الحال بأجل شهرين ابتداء من تاريخ نشر الحكم بفتح المسطرة بالجريدة الرسمية، هذا الأجل الذي يتم تمديده بشهرين آخرين بالنسبة للدائنين القاطنين خارج المملكة المغربية.

³ - C. A. Paris -6 Décembre 1991, Rev. Proc. coll. 1992-p.83, note Dureuil.

⁴ - وبخصوص كيفيات إيقاف أو قطع أجل التقادم، راجع المادة 371 وما بعدها من قانون الالتزامات و العقود المغربي.

⁵ - «... La déclaration de créance n'est pas donc une condition de la revendication en droit français. La jurisprudence est bien établie dans ce sens», V. H.D. Modo Koko Bebey, L'action en revendication dans les procédures collectives du droit français et de l'OHADA, RTDJA, n° 002, Juill-Aout-Sep. 2009, p. 31; Arlette Martin Serf, RTD. Com. N° 3, 1998, p. 689; Cass. Com. 29 janv. 1991 et 20 oct. 1992. D. 1993

أولاً- سقوط الحق كجزاء عن عدم التصريح بالديون إلى السنديك داخل الأجل المحدد

بالقانون

يقتضي الأمر تحديد مؤدى السقوط الذي يطال الديون التي لم يتم التصريح بها إلى السنديك داخل الأجل القانوني، وذلك قبل تحديد الآثار المترتبة على هذا السقوط ذاته:

1- مؤدى سقوط الديون غير المصرح بها إلى السنديك

في حالة عدم القيام بالتصريح بالديون إلى السنديك داخل الأجل القانوني المحدد في المادة 687 من مدونة التجارة، فإن الجزاء الذين يترتب على ذلك يتمثل في كون الدائن المعني بالأمر لا يمكنه، بناء على مقتضيات الفقرة الأولى من المادة 690 من هذه المدونة، أن يقبل في التوزيعات التي تمت وفي المبالغ التي لم توزع بعد، إلا إذا رفع عنه القاضي المنتدب هذا الجزاء بعد أن يثبت بأن سبب عدم التصريح بديونه إلى السنديك لا يعود إليه .

ومما ينبغي التأكيد عليه في هذا الصدد أن الجزاء المذكور، المتمثل في السقوط يطبق من حيث المبدأ على جميع الدائنين الملزمين بالتصريح بديونهم إلى السنديك ضمن أحكام المادة 686 من مدونة التجارة، فسواء تعلق الأمر بالدائنين المدرجة أسمائهم في القائمة المنصوص عليها على التوالي في المادتين 571 و 689 من مدونة التجارة أم بأولئك غير المدرجة أسمائهم أو تسمياتهم في هذه القائمة، يتعرض الدائن للسقوط المشار إليه في الفقرة الأولى من المادة 960 من هذه المدونة إذا لم يتم بالتصريح بدينه إلى السنديك داخل الأجل القانوني المحدد لذلك، ولو كان التصريح يهدف إلى تكملة تصريح آخر تم داخل هذا الأجل.¹

غير أن السقوط كجزاء يترتب على عدم القيام بالتصريح بالديون إلى السنديك داخل الأجل القانوني المحدد لهذا الغرض، لا يطبق على كل دائن يحمل ضماناً عينية أو عقد اعتماد إجاري وقع شهرهما إلا إذا كان السنديك قد قام بتوجيه إشعار إليه شخصياً² بواسطة رسالة موصى عليها مع وصل الإشعار بالوصول يخبره فيه بافتتاح الإجراءات ضد المشروع ويدعوه تبعاً لذلك إلى ضرورة التصريح إليه بدينه المترتب

¹⁴ - إذ في هذه الحالة، لا يقبل الدائن في التوزيعات إلا بالنسبة للديون موضوع التصريح الأول الواقع داخل الأجل القانوني للتصريح بالديون إلى السنديك.

² - Cass. com. 27/02/2007, n° 06-12033, Bull. civ. IV.n° 69, Gaz. Pal. Proc. Coll. 2007, p. 45, note E. M.- Bey.

على هذا المشروع،¹ فكما سبقت الإشارة إليه فيما تقدم، فإن السنديك ملزم، بمقتضى نص المادة 686 من مدونة التجارة (المادة 24-622 L من التقنين التجاري الفرنسي)، بأن يقوم بتوجيه هذا الإشعار. وعليه فإذا لم يقم السنديك بما يفرضه عليه المشرع في هذا الإطار تطبق حينئذ مقتضيات الفقرة الثانية من المادة 690 من هذه المدونة التي تنص على أنه: «لا يواجه بالسقوط الدائنون الذين لم يشعروا شخصيا خرقا لمقتضيات المادة 686»².

2- آثار سقوط الديون غير المصرح بها إلى السنديك داخل الأجل القانوني

من أهم آثار سقوط الديون التي لم يتم التصريح بها إلى السنديك داخل الأجل القانوني، أن هذه الديون تنقضي، وذلك تطبيقا لمقتضيات الفقرة الأخيرة من المادة 690 من مدونة التجارة التي تنص على أنه «تنقضي الديون التي لم يصرح بها ولم تكن موضوع دعوى رامية إلى رفع السقوط». ومن ثم فإنه في حالة لم يتم رفع السقوط وفق الإجراءات المحددة لذلك كما سنرى لاحقا، فإن انقضاء الديون غير المصرح بها إلى السنديك يكون بصفة نهائية، مما يحول دون الدائنين المعنيين بالأمر ومطالبة رئيس المشروع بعد ذلك.

وبما أن الديون غير المصرح بها داخل الأجل القانوني تنقضي بالسقوط الذي لم يتم رفعه باتباع الإجراءات المنصوص عليها في القانون بهذا الخصوص، فإن الدائن المهمل يفقد حقه في الرجوع المحتمل ضد الكفلاء إن وجدوا، ذلك أن كل الأسباب التي يترتب عليها بطلان الالتزام الأصلي أو انقضاؤه، يترتب عليها أيضا انتهاء الكفالة كما تنص على ذلك المادة 1150 من قانون الالتزامات والعقود المغربي.³

وعلى العكس من ذلك، فالمدين المتضامن يبقى ملتزما بإزاء الدائن بالرغم من سقوط الدين وانقضائه بالنسبة لرئيس المشروع المفتتحة ضده إجراءات المعالجة، فالمدين المتضامن يكون ملتزما اتجاه الدائن بصفة شخصية وبكيفية مستقلة عن التزام المدين الآخر الخاضع لإجراءات معالجة صعوبات المشروعات كما يستفاد ذلك من المادة 166 من قانون الالتزامات والعقود المغربي التي تنص على أنه: «يثبت التضامن

¹ - Cass. com. 7/07/2009, n° 07-17028 et n° 07-20220, Bull. civ. IV.n° 99, JCP. Entr. 2010. 1011, n° 8, obs. P. Petel.

² - وانظر كذلك بهذا الخصوص:

C.A. Rennes 18 février 1998. JCP. 1998, Editons Entreprise, II 993 note F. X. Lucas.

³ - و بخصوص موقف القضاء من هذا الموضوع، انظر :

Cass. Com, 17 Juillet 1990, JCP.1991-Edition Entreprise, II, 101, note Amlon.

الفصل الاول: دعوى الاسترداد كأثر لحق ملكية مؤجر المنقول المادي في عقد الاعتماد الإجاري

بين المدنيين، إذا كان كل واحد منهم ملتزما شخصيا بالدين بتمامه، وعندئذ يحق للدائن أن يجبر أيًا منهم على أداء هذا الدين كله أو بعضه، ولكن لا يحق له أن يستوفيه إلا مرة واحدة» .

وتوجد على مستوى القضاء وخاصة في فرنسا عدة تطبيقات تخص الديون الملتزم بها عدة مدنيين متضامين يكون أحدهم خاضعا لإجراءات معالجة صعوبات المشروع، فبناء على المادة 1208 من ق.م.ف، قضت محكمة النقض الفرنسية في عدة قرارات بأن انقضاء الدين نتيجة للسقوط المنصوص عليه في المادة 53 من قانون 25 يناير 1985 - كما تم تعديله بقانون 10 يونيو 1994 - لا يكون له أي أثر تجاه باقي المدنيين المتضامين كما هو الشأن مثلا بالنسبة للمؤمنين Assureurs و للصناديق المهنية للضمان المالي ¹ Caisses professionnelles de garantie financière.

وبالرغم مما سبق بيانه، فإن عدم التصريح بالدين أو حتى عدم رفع دعوى الاسترداد، بما في ذلك حالة توافر عقد اعتماد إجاري، لا يؤديان إلى سقوط حق الملكية، لأن السقوط لا يعد من أسباب اكتساب الغير لحق الملكية على المنقولات موضوع العقد.²

ثانيا- رفع السقوط الناتج عن عدم التصريح بالديون إلى السنديك داخل الأجل القانوني

وعيا من المشرع المغربي بخطورة الآثار التي يترتبها على السقوط الدائنين الناتج عن عدم قيامهم بالتصريح بديونهم إلى السنديك داخل الأجل القانوني المنصوص عليه في المادة 687 من مدونة التجارة، وضع إجراءات خاصة برفع هذا السقوط يمكن سلوكها من طرف الدائنين الذين يدعون أن سبب عدم التصريح بالديون لا يعود إليهم، مثلما ورد في الفقرة الأولى من المادة 690 من هذه المدونة .

وتطبيقا لذلك ، فإن رفع السقوط relevé de forclusion يقتضي أن يثبت الدائن المعني بالأمر، من خلال دعواه المرفوعة بهذا الخصوص ضد السنديك إلى القاضي المنتدب، أن هناك سببا أجنبيا حال

¹ - راجع بهذا الخصوص قرارات محكمة النقض الفرنسية الآتية :

Cass. Com, 19 janvier 1993, JCP.1993-Edition Entreprise-II-22056-note P.Petel.

Cass. Com, 5 octobre 1993-Dalloz-1994-p.267-note Sotrais et Derrida .

Cass. Civ, -3^{ème} 1995-4 octobre 1995, JCP.1995-Edition Entreprise-II-22545-note H.Perinet.

وبخصوص موقف الفقه الفرنسي من الحلول التي يقرها القضاء بهذا الشأن و آثارها على الدائنين، راجع :

Y. GUYON, Droit des affaires, Entreprises en difficultés, redressement judiciaire, Faillite, 9^e éd., Economica, Paris, T. 2, 2009, 267 et s.

² - «... La jurisprudence décide également que l'absence même de revendication n'entraîne pas l'extinction du droit de propriété, la forclusion ne constituant pas un mode d'acquisition de ce droit...»

انظر في هذا الاتجاه:

Cass. Com. 4 janv. 2000, D. 2000, J 533.

الفصل الاول: دعوى الاسترداد كأثر لحق ملكية مؤجر المنقول المادي في عقد الاعتماد الإجاري

دون أن يقوم داخل الأجل القانوني بالتصريح بدينه إلى السنديك ، كما هو الشأن مثلا بالنسبة لحالة القوة القاهرة، وبذلك، فلهذا القاضي سلطة واسعة لتقدير ما إذا كان عدم التصريح بالديون داخل الأجل المحدد لذلك القانون يعود إلى الدائن المعني بالأمر أم لا يعود إليه، على أن الأوامر التي يصدرها القاضي المنتدب في هذا المضمار تخضع للطعن بالاستئناف أمام محكمة الاستئناف التجارية وفقا لمقتضيات المادة 697 من مدونة التجارة، كما يمكننا القول بأن القرار الاستئنافي الصادر في هذه الحالة يقبل الطعن بالنقض¹.

وبناء على أحكام الفقرة الثانية من المادة 690 من مدونة التجارة ، فإن ممارسة الدعوى الرامية إلى رفع السقوط *Action en relevé de forclusion* لا تكون ممكنة إلا داخل أجل سنة ابتداء من تاريخ صدور الحكم القاضي بافتتاح المسطرة ضد المشروع المتوقف عن الدفع².

وبالرغم من عدم قيام المشرع بتحديد طبيعة أجل السنة المنصوص عليه في الفقرة الثالثة من المادة 690 من مدونة التجارة، فإننا نرى بأن الأمر يتعلق الحال هذه بأجل سقوط الحق وليس بأجل تقادم، وما ينتج عن ذلك أنه ومهما كانت الأسباب التي حالت دون قيام الدائن بالتصريح بدينه إلى السنديك داخل الأجل القانوني ، لا يمكن لهذا الدائن أن يمارس الدعوى الرامية إلى رفع السقوط إذا ما انصرمت مدة سنة من تاريخ صدور الحكم القاضي بافتتاح الإجراءات، كما أكدت على ذلك محكمة النقض الفرنسية في سياق إعمالها لمقتضيات المادة 53 من قانون 25 يناير 1985 (المادة 46-621 L من التقنين التجاري قبل إلغائها سنة 2006)، المطابقة لمقتضيات المادة 690 من المدونة المغربية للتجارة³.

وهكذا فإذا قرر القاضي المنتدب رفع السقوط عن الدائن الذي أثبت أن سبب عدم التصريح بدينه إلى السنديك داخل الأجل القانوني لا يعود إليه، فإن الدائن لا يمكنه أن يشارك إلا في تقسيم التوزيعات اللاحقة لتاريخ تقديم طلبه الرامي إلى رفع السقوط، ويعفى الدائن في هذه الحالة من التصريح بدينه إلى السنديك مادام أن هذا الأخير سيبلغ بالأمر الذي بمقتضاه عمل القاضي المنتدب على رفع السقوط .

1- مع العلم أنه يجوز في ظل القانون الفرنسي، الذي يعد مصدرا رئيسيا للقانون المغربي المتعلق بصعوبات المقاول، الطعن بالنقض ضد القرارات الصادرة بشأن رفع السقوط الذي يأمر به القاضي المنتدب .

2- وذلك على خلاف أجل التصريح بالديون إلى السنديك والذي يبدأ في السريان من تاريخ نشر الحكم القاضي بافتتاح الإجراءات و ليس من تاريخ صدور هذا الحكم .

3-Cass. Com.,1 Juillet 1997, Bulletin civil, n° 210, p.184.

الفصل الاول: دعوى الاسترداد كأثر لحق ملكية مؤجر المنقول المادي في عقد الاعتماد الإيجاري

على أنه إذا كان رفع السقوط يعني الدائن من التصريح بدينه إلى السنديك، فإن ذلك لا يعفيه في المقابل من الخضوع لإجراءات تحقيق الديون، ذلك أن نظر القاضي المنتدب في الدعوى الرامية إلى رفع السقوط لا ينصرف إلى البحث في مدى وجود الدين من عدمه وجوده، وإنما ينحصر فقط في سبب عدم التصريح بهذا الدين داخل الأجل القانوني المحدد لهذا الغرض وفيما إذا كان هذا السبب يعود أم لا إلى الدائن المعني بالأمر.

المبحث الثاني:

عقد الاعتماد الإجاري للمنقول بين مبدأ مواصلة العقود الجارية ودعوى الاسترداد

إن حق الاسترداد المخول للشركة المؤجرة عند تأخر المستأجر عن الوفاء بالمستحقات المترتبة عليه، يصطدم في الواقع بمبدأ مواصلة العقود جارية التنفيذ، فبالرجوع إلى أحكام المادة 37 من قانون 25 يناير 1985 الفرنسي¹ نجد أنها لم تُخرج صراحة من نطاق تطبيقها عقود الاعتماد الإجاري، مما يعني خضوعها مبدئياً لمضمون المبدأ الذي تقرره. وعلى ذلك نحاول في هذا المبحث تفصيل الموقف التشريعي من هذا الأمر في مطلبين نعالج في الأول مضمون مبدأ مواصلة العقود جارية التنفيذ أما الثاني فتتطرق فيه لمدى تأثير عقد الاعتماد الإجاري للمنقول بالمبدأ السابق:

المطلب الأول: مضمون مبدأ مواصلة العقود جارية التنفيذ

سنعرض في هذا المطلب للمقصود بمبدأ مواصلة العقود جارية التنفيذ في تاريخ افتتاح الإجراءات (فرع أول)، ثم نبين نطاقه (فرع ثان)، وأخيراً نبحث في النتائج التي تترتب على قرار السنديك بمواصلة هذه العقود (فرع ثالث):

الفرع الأول: المقصود بمبدأ مواصلة العقود الجارية في تاريخ افتتاح الاجراءات

"Principe de la continuation des contrats en cours"

إن وضعية المشروع موضوع التسوية القضائية، قد تفرض عليه اللجوء إما إلى إبرام عقود جديدة بعد صدور الحكم القاضي بهذه التسوية، أو الإبقاء والاحتفاظ بالعقود الجارية التي تم إبرامها قبل الإعلان عن هذا الحكم بهدف الحفاظ على نشاط هذا المشروع، وتصحيح وضعيته المالية والاقتصادية، وهي الغاية الأساسية من افتتاح اجراءات التسوية.²

¹ - M. H. MONSERIE, Les contrats dans le redressement et la liquidation judiciaire des entreprises, Préf. C. Saint- Alary- Houin, Litec, 1994. p. 224, n° 239.

وانظر المادة 573 من مدونة التجارة المغربية.

² - يرى البعض أن الحفاظ على العقود جارية التنفيذ بما فيها تلك المبنية على اعتبار شخصي *Intuitu personae* يعكس توجه التشريع الفرنسي وغيره من التشريعات الحديثة نحو إهماس المشروعات المتعثرة ووقايتها من الإفلاس ولو جاءت تبعا لذلك تضحية بالمبادئ الراسخة في نظرية الالتزام، وعلى وجه الخصوص مبادئ الحرية التعاقدية والقوة الملزمة للعقد، انظر في ذلك:

M.-H. MONSERIE, op.cit., p. 21.

الفصل الاول: دعوى الاسترداد كأثر لحق ملكية مؤجر المنقول المادي في عقد الاعتماد الإيجاري

وقد يقع أن تكون مواصلة العقود جارية التنفيذ في تاريخ صدور الحكم القاضي بافتتاح الإجراءات ضد المشروع المتوقف عن الدفع، إما ضرورة لمتابعة نشاط هذا المشروع خلال فترة إعداد الحل، وإما غير ضرورة لذلك، مما يقتضي أن توجد قواعد قانونية مرنة تسمح للسنديك بالتعامل مع أصحاب هذه العقود وفق ما تستدعيه استمرارية الاستغلال أثناء الفترة المذكورة.

واعتبارا لذلك، فالمتصرف Administrateur في القانون الفرنسي أو السنديك في التشريع المغربي، لهما الحق في المطالبة بتنفيذ العقود التي لا زالت سارية المفعول إلى حين افتتاح الإجراءات.

ففي هذا الإطار يخول المشرع الفرنسي بمقتضى الفقرة الأولى من المادة 37 من قانون 25 يناير 1985¹ للمتصرف وحده الحق في المطالبة بمواصلة العقود جارية التنفيذ في تاريخ افتتاح الإجراءات وذلك بتقديمه طلبا للطرف المتعاقد مع المشروع قبل صدور هذا الحكم.²

ويحدد الفقه³ المقصود بالعقود الجارية Contrats en cours على أنها كل عقد يتعلق بخدمة أو بتوريد أو بتأجير ساري التنفيذ في تاريخ الحكم القاضي بافتتاح الإجراءات ولو كان مبنيا على الإعتبار الشخصي للمدين.⁴ وكذا كل عقد آخر لم يتم فسخه قبل هذا التاريخ، بحكم حائز لقوة الأمر المقضي فيه.⁵

ويلاحظ أن مدونة التجارة المغربية، لم تكن أكثر دقة من القانون الفرنسي، إذ أنها لم تقم تمييزا واضحا بين أنواع العقود، فورية كانت أو مستمرة⁽⁶⁾ كما أنها لم تورد استثناءات على أحكام المادة 573 منها، خلافا للتشريع الفرنسي الذي أخرج عقود العمل من أحكام المادة L622-13.⁷

¹ - انظر كذلك في التشريع المغربي المادة 573 من مدونة التجارة.

² - B. Boccara, Procédures collectives et contrats en cours, J.C.P, 1994, Editions entreprises, I, 385.

³ - أحمد شكري السباعي، الوسيط في مساطر الوقاية من الصعوبات التي تعترض المقاولة ومساطر معالجتها، دراسة معمقة في قانون التجارة المغربي الجديد والمقارن، الجزء الثاني، في مساطر المعالجة و لتسوية القضائية، المرجع السابق، ص324.

⁴ - Cass.Com . 2 mars 1993, D. 1993. p. 572. IV., n° 72, p.50.

⁵ - Cass. Com. 12 juin 1990, Bull. Civ. IV. no 172.

⁶ - Cass. Com. 8 Décembre 1987 , J.C.P.E. 1988 II .15163 éd G.20927.Note Jeantin D.1988 , p, 53 .
Obs .Derrida..342: أحمد شكري السباعي، المرجع السابق، ص 342.

⁷ - Article L622-13 Modifié par Ordonnance n°2014-326 du 12 mars 2014 - art. 23

«I. - Nonobstant toute disposition légale ou toute clause contractuelle, aucune indivisibilité, résiliation ou résolution d'un contrat en cours ne peut résulter du seul fait de l'ouverture d'une procédure de sauvegarde...»

الفصل الاول: دعوى الاسترداد كأثر لحق ملكية مؤجر المنقول المادي في عقد الاعتماد الإيجاري

ورغم هذا التباين النسبي، على مستوى مجال تطبيق المادتين سالفتي الذكر، فإنهما يلتقيان في كونهما لم يفردا موقفا صريحا بخصوص العقود المتضمنة احتفاظا بالملكية على سبيل الضمان، بما في ذلك عقد الاعتماد الإيجاري، وهو ما قد يوحي على أنه لو كان المشرع يريد استبعاده لنص على ذلك صراحة.

وهذا الموقف طرح في فرنسا نقاشا هاما، يرجع بالأساس إلى أن دعوى الاسترداد التي تمنحها هذه العقود بحكم توظيفها للملكية لغاية الضمان، يجعلها ترتبط بقانون الأموال وفي ذات الوقت بقانون العقود⁽¹⁾.

بمعنى أن قانون 25 يناير 1985 الذي وضع مقتضيات خاصة لدعوى الاسترداد من المواد 115 إلى 122 منه (المواد من 668 إلى 676 من مدونة التجارة المغربية)، التي بمقتضاها تمنح بعض الامتيازات للدائن المالك عند الإعلان عن فتح إجراءات التسوية القضائية في مواجهة المشروع المدين، قد تصطدم بمبدأ مواصلة تنفيذ العقود الجارية، خصوصا وأن المعيار القانوني للقول بوجود عقد جار ييقى متوفرا في عقود البيع مع شرط الاحتفاظ بالملكية، وعقود الاعتماد الإيجاري⁽²⁾.

بحيث أن مقتضيات المادة 115 من القانون الفرنسي المقابلة للمادة 667 من مدونة التجارة المغربية تنص على أنه لا يمكن ممارسة استرداد المنقول إلا في أجل الثلاثة أشهر التالية لنشر الحكم القاضي، بافتتاح التسوية أو التصفية القضائية، ويسري الأجل بالنسبة للأموال موضوع عقد جار يوم افتتاح الإجراءات ابتداء من تاريخ هذا العقد أو انتهائه.

إلا أنه لو تمت ممارسة هذه الدعوى داخل الأجل القانوني، فإن ذلك قد يبدو أمرا متعارضا مع أحكام المادة 37 من التشريع الفرنسي، ومقتضيات المادة 573 من المدونة اللتان تخولان للمتصرف أو للسنديك، الحق في المطالبة بتنفيذ العقود الجارية، وهذا يثير إشكالا هاما يتمثل في مدى قبول إمكانية ممارسة دعوى الاسترداد في حالة ما إذا كان العقد الرابط بين الدائن والمدين، عقدا جاريا متضمنا للاحتفاظ بالملكية على سبيل الضمان؟⁽³⁾

وإذا كان المشرع لم يحدد أجلا معيناً للسنديك يتعين عليه خلاله المطالبة بمواصلة العقد الجاري، فإنه بذلك يكون قد راعى مصلحة الطرف المتعاقد مع المشروع، فهذا الأخير يمكنه بناء على أحكام

¹ - Marie-Hélène Monserie, op. cit., p.204 n° 216.

² - Ibid., p. 205, n° 217.

³ - F. Pérochon, La revendication du Créancier, Rev. Jur. Comm., n. spécial sur « Le sort des contrats en cours dans le redressement Judiciaire », Novembre 1991, p. 94.

الفصل الاول: دعوى الاسترداد كأثر لحق ملكية مؤجر المنقول المادي في عقد الاعتماد الإجاري

التشريع الفرنسي¹ أن يوجه إنذارا إلى وكيل التفليسة فإذا ظل هذا الإنذار دون جواب لمدة تفوق شهرا من تاريخ وصوله، أعتبر العقد المعني مفسوخا بقوة القانون،² وذلك لكون عدم جواب السنديك على رسالة الإنذار داخل هذا الأجل قرينة على عدم رغبته في مواصلة العقد جاري التنفيذ.³

ويمكن للسنديك أن يطالب الطرف المتعاقد مع المشروع بمواصلة تنفيذ العقد بالرغم من عدم وفاء المشروع بالالتزامات المترتبة عليه قبل صدور الحكم، فحسب مقتضيات المادة 13-622 L. من التشريع الفرنسي لا يمكن للمتعاقد أن يحتج في مواجهة السنديك بواقعة عدم وفاء المشروع بالتزاماته قبل افتتاح الإجراءات.⁵ فكل ما هنالك أن عدم الوفاء بالالتزامات المترتبة على المشروع يعطي الحق للمتعاقد المعني بالأمر في أن يصرح بمبلغ هذه الالتزامات ضمن قائمة خصوم المشروع، وذلك على غرار سائر الدائنين الناشئة ديونهم قبل صدور الحكم بافتتاح الإجراءات.

¹ - انظر كذلك المادة 573 من مدونة التجارة المغربية.

² - انظر: د/محمد لفروجي، وضعية الدائنين في مساطر صعوبات المقاول، سلسلة الدراسات القانونية المعمقة، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء (المغرب)، ع 3، طبعة سنة 2006، ص 33.

³ - Cass. Com. 11 déc. 1990, D. 1991, p. 11.

⁴ -Article L622-13: Modifié par Ordonnance n°2014-326 du 12 mars 2014 - art. 23 «Nonobstant toute disposition légale ou toute clause contractuelle, aucune indivisibilité, résiliation ou résolution d'un contrat en cours ne peut résulter du seul fait de l'ouverture d'une procédure de sauvegarde. Le cocontractant doit remplir ses obligations malgré le défaut d'exécution par le débiteur d'engagements antérieurs au jugement d'ouverture. Le défaut d'exécution de ces engagements n'ouvre droit au profit des créanciers qu'à déclaration au passif...»

وانظر ما يقابل ذلك في الفقرة الثانية من المادة 373 من مدونة التجارة المغربية.

⁵ - "L'ouverture d'une procédure de sauvegarde, de redressement ou de liquidation judiciaire, n'emporte pas résiliation du contrat de crédit-bail en cours. Sur la base de ce principe, le cocontractant crédit-bailleur doit remplir ses obligations malgré le défaut d'exécution du crédit-preneur.... nonobstant toute disposition légale ou toute clause contractuelle contraire."

V. Aimé Diaka, op.cit., n° 70, p. 79.

وانظر كذلك أحكام القضاء الفرنسي:

Cass. Com. 15 fèv. 2005, Bull.civ. IV. n° 28; D. 2005. AJ, p. 641, obs. A. Lienard et Pan., p. 2018, obs. F. X. Lucas; Cass. Com. 5juill. 2005, Bull.civ. IV. no 151; D. 2005, AJ. p. 2147, obs. A. Lienard.

الفرع الثاني: نطاق تطبيق قاعدة مواصلة العقود جارية التنفيذ:

إن المشروع المفتحة ضده إجراءات المعالجة لا تتغير وضعيته كثيرا خلال فترة إعداد الحل التي تلي مباشرة صدور الحكم القاضي بافتتاح هذه الإجراءات، ذلك أنه يكون مدعوا أثناء هذه الفترة لمتابعة نشاطه بكيفية قد لا يدرك معها الكثير من الأشخاص غير المرتبطين معه بعلاقات تجارية خاصة، أنه خاضعة لإجراءات التسوية القضائية نتيجة توقفه عن دفع الديون.

وتطبيقا لذلك، فقاعدة مواصلة العقود جارية التنفيذ تشمل من حيث المبدأ كل العقود المبرمة مع المشروع الخاضع لهذه الاجراءات، بما فيها تلك القائمة على الاعتبار الشخصي *Intuitu personae* لرئيس المشروع.¹ وما يؤكد هذا الطرح هو أن المشرع المغربي ذاته يقرر في الفقرة الأخيرة من المادة 573 من مدونة التجارة أنه: " لا يمكن أن يترتب عن مجرد فتح التسوية القضائية تجزئة أو إلغاء أو فسخ العقد على الرغم من أي مقتضى قانوني أو شرط تعاقدي."

ولقد كانت ضرورة استمرار استغلال المشروع في ظروف حسنة خلال فترة إعداد الحل هي التي فرضت على المشرع الفرنسي ومن بعده نظيره المغربي المبدأ السابق المتعلق بمواصلة العقود جارية التنفيذ.²

الفرع الثالث: النتائج المترتبة على موقف السنديك من مواصلة العقود جارية التنفيذ:

إنَّ امكانية مواصلة العقود جارية التنفيذ في تاريخ افتتاح إجراءات المعالجة مخولة للسنديك وحده، وله الخيار في أن يطالب بالاستمرار في تنفيذ العقد أو أن لا يطالب بذلك، وفي كلتا الحالتين، فإن الموقف الذي يتخذه من هذه العقود يترتب نتائج تختلف بحسب الخيار الذي سلكه هذا الأخير:

¹ - "En crédit-bail mobilier, il à été jugé que le caractère intuitu personae ne peut empêcher la poursuite des contrats en cours. Dès lors, l'administrateur d'un redressement judiciaire sans qu'il puisse être fait de distinction selon que les contrats ont été ou non conclu en considération de la personne."; Cass. com. 8 déc. 1987, pourvoi no 87-11507, D. 1988, 52, note F. Derrida; JCP. 1988. II. 20927, note M. Jeantin.

وانظر في الدراسات العامة لعقود الاعتبار الشخصي:

D. Karajeski, L'intuitu personae dans les contrats, thèse Toulouse1, 1998.

² - قارن:

M.- H. Monserie- Bon, op. cit., p.p. 18-20.

وانظر: د/محمد لفروجي، المرجع السابق، ص 35.

أولاً: حالة اختيار السنديك مواصلة تنفيذ العقد:

يتعين على السنديك في حالة اختياره مواصلة العقد جاري التنفيذ، أن ينفذ العقد برمته وبجميع شروطه ومقتضياته، وأن يلتزم بالأجل المحدد بمقتضى هذا العقد أو القانون لفائدة المتعاقد مع المشروع المفتوحة ضده الإجراءات.¹ وبعبارة أخرى لا يمكن للسنديك أن يستبعد الشروط التي تكون في صالح هذا المتعاقد.

على أنه إذا كان هناك شرط يقضي بالزيادة في التزامات المدين في حالة خضوعه للتسوية القضائية، فإن هذا الشرط يعتبر كأن لم يكن، بما أن ذلك يمس بمبدأ المساواة بين الدائنين الذي يعد من النظام العام.²

وعلاوة على ذلك فإنه يتوجب على السنديك أن يقدم إلى المتعاقد مع المشروع الخدمة المتعاقد بشأنها، وأن ينفذ الالتزام الذي يقابل التزام هذا المتعاقد، ويكون ذلك بالأداء الفوري للدين المستحق على المشروع نتيجة مواصلة العقد، وذلك ما لم يوافق المتعاقد المعني بالأمر على منح أجل للأداء، ذلك أن الدين يكون في هذه الحالة الأخيرة مشمولاً بمقتضيات المادة 575 من مدونة التجارة المغربية.³

وفي المقابل إذا تم تحصيل مبالغ مالية معينة من مواصلة العقود الجارية، فإنها تدرج في الحسابات البنكية أو البريدية للمشروع، ويستخدم بالتالي في مواجهة متطلبات استمرار نشاط هذا الأخير خلال فترة إعداد الحل المناسب لوضعيته، لاسيما وأن السنديك يمكنه طبقاً للمادة⁴ 41 من قانون 1985، أن يستعمل الحسابات المذكورة لما فيه مصلحة المشروع الخاضع لإجراءات المعالجة بواسطة التسوية القضائية.

¹ - Cass. com. 15 juill. 1992, Rev. Soc. 1993, p 103, note J.F. Barbier.

² - Cass. com. 10 déc. 1991, RTD. Com. 1992, p. 686, note A. Martin Serf.

إذ أن الحكم القاضي بفتح إجراءات المعالجة يوقف خلال فترة إعداد الحل سريان الفوائد القانونية والاتفاقية، وكذا كل فوائد التأخير وذلك طبقاً للمادة 659 من مدونة التجارة المغربية.

³ - " يتم سداد الديون الناشئة بصفة قانونية بعد صدور حكم فتح التسوية (القضائية) بالأسبقية على كل الديون الأخرى سواء أكانت مقرونة أم لا بامتيازات أو بضمانات"

⁴ - انظر المادة 577 من مدونة التجارة المغربية.

ثانيا: حالة اختيار السنديك عدم مواصلة تنفيذ العقد الجاري:

إذا لم يستعمل وكيل التفليسة الحق المخول له بمقتضى الفقرة الأولى من المادة 573 من مدونة التجارة المغربية، فإن العقد يفسخ بقوة القانون بعد توجيه إنذار إلى السنديك يظل دون جواب لمدة تفوق شهرا واحدا يبدأ من تاريخ التوصل بهذا الإنذار.

ويمكن أن يؤدي ذلك إلى دعوى التعويض عن الأضرار التي لحقت المتعاقد مع المشروع، لأن افتتاح إجراءات التسوية القضائية يعتبر أمرا لصيقا بالمشروع المدين، مما لا يجعل منه سببا لإعفائه من المسؤولية التعاقدية الناجمة عن توقفه عن تنفيذ العقد.

غير أن أداء مبلغ التعويض، الذي يمكن الحكم به لفائدة المتعاقد مع المشروع والمتضرر من جراء عدم قيام السنديك بمواصلة العقد جاري التنفيذ، لا يكون مضمونا بحق الأولوية المنصوص عليه في المادة 575 من مدونة التجارة، والذي يضمن الديون الناشئة بصفة قانونية بعد الحكم بافتتاح الإجراءات، فكل ما هنالك أنه يمكن، حسب الفقرة الثالثة من المادة 573 من مدونة التجارة المغربية للمتعاقد مع المشروع المحكوم له بالتعويض المذكور أن يصرح به ضمن قائمة خصوم المشروع، وذلك على غرار سائر الدائنين الناشئة ديونهم قبل صدور الحكم القاضي بافتتاح إجراءات التسوية القضائية.

وقد يبدو أن المشرع المغربي لم ينصف المتعاقد مع المشروع المحكوم له بالتعويض، وذلك عندما استبعده من نطاق تطبيق حق الأولوية الوارد في المادة 575، ذلك أنه إذا كان العقد المفسوخ بقوة القانون سابقا لصدور الحكم، فإن الواقعة المبررة للتعويض لاحقة لصدور هذا الحكم.

ومع ذلك، فإنه توجد مبررات أخرى لاستبعاد التعويض المحكوم به لفائدة المتعاقد مع المشروع، طبقا لأحكام الفقه الثالثة من المادة 573 من نطاق تطبيق حق الأولوية المنصوص عليه في المادة 575، ففي نظر الباحثة إن هذا الحق لا يسري إلا بالنسبة للديون الناشئة بصفة قانونية بعد صدور الحكم بافتتاح الإجراءات، من أجل تمكين المشروع من متابعة نشاطه خلال فترة إعداد الحل الملائم لوضعيته، الأمر الذي لا ينطبق على الدين المتمثل في التعويض المذكور لأنه لا يساهم بشكل أو بآخر في مواصلة هذا النشاط.

كما أنه من المتوقع في بعض الأحيان أن يكون المتعاقد مع المشروع الذي قرر السنديك عدم مواصلة عقده مدينا لهذا المشروع بمبالغ معينة دفعها له تنفيذاً للالتزامات في العقد الرابط بينهما، ففي هذه الحالة يمكن للمتعاقد المعني بالأمر تأجيل إرجاعه المبالغ المدفوعة له في هذا الإطار إلى أن يتم البت في دعوى التعويض عن الأضرار الناجمة عن فسخ العقد الذي قد يكون قد رفعها ضد المشروع.

المطلب الثاني

مدى تأثر عقد الاعتماد الإيجاري للمنقول بمبدأ مواصلة العقود الجارية

(الاستبعاد النسبي لدعوى الاسترداد خلال فترة الملاحظة)

يتضح لنا من استجلاء الأحكام القانونية التي تضبط الإعلان عن افتتاح التسوية القضائية - وبالخصوص خلال مرحلة الملاحظة- أن الاحتفاظ بالأصول المنقولة موضوع عقد الاعتماد الإيجاري، يعتبر أمراً ضرورياً لمتابعة نشاط المشروع واستمراره.¹

ومما يزيد الأمر تعقيداً، أن المواد من L624-9 إلى L624-18² من القانون التجاري الحالي الفرنسي (المواد من 41 إلى 44 من الأمر رقم 1345-2008 الصادر في 18 ديسمبر 2008) التي تعرضت لدعوى الاسترداد بالنسبة للأموال المحتفظ بها من طرف المشروع الخاضع لإجراء المعالجة، (كتلك التي تكون موضوع عقد بيع تم فسخه قبل صدور الحكم القاضي بافتتاح الإجراء أو المسلمة له على وجه الوديعة أو لبيعها لحساب مالكها، وكذلك حالة المنقولات المبيعة تحت شرط الاحتفاظ بملكيتها)، لم يتم الإشارة من خلالها إلى عقود الاعتماد الإيجاري على الرغم من إمكانية ممارسة دعوى الاسترداد من قبل الشركة الدائنة نظراً لاحتفاظها بملكية الأموال المنقولة المؤجرة.³

¹ - Marie-Hélène Monsérie, op.cit, p. 224. N° 240.

كما أن المشرع الفرنسي في قانون 1985 لم يتعرض لوضعية المؤجر في عقد الاعتماد الإيجاري إلا من خلال إجراءات المادة 86 (يقابلها المادة 606 من مدونة التجارة)؛ إذ يعتبر المشرع هذا العقد من قبيل العقود الضرورية للحفاظ على نشاط المشروع.

² - ويقابلها المواد من 115 إلى 122 من قانون 25 يناير 1985.

³ - وهذا الاستنتاج يمكن تمديده أيضاً إلى مدونة التجارة المغربية انطلاقاً من المواد 667 إلى 676 التي بحثت بعض حالات الاسترداد والأحكام العامة المتعلقة بها، سواء من حيث جانبها الشكلي أو الموضوعي.

الفصل الاول: دعوى الاسترداد كأثر لحق ملكية مؤجر المنقول المادي في عقد الاعتماد الإيجاري

لذلك كان بديهيا أن يفرز هذا الفراغ تضاربا في توجهات القضاء الفرنسي، سيما وأن المواد التي تعرضت لحالات الاسترداد في إطار قانون الإجراءات الجماعية، تمت في فصل معنون بـ " حقوق بائع المنقولات والاستردادات " "Droits du vendeur de meubles et revendications"¹.

وبناء على ذلك، ذهبت بعض محاكم الموضوع، اعتمادا منها على تحليل وتفسير ضيق لمقتضيات هذا الفصل، إلى القول بأنه ينظم أحكاما قانونية لممارسة حق الاسترداد تتعلق فقط ببائع المنقولات، وأن عقد الاعتماد الإيجاري للمنقول لا تشمله مقتضياته.²

بيد أن هناك رأيا معارضا، تبني تفسيراً واسعاً ينسجم مع روح هذا الفصل، مؤكداً أن الأمر لا يتعلق فقط ببائع المنقولات، بل بكل حالات الاسترداد ذاته، الذي جاء في صيغة العموم، وبالتالي إن تمديد أحكام هذه المقتضى إلى عقود الاعتماد الإيجاري، يعد أمراً مبرراً قانوناً.³

¹ - وهي المواد من L.624-9 إلى L.624-18 من التقنين التجاري الفرنسي.

² - «... les opposants à l'application de revendication au crédit-bail s'appuient sur le seul terme "vendeur" employé par le législateur...»

Cour d'appel de Douai, 7 déc. 1989, Gaz.Pal. 1990, p. 460. Obs. Soinne, Rev. proc. Coll. 1990-3, p.241, no 1. Obs. B. soinne.

Douai. 2^e ch. 23 janv. 1992, J.C.P. 1992, ed. E. II. 294 note F. Auque- Warembourg et B. Lemistre.

وبالرجوع إلى الأحكام المنظمة لدعوى الاسترداد، سواء بالنسبة للتشريع الفرنسي أو مدونة التجارة المغربية، يلاحظ من خلالهما أنهما لم يخصا عقد الاعتماد الإيجاري بمقتضيات خاصة، كما هو الحال بالنسبة لشرط الاحتفاظ بالملكية، من ذلك مثلا أن التقنينين، وإن كانا قد تطلبا ضرورة إثبات الوجود الذاتي للمنقول المبيع المحتفظ بملكيته عند المطالبة باسترداده من طرف البائع عند تخلف المشتري عن الوفاء بكامل الثمن، فإنهما لم يتعرضا لذلك في عقد الاعتماد الإيجاري.

ويرجع ذلك إلى أن هذا الشرط يتحقق عمليا بإشهار العقد، لذا لم ينص بصفة صريحة عليه عند قيام المؤجر الائتماني بممارسة دعوى استرداد المنقول المؤجر تأجيرا تمويلا.

بخصوص التشريع الفرنسي انظر في هذا الصدد:

Emmanuel le Corre-Broly, Crédit- bail mobilier et procédures collectives, contribution à l'étude du contrat de crédit-bail mobilier en cas de redressement judiciaire du locataire, thèse, Lille II, 1997, p.384, N° 364 :

« ... depuis la réforme instituée par la loi le crédit-bailleur n'a pas à faire reconnaître son droit de propriété à l'égard de la procédure par la voie de l'action en revendication étant assurée par la publicité du contrat. Le crédit- bailleur a désormais la faculté d'exercer une demande de qui supposera par essence, l'existence du bien en nature... ».

³ - «... ses partisans au contraire, d'invoquer la conjonction «et» et le pluriel du terme «revendications» pour justifier qu'il ne s'agissait pas de revendication du vendeur mais droit du vendeur et des revendications en général...»

في هذا الاتجاه:

C.A. Lille (1^{re} instance), 27 janv. 1989, Gaz.Pal. 1989, p. 535.; Dijon, 25 janv. 1990, Gaz.Pal.1990.2.461, obs. B. Soinne; TGI. Bethune, 26 oct. 1988, Gaz.Pal. 1989, obs. A. Martin Serf.

الفصل الاول: دعوى الاسترداد كأثر لحق ملكية مؤجر المنقول المادي في عقد الاعتماد الإيجاري

وأمام هذا الجدل القضائي على مستوى محاكم الموضوع، تدخلت محكمة النقض الفرنسية بقرارين مبدئيين صادرين في 15 أكتوبر 1991، أكدت من خلالهما أن عقود الاعتماد الإيجاري تخول للطرف المؤجر فيها الحق في الاسترداد، مع خضوعها للأجل المتعلق بممارسته المنصوص عليها في المادة 115،¹ وزكى هذا التوجه قرار ثان صادر عن ذات المحكمة بتاريخ 20 أكتوبر 1992 وكذا قرارات لاحقة.² وعلى الرغم من تمكين شركة الاعتماد الإيجاري من ممارسة دعوى الاسترداد، فإن هذا لا يمنع من التساؤل عما إذا كان ذلك سيجعلها في مركز قانوني يجنبها الخضوع لمبدأ استمرار تنفيذ العقود الجارية خلال مرحلة الملاحظة؟

¹ - Cass.Com. 15-10-1991, JCP. 1992, éd,E, 250, p.23, note E. M. Bey; Rev.Juris.Com. 1991, 394, note A. Martin-Serf; D. 1991, p. 632, note F.D.; D. 1993. somm. 285, obs. F. Pérochon; JCP., 1992,II,250, note Larroumet.

Dans le même sens:

C.A. Paris 3^{ème} Ch., C.,25-10-1994, D.1995, IR, p. 6.; Cass. Com.27-3-1992, JCP. 1992, éd. E.,II 347, note E. M. Bey, TGI Béthune , 26-10-1988, Gaz.Pal. 1989,2,534, R.T.D. Com. 1990, 648,obs. A.M.Serf; Cas.Com. 8-3-1994, I.R., p. 79, RJDA. 7\94,no 862; Cass.com. 23\5\1995, RJDA,11\95, 1292, 988. Gaz.Pal. 22\23 mars 1996, p. 591; Cass.Com. 20\10\1992, D. 1993, p.190, note F. Derrida, JCP 1993, ed. G, I, 3672, n° 15, obs. Cabrillac, Rev.Proc.Coll. 1992, obs, soinne; Cass.Com.,11 mai 1993, Rev. Huiss. 1993, 982, note Vidal; Cass.Com. 6 juillet 1993,RJDA 1993, no 743; Cass.Com. 9 nov. 1993, Rev. Huiss. 1994, 192, note Vidal; Cass. Com. 9 mai 1995, J.C.P. 1995, éd. E. 708; Cass. Com, 23\5\1995, Gaz.Pal., 22\23 mars 1996, p. 59.

لقد حاولت بعض محاكم الموضوع عدم مجارة توجه محكمة النقض الفرنسية السابق من خلال موقفها القاضي بعدم تطبيق مقتضيات المادة 115 على عقد الاعتماد الإيجاري، لكنها لم تصمد طويلا أمام القرارات المتلاحقة لمحكمة النقض، من ذلك على سبيل المثال:

Trib.Com. Versailles 7avril 1992.; Trib.Com.Caen 23 septembre 1992 ;Trib.Com. Nanterre 18 juin 1993.

هذه الأحكام مشار إليها في:

Paul-Philippe Massoni, in “La situation des créanciers après la réforme de la loi du 25 janvier 1985 », Gaz.Pal., 1994, (2^{ème} sem.), p. 1086, marge n° 38.

انظري التعليق على قرارات أخرى صادرة عن محاكم الموضوع:

Emmanuel Le Corre –Broly, Crédit-Bail Mobilier et Procédures Collectives, th. préc., p.384, marge 15.

² -Cass.Com. 20-10-1992, D.,1993,p.190, note F. Derrida, JCP 1993, ed.G.I. 3672, n° 15, obs. Cabrillac; “Les dispositions de l’article 115 de la loi n° 85-98, 25 janvier 1985 (...) sont applicables à la revendication exercer par le crédit-bailleur sur les biens faisant l’objet du contrat...”

انظر القرارات الأخرى في الهامش السابق.

الفصل الاول: دعوى الاسترداد كأثر لحق ملكية مؤجر المنقول المادي في عقد الاعتماد الإجاري

خصوصا وأن البائع مع شرط الاحتفاظ بالملكية يتسنى له ذلك،¹ وبالإستناد إلى مقتضيات الفقرة الرابعة من المادة 16-624 L من التقنين التجاري الفرنسي²، وكذا المادة 674 من مدونة التجارة المغربية، اللتان جعلتا هذا الاسترداد لا يتعطل إلا عندما يتم أداء ثمن المبيع حالا، أو في الحالة التي يحصل فيها المنتدب القضائي (القاضي المنتدب) برضى من الدائن المطالب بالاسترداد على أجل جديد للوفاء، ليصبح أداء الثمن حينئذ بمثابة دين نشأ بشكل صحيح بعد الحكم بافتتاح التسوية.³

¹ - انظر المادة:

L624-16\al.2 : « Peuvent également être revendiqués, s'ils se retrouvent en nature au moment de l'ouverture de la procédure, les biens vendus avec une clause de réserve de propriété. Cette clause doit avoir été convenue entre les parties dans un écrit au plus tard au moment de la livraison. Elle peut l'être dans un écrit régissant un ensemble d'opérations commerciales convenues entre les parties. »

يقابلها المادة 672 من مدونة التجارة المغربية.

² - Article L624-16 al. 4 (Modifié par Ordonnance n°2008-1345 du 18 décembre 2008 - art. 43) : « Dans tous les cas, il n'y a pas lieu à revendication si, sur décision du juge-commissaire, le prix est payé immédiatement. Le juge-commissaire peut également, avec le consentement du créancier requérant, accorder un délai de règlement. Le paiement du prix est alors assimilé à celui des créances mentionnées au I de l'article L. 622-17. »

وانظر كذلك الفقرة الرابعة من المادة 121 من قانون 25 يناير 1985 الملغي.

³ - وفي هذا الوضع يتم وفاء الدين الجديد (الذي يلي الحكم بافتتاح الإجراء) عند أجل استحقاقه، وعند المخالفة يتمتع صاحبه بامتياز وفقا لأحكام المادة L622-17 :

Article L622-17 (Modifié par Ordonnance n°2014-326 du 12 mars 2014 - art. 24)

I.-Les créances nées régulièrement après le jugement d'ouverture pour les besoins du déroulement de la procédure ou de la période d'observation, ou en contrepartie d'une prestation fournie au débiteur pendant cette période, sont payées à leur échéance.

II.-Lorsqu'elles ne sont pas payées à l'échéance, ces créances sont payées par privilège avant toutes les autres créances, assorties ou non de privilèges ou sûretés, à l'exception de celles garanties par le privilège établi aux articles L. 3253-2, L. 3253-4 et L. 7313-8 du code du travail, des frais de justice nés régulièrement après le jugement d'ouverture pour les besoins du déroulement de la procédure et de celles garanties par le privilège établi par l'article L. 611-11 du présent code.

III.-Leur paiement se fait dans l'ordre suivant :

1° Les créances de salaires dont le montant n'a pas été avancé en application des articles L. 3253-6, L. 3253-8 à L. 3253-12 du code du travail ;

2° Les prêts consentis ainsi que les créances résultant de l'exécution des contrats poursuivis conformément aux dispositions de l'article L. 622-13 et dont le cocontractant accepte de recevoir un paiement différé ; ces prêts et délais de paiement sont autorisés par le juge-commissaire dans la limite nécessaire à la poursuite de l'activité pendant la période d'observation et font l'objet d'une publicité. En cas de résiliation d'un contrat régulièrement poursuivi, les indemnités et pénalités sont exclues du bénéfice du présent article ;

3° Les autres créances, selon leur rang.

IV.-Les créances impayées perdent le privilège que leur confère le II du présent article si elles n'ont pas été portées à la connaissance de l'administrateur et, à défaut, du mandataire judiciaire ou, lorsque ces organes ont cessé leurs fonctions, du commissaire à l'exécution du plan ou du liquidateur, dans le délai d'un an à compter de la fin de la période d'observation. Lorsque cette information porte sur une créance déclarée pour le compte du créancier en application de l'article L. 622-24, elle rend caduque cette déclaration si le juge n'a pas statué sur l'admission de la créance.»

الفصل الاول: دعوى الاسترداد كأثر لحق ملكية مؤجر المنقول المادي في عقد الاعتماد الإيجاري

وتصديا لذلك، ذهب جانب من الفقه الفرنسي إلى القول باستبعاد تطبيق أحكام الفقرة الرابعة من المادة 121 من قانون 25 يناير 1985 المطابقة لمحتوى المادة L624-16 السابقة على عقود الاعتماد الإيجاري للمنقول لسببين:

أولهما: إن الآثار القانونية للقواعد المتعلقة باسترداد المنقول المتضمنة في المادة السابقة تتعرض فقط لحالة البيع مع شرط الاحتفاظ بالملكية، لذا لا يمكن تمديد أحكامها إلى عقد الاعتماد الإيجاري، فهذا الأمر يعتبر أمرا مخالفا لروح ومضمون النص.¹

ثانيهما: إن القول بغير هذا الحل يعطي لشركة الاعتماد الإيجاري حماية خاصة، في حين أن احتفاظها بملكية المنقول المؤجر يعد نتيجة حتمية لطبيعة العقد، وعلى أساس ذلك، تم رفض فكرة التقريب التام بين كلا العقدين.²

لكن رغم الاستنتاجين السابقين، فهذا لا يعني استبعاد تطبيق كل مقتضيات الأحكام التشريعية المرتبطة بحق الاسترداد على الاعتماد الإيجاري للمنقول سواء في التقنين الفرنسي أو المغربي، والمستند في ذلك المادة 115 مكرر من القانون الفرنسي التي اقتبست منها المادة 668 من المدونة المغربية التي نصت على أنه: " يعنى صاحب مال من إثبات حقه كمالك إذا سبق شهر العقد موضوع هذا المال"، تجعل عقد الاعتماد الإيجاري للمنقول بلا شك، من بين هذه العقود التي تمنح لصاحبها الحق في ممارسة دعوى الاسترداد، بعد سبق شهرها وفقا للطرق المعمول بها في كلا التشريعين.

ومما يزكي هذا الطرح، هو أن الحكم السابق، تم إدراجه في إطار الباب المتعلق بالاسترداد، مما يؤكد أن لصاحب عقد الاعتماد الإيجاري الحق في سلوك هذه الدعوى عند تقاعس المستأجر عن الوفاء

¹ - Marie- Helène Monserie, op.cit., p227, n° 244.

² -A. Kormann, «Crédit-bail immobilier et procédures collectives», LPA., 2juill. 1990, n° 79, p. 2; Emmanuel Jouffin, Le sort des contrats en cours dans les entreprises soumises à une procédure collective, LGDJ. 1998, Préf. Christien Gavalda, 260, n° 324; F . Pérochon, Les créanciers revendeur, interv. colloque sur. «Les créanciers face au redressement judiciaire de l'entreprise», Toulouse 31 janv./février 1991, cité par - Marie- Helene Monserie, Les contrats dans le redressement..., op.cit. p. 227 et 228, marge 671.

الفصل الاول: دعوى الاسترداد كأثر لحق ملكية مؤجر المنقول المادي في عقد الاعتماد الإيجاري

بالتزامات المترتبة عليه، وهذا الأمر أصبح مستقرا عليه في الاجتهاد القضائي الفرنسي،¹ لكن هذا لا يمنع من تعطيل ممارستها عند اتخاذ القرار بمواصلة تنفيذ هذا العقد.

الفرع الأول: تعطيل دعوى الاسترداد عند مواصلة تنفيذ العقد:

وتتحقق هذه الفرضية في حالة قيام السنديك بمواصلة تنفيذ العقد، بعد توجيه الشركة المتعاقدة إنذارا إليه لإبداء رأيه خلال أجل شهر من تاريخ التوصل به، فعندها لا يمكن ممارسة دعوى الاسترداد لإيقاف عملية مواصلة تنفيذ العقد.²

إلا أن جانبا من القضاء الفرنسي³ اعتبر أن تنفيذ عقد الاعتماد الإيجاري لا يكون مشروعاً، ما لم يكن قد سبق للشركة المؤجرة أن قدمت طلباً للاسترداد وفقاً للمادة 115 وما يليها⁴ وبعبارة أخرى يرى هذا التوجه أنه يتعين رفع دعوى الاسترداد في جميع الحالات، وكيفما كان مصير العقد، وسواء كان الاسترداد ممكناً أو غير ممكن.

¹ - انظر قراري محكمة النقض الفرنسية الصادرين في 15 أكتوبر 1991 المشار إليهما سابقاً.

² - Marie- Helène Monserie, op.cit., p. 228, n° 245.

ويعتبر توجيه الانذار إلى السنديك إجراء ضرورياً، ولا تعتبر الرسالة التي يوجهها له المتعاقد والتي ترمي إلى ممارسة استرداد المنقول من قبيل هذا الإجراء، انظر قرار محكمة الاستئناف المغربية بمراكش، رقم 900 صادر في 25\10\2005، ملف عدد 05\6\652 الذي جاء في إحدى حيثياته ما يلي:

"..... حيث تجلّى من خلال دراستها للقضية واطلاعها على أوراق الملف صحة ما دفع به سنديك التسوية القضائية لشركة اس كونسلي المستأنف عليها، ذلك أن عقد اللينغ المبرم بين الطرفين يدخل في إطار العقود الجارية لوجوده سارياً قبل فتح مسطرة التسوية القضائية، وبالتالي يفسخ بقوة القانون بعد توجيه إنذار إلى السنديك يظل دون جواب لمدة تفوق شهراً وفق ما تنص عليه الفقرة الأولى من المادة 573 من مدونة التجارة إلا أنه ليس بملف النازلة ما يثبت قيام المستأنفة بهذا الإجراء وفق ما تنص عليه الفقرة الأولى من المادة 573 من مدونة التجارة، وأن الرسالة التي بعثتها المعنية بالأمر إلى السنديك بتاريخ 17\3\2004 والتي أجاب عنها يوم 25 من نفس الشهر، لا تدخل في هذا الإطار، بل ترمي فقط إلى استرداد المنقول وهي مسطرة مختلفة لا يمكن ممارستها إلا داخل أجل الثلاثة أشهر التالية لنشر الحكم القاضي بفتح التسوية، ويسري هذا الأجل بالنسبة للأموال موضوع عقد جار يوم فتح المسطرة - كما في نازلة الحال - ابتداء من تاريخ فسخ هذا العقد أو انتهائه (المادة 667 من المدونة) الشيء الذي يدل على أن مسطرة الاسترداد هذه لا يمكن ممارستها حتماً إلا بعد أن يكون العقد الجاري قد فسخ أو انتهت مدته، وهو أمر لم يتحقق في النازلة....."

مجلة المحاكم التجارية، منشورات جمعية نشر المعلومة القانونية والقضائية، العدد الثاني، ط. 2، مطبعة فضالة، مارس 2007، ص 160.

³ - Rouen 5 juill. 1990, Caen 14 fèv. 1991, T.G. Aveines. Sar. Helpe 28 mai 1990. Rev. Proc. Coll. 1991. 220, n° 2. Obs. soinne, cité par Marie-Helène Monserie, op.cit., p. 228, marge; 674. Cass. Com. 17 mars 1992, Bull. Civ. N° 118|R.j. com. 1994, p. 66, note Leclerc|D.1992. somm. 248. Obs. F. Derrida|D. 1993. Somm. 285. Obs. Pérochon|J.C.P. 1992, II, 21963, note E- M. Bey.

⁴ - Marie- Helene Monserie, op.cit., p. 229, n° 245.

الفصل الاول: دعوى الاسترداد كأثر لحق ملكية مؤجر المنقول المادي في عقد الاعتماد الإيجاري

لكن هذا الموقف القضائي قوبل بالرفض¹ لتعارضه مع مفهوم قرار محكمة النقض الفرنسية الصادر في 15 أكتوبر 1991 الذي أقر بأن المادة 115 لا تطبق إلا عند عدم متابعة عقود الاعتماد الإيجاري. وبمعنى آخر إن المؤجر لا يكون ملزما بممارسة هذه الدعوى إلا في حالة عدم مواصلة تنفيذ هذه العقود، أما إذا تقرر الاستمرار في مواصلتها، فلا يمكن ممارسة الدعوى، وهو ما أكدته لاحقا محكمة النقض الفرنسية.²

الفرع الثاني: تغليب ممارسة دعوى الاسترداد عند عدم مواصلة تنفيذ العقد:

تتحقق هذه الفرضية في حالة عدم قيام السنديك بمتابعة تنفيذ عقد الاعتماد الإيجاري، فحينها يحق للشركة المؤجرة ممارسة دعوى الاسترداد، لأن العقد يكون مآله الفسخ بقوة القانون.³

وهذا الوضع فيه حماية للشركة المؤجرة، لأن أجل ممارسة دعوى استرداد المنقول المحددة في ثلاثة أشهر التالية لشهر الحكم القاضي بالتسوية أو التصفية القضائية، لا يسري بالنسبة للأموال موضوع عقد جار يوم افتتاح الإجراء، إلا ابتداء من تاريخ فسخ العقد أو انتهائه، طبقا لما نصت عليه الفقرة الثانية من المادة 115 من قانون 1985 التي أضيفت وفقا لتعديل 10 يونيو 1994، بعدما كان التشريع المعدل لا يتعرض لذلك، وهو ما كان ينجم عنه انصرام أجل الدين، وبالتالي ضياع حق الشركة المؤجرة في المطالبة بالاسترداد.

وهو نفس الحكم القانوني الذي تبنته مدونة التجارة المغربية من خلال الفقرة الثانية من المادة 667 التي نصت على أنه: "يسري الأجل (يقصد به أجل الاسترداد) بالنسبة للأموال موضوع عقد جار يوم فتح المسطرة، ابتداء من تاريخ فسخ العقد أو انتهائه."

وعطفا على الفقه الأولى من المادة 573، يلاحظ أن المشرع المغربي إذا كان لم يحدد أجلا معيناً للسنديك، يتعين عليه من خلاله المطالبة بمواصلة العقد الجاري في تاريخ افتتاح الإجراءات، إلا أنه وحماية لمصالح الطرف المتعاقد مع المشروع، فقد حول لهذا الأخير إمكانية توجيه إنذار للسنديك من أجل مواصلة

¹ -F. Derrida, note sous cass. Com. 15 oct. 1991, D. 1991, , p.632.; J.L. Rives- Lange et Rachez, «L'article 115 de la loi 25 janv. 1985 a-t-il une vocation universelle?», D. 1991, Chron, p. 270. ; M. Bey, note, J.C.P., ed.E.1992, 11.250. ; P.M Le Corre, «Les location financières à l'épreuve de l'article 115 de la loi 25 janv. 1985», Rev.Proc.Coll. 1992. p1.

² - Cass. Com., 6(12)1994, J.C.P. 1995, IV.363(Rev.Proc.Coll. 1995-2, p.211. obs. B. Soinne, LPA.. 23 janv. 1995, p.10. B. Soinne.

³ - François Sage et Danièle Chabbi, Sûretés réelles, garanties assimilables et redressement judiciaire, LGDJ, 1998, p. 224, n° 257.

الفصل الاول: دعوى الاسترداد كأثر لحق ملكية مؤجر المنقول المادي في عقد الاعتماد الإيجاري

تنفيذ العقد، فإذا بقي دون جواب لمدة تزيد عن شهر من تاريخ التوصل به، فيعتبر العقد عندئذ مفسوخا بقوة القانون.¹

بمعنى أنه وبمجرد فسخ العقد (عقد الاعتماد الإيجاري) فإنه يجوز للشركة استرجاع ذات الأموال موضوع الضمان، مع إعفائها في الوقت نفسه من إثبات ملكيتها لها، لكن على شرط أن يكون قد سبق لها أن قام بإجراءات الشهر القانونية، كما يحددها التشريع المعمول به في نطاقها.

والملاحظ أن بعض الفقه الفرنسي² في إطار تحليله لمقتضيات قانون 25 يناير 1985 -وقبل أن يطاله التعديل- كان يعارض إمكانية ممارسة دعوى الاسترداد من قبل المؤجر في عقد الاعتماد الإيجاري، بدعوى أن المادة 37 من هذا القانون تعطل عمليا تطبيق المادة 115 منه، لكن يبدو أنه بعد التعديل، فقد أصبح يتعين مراعاة الفرضين السابقين لمجارة هذا القول أو عكسه.

وعموما فعلى الرغم من تمتع المؤجر الائتماني بحق الاسترداد، فإنه يبقى مع ذلك في وضع أقل امتيازاً من وضع البائع تحت شرط الاحتفاظ بالملكية، بحيث أنه لا يستفيد من حق الأسبقية في استيفاء الحق، إلا بالنسبة للإيجارات الناشئة عن متابعة تنفيذ هذا العقد من طرف السنديك.

أما بالنسبة للديون السابقة على حكم فتح التسوية القضائية، فيتوجب على المؤجر التصريح بها، على عكس حقوقه الناشئة عن متابعة تنفيذ العقد فتعتبر في حكم التي نشأت بعد الحكم القاضي بالتسوية القضائية (المادة 40 من قانون 25 يناير 1985 | المادة 575 من مدونة التجارة المغربية).

بالمقابل، فالبائع المحتفظ بملكية المنقول، عندما يقرر السنديك متابعة تنفيذه كعقد جار يوم فتح المسطرة، فإنه يستفيد من حق الأفضلية أو الأسبقية في السداد لكامل دينه عن باقي الدائنين الناشئة حقوقهم قبل الحكم، كما تقضي بذلك الفقرة الرابعة من المادة 121 من القانون الفرنسي أو المادة 674

¹ د\ احمد لفروجي، صعوبات المقاول والمساخر الكفيلة بمعالجته، مقال سابق، ص 302.

² - J.L.Lange et E. Rachez, op.cit, p. 270 ; M. Cabrillac et Ph. Petel, J.C.P.E. 1995, I, p. 457 ; Argenson et Toujas par Soenne, Traité des procédures collectives, 2^e éd. 1995, n° 1962.

الفصل الاول: دعوى الاسترداد كأثر لحق ملكية مؤجر المنقول المادي في عقد الاعتماد الإيجاري

من مدونة التجارة المغربية، وهو الأمر الذي يكشف لنا احد أوجه التباين بين العقدين عند متابعة تنفيذ أحدهما خلال مرحلة الملاحظة.¹

وبما أن احتفاظ شركة الاعتماد الإيجاري المؤجرة بملكية المنقولات المؤجرة على سبيل الضمان تهدف من خلاله الى تأمين حقها في استرداد المبالغ التي دفعتها في إطار تمويل عملية التأجير، فإنه -وحتى تتمكن الملكية من القيام بدورها المتميز في عملية الاعتماد الإيجاري- ينبغي أن يؤخذ بعين الاعتبار ما أوجبه التشريعات من ضرورة إشهار عقود الاعتماد الإيجاري للمنقول لضمان نفاذ حق ملكية المؤجر في مواجهة الغير، وهذا هو موضوع الفصل الموالي.

¹ - Françoise Sage, Danielle Chabbi, op.cit., p,228, no 238 »

« Lorsque le contrat est continue, le crédit bailleur ne bénéficie du privilège de l'article 40 que pour les créances de loyers nées après l'ouverture de la procédure, le vendeur avec clause de réserve de propriété bénéficie quant à lui du privilège de l'article 40 pour le montant total de sa créance en raison de l'indivisibilité de son contrat... »

الفصل الثاني

الإشهار كشرط لنفاذ حق ملكية

المؤجر قبل الغير في عقد

الاعتماد الإيجاري للمنقولات

يترتب على الاحتفاظ بالملكية في عقد الاعتماد الإيجاري للأصول المنقولة آثار هامة بالنسبة لأطرافه على النحو السالف بيانه، كما يقع على بعضهما التزامات قانونية، وأخرى عقدية. ولعل أهم الآثار المترتبة عن الشرط المذكور، هو أن يكون الانتفاع بالأصل المنقول واستغلاله من الوجهة الاقتصادية مقرا للمشروع المستفيد من العقد (المستأجر) في حين تحتفظ شركة التأجير بملكيته طوال مدة الاتفاق.

غير أن دور الضمان الذي يلعبه الاحتفاظ بالملكية يتعدى أطراف العقد إلى نفاذ حق المؤجر بملكية الأصول المنقولة قبل الغير ممن لم يكن طرفا في العقد، وهنا تستوجب حماية حق هذا الأخير، سواء كان دائنا للمستفيد أو متصرفا إليه.

ويترتب على ما سبق أن الدور المنشود من الاحتفاظ بالملكية يصطدم بواقع ما ينشأ عن حيازة المستفيد للأصل المنقول، من وضع ظاهر يوحي للغير بملكية المستفيد له، ولذلك استوجبت حماية هذا الأخير، هذه الحماية لا تتأني إلا عن طريق تنظيم وسائل للشهر والعلانية للعقد.

وفي مقابل هذا - وضمانا لفعالية حق ملكية المؤجر واحتراما لمبدأ نسبية أثر العقد- يشترط المشرع ضرورة إتباع شكليات للإشهار، كما أنها لم تكتفي بذلك، بل ألزمت المستفيد بإعلام مؤجر العقار وتوضيح عمليات الاعتماد الإيجاري التي أبرمها في ميزانيتها العامة وفقا لما يعرف بنظام الشهر المحاسبي "La publicité comptable"، غير أن الواقع العملي قد أثبت أن الوسائل السابقة لوحدها لا تحقق الحماية المنشودة للغير، وقد تضمنت التشريعات الحديثة لأجل ذلك تنظيما خاصا لأحكام شهر عقود الاعتماد الإيجاري للمنقولات فيما أسماه الفقه بنظام الشهر القانوني "La publicité légale"، وعلى هذا نقسم هذا الفصل إلى مبحثين:

المبحث الأول: مبررات نظام الشهر القانوني لعقود الاعتماد الإيجاري للأصول المنقولة

المبحث الثاني: أحكام الشهر القانوني لعقود الاعتماد الإيجاري للأصول المنقولة

المبحث الأول

مبررات نظام الشهر القانوني لعقد الاعتماد الإيجاري للأصول المنقولة

في الاعتماد الإيجاري يعتبر اليسار الظاهر "La fausse apparence de solvabilité" للأموال مصدر مخاطر مؤكدة بالنسبة للغير، لأن هذا اليسار¹ الذي يمكن أن ينتج بالنسبة لمشروع ما عن معدات وأصول تم الحصول عليها من خلال هذا العقد، يمكن أن يخفي إعسارا حقيقيا، في حين أن الوضع الظاهر² يوحي للغير بملكية المستفيد المستأجر للأصول المؤجرة، ولقد جاءت الأحكام التشريعية في فرنسا والتشريعات المقارنة بالشهر³ لتفادي الآثار السلبية الناجمة عن هذا الوضع، لكن وقبل تناول هذه الأحكام بالدراسة يجب تحديد مدى فعالية أحكام الشهر المحاسبي (المطلب الأول)؛ إلى جانب صور الشهر الاتفاقية (المطلب الثاني)، وذلك حتى يتسنى لنا الوقوف على الجدوى من إرساء نظام قانوني لشهر عقود التأجير التمويلي الواردة على منقولات مادية:

المطلب الأول

محدودية أحكام الشهر المحاسبي

لم تتعرض نصوص الأمر رقم 96-09 المتضمنة قانون الاعتماد الإيجاري في التشريع الجزائري للشهر المحاسبي كما أن اللوائح التنفيذية الصادرة عن البنك المركزي ولاسيما النظامين رقم 06 و 07 لسنة 1996 الصادرين بتاريخ 3 جويلية 1996 والمتعلقين على التوالي بتأسيس شركات الاعتماد الإيجاري وشروط اعتمادها وتنظيم نشاط مركزية الحسابات لم يعطيان أي تفصيل لكيفيات الشهر، وما تطرقت له المادة الرابعة في النظام رقم 96-07 أنها ألزمت البنوك والمؤسسات المالية وشركات الاعتماد الإيجاري بإرسال المعلومات المحاسبية والمالية للسنوات الثلاث الماضية لكافة زبائنهم، وأوضحت المادة الخامسة من نفس النظام المقصود بالمعلومات المحاسبية والمالية حيث أشارت إلى الحساب الختامي وجدول حسابات

¹ - Ch. Gavalda et J. Stoufflet, op. cit., n^{os} 655 et 491.

² - لطالما قيل عن القانون التجاري أنه قانون الظاهر ونتيجة لذلك، فإن ما يجوز تاجر ما يفترض أنه ملك له، خصوصا إذا ما تعلق الأمر بمنقولات؛ وتزداد عواقب حالة اليسار الظاهر إذا كان المنقول المؤجر من العناصر ذات القيمة الهامة التي يعول عليها الغير لمنح ائتمانه إلى المستفيد

³ - أو ما يصطلح عليه بالنشر، والفرق بينه وبين الكتابة أو الشكل، هو أن الأول لا يعتبر ركنا في العقد، وبالتالي لا يترتب على تخلفه بطلان العقد، وإنما يترتب على ذلك عدم إمكانية الاحتجاج بالأثر العيني الذي يترتب عليه التصرف القانوني.

الفصل الثاني: الإشهار كشرط لنفاذ حق ملكية المؤجر قبل الغير في عقد الاعتماد الإيجاري للمنقولات

النتائج والجداول الملحقه، ووجوب فحص ومراقبة المعلومات المحاسبية والمالية من طرف البنوك والمؤسسات المالية وشركات الاعتماد الايجاري عن مختلف زبائنهم قبل إرسالها لمركزية الحسابات وهذه الأخيرة تفحص وتحلل هذه المعلومات المرسله إليها وتبعث بنتائج الفحص والتحليل إلى البنوك والمؤسسات المالية وشركات الاعتماد الايجاري مدونة في ملف شخصي لكل مؤسسة أو زبون، وتستطيع بدورها البنوك أو شركات الاعتماد الايجاري إرسال أو تبليغ الملف المذكور سالفًا إلى المؤسسة أو الزبون المعني بالأمر.

وهذا التنظيم من شأنه أن يفرض نوعا من الرقابة المالية والمحاسبية على شركات الاعتماد الايجاري والمؤسسات المالية الأخرى، كما يمكّن الدولة من الإطلاع بصفة غير مباشرة على حالة استخدام الاعتماد من طرف المستفيدين منه، وكيفية تطبيق القواعد المالية والمحاسبية.

وتخضع عمليات الاعتماد الايجاري للشهر المحاسبي بالنسبة لكل المنشآت التجارية والأشخاص الطبيعية أو المعنوية الذين استعملوا عقد الاعتماد الايجاري للمنقول للشهر أو الإعلام بحساب استغلالهم العام أو ميزانيتهم.

ومما يلاحظ بشأن الشهر المحاسبي أن المشرع الجزائري لم يخص عمليات الاعتماد الايجاري ولم ينظم أحكامه سواء كان ذلك بالأمر رقم 96-09 أو المرسوم التنفيذي رقم 06-90 مما يجعلنا نبحت عن تفاصيله في التشريعات التي نظمته وتناولته، ومنها بالخصوص التشريعين الفرنسي والمصري، وبذلك يكون التشريع الجزائري قد اعتراه النقص في تغطية عملية الشهر لعملية الاعتماد الايجاري، ويعد بذلك تقصيرا من قبله من حيث أنه لم يحذو تشريعين السابقين، على الرغم من أهمية الشهر المحاسبي بالنسبة للمؤجر في حماية ملكيته.

ويتضمن هذا المطلب بيانا لأهمية هذا النوع من الشهر وأحكامه، غير أننا من خلال هذه الدراسة نلمح محدودية نظامه :

الفرع الأول: أهمية الشهر المحاسبي

عادة ما لا يسمح الاطلاع على ميزانية المستفيد بالكشف عن آثار عقود الاعتماد الإيجاري للمنقول التي يبرمها، ذلك أن الأصول المنقولة المؤجرة لا تقيد في جانب الأصول لانتفاء ملكية المستفيد المستأجر لها، ولا يقابله أدنى قيد في جانب الخصوم لأن المستفيد لا حق له في قيد مخصصات إهلاك الأموال المؤجرة ضمن الخصوم حيث أنها ميزة مقررة للمالكي الأصول الإنتاجية دون غيرهم.

الفصل الثاني: الإشهار كشرط لنفاذ حق ملكية المؤجر قبل الغير في عقد الاعتماد الإيجاري للمنقولات

وقد قيل في هذا الصدد أن من مزايا الاعتماد الإيجاري الإبقاء على قدرة المستفيد على الاقتراض دون مساس،¹ نظرا لحياده من الوجهة المحاسبية،² ولكن ما من شك في أن المستفيد يقوم بتسجيل الأعباء المالية الناشئة عن عقود الاعتماد الإيجاري في حساب التشغيل العام³ وذلك حتى يتسنى له خصمها من وعائه الضريبي.⁴

ومؤدى ذلك أن حياد الاعتماد الإيجاري من الوجهة المحاسبية لا يقوم دليلا على مركز مالي أفضل نظرا لتضخم حساب التشغيل العام⁵ بأعباء الاعتماد الإيجاري، ويكون من شأن ذلك حتما الحد من قدرة المستأجر على الاقتراض، وهي في الأصل قدرة محدودة.⁶

وأيا كان شأن هذا الخلاف، فإنه طبقا للأصول المحاسبية التي كانت سائدة في فرنسا قبل صدور مرسوم سنة 1972 لم يكن للاعتماد الإيجاري وجود ظاهر بميزانية مشروع المستفيد. ولئن كان يندرج بالميزانية ناتج حساب التشغيل العام والذي كان يشمل الأعباء المالية الناشئة عن الاعتماد الإيجاري، إلا أنه لم يكن في مقدور المتعاملين مع المستفيد، وعلى رأسهم البنوك، الكشف عن وجود الاعتماد الإيجاري إلا بالإطلاع على حساب التشغيل العام، ويشترط أن يتم قيد هذه الأعباء على نحو مستقل، وبصفة

¹ - E.M.Bey, De la symbiotique..., op.cit p 20.

² - G. Pace, Pratique et technique financière du crédit-bail, thèse, Science économique, ParisI, 1975, p.164,, p. 122.

رسالة مشار إليها عند د/هاني دويدار، النظام القانوني، المرجع السابق، ص 209.

³ - Caporale (F.), op.cit., p. 244.

⁴ - Le Rouyer De La Fosse, Contribution à l'étude du financement des entreprises :le crédit- bail immobilier, thèse sciences économiques, Bordeaux I, 1970, p. 93.

رسالة مشار إليها عند د/هاني دويدار، النظام القانوني، ص 209.

⁵ - «Considéré comme une charge de l'exercice, les loyers de crédit-bail sont imputés dans les charges d'exploitation de l'entreprise au compte de résultat...», V. P. Dufils, C. Lopater et alii, Traité des normes et réglementation comptables applicables aux entreprises industrielles et commerciales en France, 28^e éd., Paris, Francis Lefebvre, 2008, spéc. n° 816 s.

⁶ - إذ يرى البعض أن عقد الاعتماد الإيجاري له آثاره السلبية على القدرة على الاقتراض كسائر سبل التمويل الخارجية للمشروع، فكلما زادت الأعباء المالية التي يتحملها المشروع أدى ذلك إلى الإنقاص من فرص الاقتراض. فالبنوك تعول عند منحها للائتمان على ما يعرف بجد التشبع الائتماني على معدل مديونية العميل وهو ما يتم قياسه بالمقارنة بين الأعباء المالية التي يتحملها العميل والتدفق النقدي في المشروع. بينما تقيد الأعباء المالية الناشئة عنه في حساب التشغيل العام مما يجعل له تأثيرا سلبيا على إمكانية الحصول على قرض، انظر: د/هاني محمد دويدار، النظام القانوني، المرجع السابق، ص 210.

الفصل الثاني: الإشهار كشرط لنفاذ حق ملكية المؤجر قبل الغير في عقد الاعتماد الإيجاري للمنقولات

خاصة في حالة تعدد عقود الاعتماد الإيجاري التي يبرمها المستفيد وتنوعها بين عقود اعتماد إيجاري للمنقولات وعقود اعتماد إيجاري عقاري.¹

وتأتي أهمية الوقوف على الأعباء المالية للاعتماد الإيجاري على وجه الدقة حتى يتسنى للغير تحديد حجم مديونية المستفيد.² ذلك أن المعرفة الدقيقة لمقدار أقساط الأجرة تسمح بتحديد معدل التدفق النقدي داخل منشأة المستفيد عن طريق إضافة جانب الإهلاك المالي الذي تتضمنه أقساط الأجرة إليه. وكان المستفيد حصل في واقع الأمر على مبلغ من النقود على سبيل القرض، وبالتالي يلتزم برد أصل راس المال إلى شركة الاعتماد الإيجاري وهو ما يؤثر بلا شك على معدل التدفق النقدي داخل مشروع المستفيد. ولذلك يفرض المشرع الجزائري واجب الإنخراط والانضمام على مؤسسات الاعتماد الإيجاري إلى مركزية الميزانيات لبنك الجزائر³ وتزويدها بالمعلومات المحاسبية والمالية: الميزانية وجدول حسابات النتائج والبيانات الملحقة.

¹ - Ch. Gavalda, D. Israël-Crémieux, La comptabilisation financière du leasing, Gaz.Pal. 1987,2, doct., p. 650.

²-Champaud, art. préc., doct. 1954, n° 41; E.-M. Bey, De l'évolution de la publicité dans le crédit-bail, Gaz. Pal., 1984, 2, doct. p. 370; C. Auloy, op.cit., no 96.

³ - أنظر المادة الثالثة من النظام رقم 96-07 المؤرخ في 3 يوليو 1996 المتضمن مركزية الميزانيات وسيورها؛ انظر كذلك المادة 98 من قانون النقد والقرض رقم 03-11 المؤرخ في 26 أوت 2003.

الفرع الثاني: أحكام الشهر المحاسبي.

نعرض في هذا الفرع لما يجب على المستفيد إجراؤه من قيود محاسبية خاصة بعقود الاعتماد الإيجاري

التي يرمها، كما نبين الجزء الذي يتعرض له المستفيد في حالة إخلاله بالتزامه بالشهر المحاسبي:

أولاً: أحكام القيود المحاسبية المتعلقة بعقود الاعتماد الإيجاري ترد على منقولات:

تنص المادة R313-14¹ من تقنين الصرف والمالية (يقابلها المادة 12 مرسوم سنة 1972) على أنه في حالة التزام المشروعات التجارية بنشر أو تقديم حساب تشغيلها العام أو ميزانيتها فإنه يجب عليها إذا ما لجأت إلى إبرام عقود اعتماد إيجاري من أجل الحصول على معدات إنتاجية مخصصة لأغراض مهنية:

1. أن تظهر في حساب التشغيل العام على نحو مستقل أقساط الأجرة المتعلق بالعقود

المذكورة، مع تمييز عقود الاعتماد الإيجاري للمنقولات السابقة عن عقود الاعتماد الإيجاري العقاري.

2. أن تقوم في ملحق للميزانية وفي تاريخ التصديق عليها بمجموع أقساط الأجرة التي لازالت

تشغل ذمتها تنفيذاً لعقود الاعتماد الإيجاري، ويكون ذلك تحت رقابة بند خاص أو بندين بحسب

الأحوال بحيث يخصص أحدهما لعقود الاعتماد الإيجاري للمنقولات.

ويتضح من النص المتقدم أنه يجب توافر مجموعة من الشروط² لنشأة الالتزام بالشهر المحاسبي،

يخص بعضها مشروع المستفيد المستأجر، فيما يخص بعضها الآخر طبيعة العقود التي يتقرر الالتزام بالشهر

بمناسبتها:

¹ - Art. R313-14 (Modifié par Décret n°2007-431 du 25 mars 2007)

«...I.-Les autres personnes morales et les personnes physiques ayant la qualité de commerçants doivent, en distinguant les opérations de crédit-bail mobilier et les opérations de crédit-bail immobilier :

1° Faire apparaître séparément, dans leur compte de résultat, les loyers correspondant à l'exécution des contrats relatifs aux opérations précitées ;

2° Evaluer dans l'annexe et à la date de clôture du bilan le montant total des redevances leur restant à supporter en exécution des obligations stipulées dans un ou plusieurs contrats de crédit-bail.»

² - انظر:

د/هازي محمد دويدار، النظام القانوني، المرجع السابق، بند 207، ص 212.

1) شروط الالتزام بالشهر المحاسبي:

• أن تكون منشأة المستفيد من المشروعات التجارية: لا يكون المستفيد ملتزما بإجراء القيود المحاسبية المشار إليها ما لم يكن مكتسبا صفة التاجر، وذلك سواء كان فردا أو شخصا معنويا. ويأتي الشرط المتقدم بالاتساق مع فرض الالتزام بمسك الدفاتر المحاسبية ومراعاة القواعد المحاسبية على المشروعات التجارية دون غيرها.¹

• أن يكون المستفيد ملزما بنشر أو تقديم حساب التشغيل العام أو الميزانية: الأصل أن حساب التشغيل العام أو الميزانية من الوثائق المحاسبية التي لا يمكن للغير الاطلاع عليها إلا بناء على أمر من القضاء تطبيقا لقواعد الاحتجاج بالدفاتر التجارية. إلا أن القانون قد يفرض على بعض المنشآت التزاما بنشر الميزانية أو تقديمها إلى بعض الجهات. والمثال على ذلك البنوك التي تكون ملزمة بنشر ميزانيتها، أو التزام شركة المساهمة بتقديم ميزانيتها إلى مراقب الحسابات والشركاء والغير من خلال مكتب السجل التجاري. ولا يعني ذلك أن المشروعات التي تكون ملزمة بنشر أو تقديم وثائقها المحاسبية هي وحدها التي تكون ملزمة بإجراء القيود المحاسبية الخاصة بالاعتماد الإيجاري في حالة اللجوء إليه. فقد يتم تقديم هذه الوثائق اختيارا، وعادة ما يكون ذلك تلبية لطلب البنوك عند منحها للائتمان إلى المشروع. ومتى قدمت الميزانية أو حساب التشغيل العام وجب اشتغالها على القيود المحاسبية التي يفرضها القانون.

• ورود عقود الاعتماد الإيجاري على المعدات الانتاجية المخصصة لأغراض مهنية.²

2) القيود المحاسبية الواجب إجراؤها:³

• القيود الخاصة بحساب التشغيل العام: الأصل أنه يجوز للمنشأة تسجيل النفقات أو العوائد التي تتحقق أثناء السنة المالية مع بيان تواريخها في حساب التشغيل العام دون حاجة إلى إجراء القيود التي تستند إلى مصدر واحد على نحو مستقل، وذلك على اعتبار أنه يتم تسجيل جميع العمليات التي يقوم بها المشروع في دفتر اليومية. ويترتب على ذلك أنه يتم قيد أقساط الأجرة الناشئة عن عقود الاعتماد

¹ - Ripert et Roblot, op.cit., T2, p. 297, n° 318.

² - لقد سبق وأن تناولنا هذا العنصر بالتفصيل، انظر ص 37 وما بعدها من هذا البحث.

³ - Delesalle, Suivi comptable et analyse fiscale des contrats de crédit-bail (Au niveau du locataire) en France, LPA, 12 juin 1991, p.14 s.s

الإيجاري بحسب تاريخ حلول آجالها ودون تمييز لها عن سائر نفقات المشروع الأخرى التي يتم قيدها في حساب التشغيل العام. وينتج عن ذلك صعوبة الوقوف على الأعباء المالية الناشئة عن عقود الاعتماد الإيجاري على نحو مستقل. لذلك يفرض المشرع الفرنسي منذ صدور مرسوم سنة 1972 على المستفيد قيد أقساط الأجرة الناشئة عن عقود الاعتماد الإيجاري على نحو مستقل، مع تمييز عقود الاعتماد الإيجاري للمنقولات عن عقود الاعتماد الإيجاري العقاري. ويترب على ذلك إمكانية الوقوف على الأعباء المالية الناشئة عن هذه العقود بوجه عام تمييزا لها عن نفقات الاستغلال الأخرى التي تتكدها المنشأة. كما يمكن الوقوف على الأعباء المالية الناشئة عن عقود الاعتماد الإيجاري للمنقولات وعقود الاعتماد الإيجاري العقاري كل على حدة. وترجع أهمية التمييز بين طائفتي عقود الاعتماد الإيجاري إلى اختلاف معدلات الإهلاك المالي التي تتبناها شركات الاعتماد الإيجاري بوجه عام في كلا الفرضين.¹

● القيود الخاصة بالميزانية:

لا يستقيم قيد الأعباء المالية الناشئة عن الاعتماد الإيجاري في صلب ميزانية المشروع، لذلك اكتفى المشرع الفرنسي بقيد ناتج حساب التشغيل العام فيها وفرض التزاما على عاتق المستفيد بقيد أعباء الاعتماد الإيجاري في حساب التشغيل العام على النحو السالف بيانه. إلا أن تنفيذ عقود الاعتماد الإيجاري يمتد في الزمان، وقد يمتد تنفيذها على مدار عدة سنوات مالية. ويترب على ذلك أنه في نهاية إحدى السنوات المالية لازال الوفاء بجانب من أقساط الأجرة يشغل ذمة المستفيد. ولا مجال لظهور مديونية المستفيد المتعلقة بأقساط الأجرة التي لم يحن أجلها بعد في ميزانية المشروع حيث لا يرد بها أي قيد يتعلق بالاعتماد الإيجاري لا في جانب الأصول ولا في جانب الخصوم كما ذكرنا من قبل. أما حساب التشغيل العام فلا يتضمن بداهة إلا تلك الأقساط التي تم الوفاء بها خلال السنة المالية الجارية، ولا يقيد بها بيان بأقساط الأجرة التي لم يحن أجلها بعد.

¹ - د/هاني محمد دويدار، النظام القانوني، المرجع السابق، بند 211، ص 214.

الفصل الثاني: الإشهار كشرط لنفاذ حق ملكية المؤجر قبل الغير في عقد الاعتماد التجاري للمنقولات

وحيث أنه لا يمكن إدراج هذا البيان في صلب الميزانية نص مرسوم سنة 1972 على وجوب قيده في ملحق لها، مع التمييز بين أقساط الأجرة الناشئة عن عقود الاعتماد التجاري للمنقولات عن تلك الناشئة عن عقود الاعتماد التجاري للعقارات.

ويفترض إدراج هذا البيان في ملحق الميزانية أن هناك عقودا للاعتماد التجاري لا يزال تنفيذها جاريا عند التصديق على الميزانية. لذلك نص مرسوم سنة 1972 على أنه يتوجب على المستفيد تقويم ما يتبقى من أقساط الأجرة وقت التصديق على الميزانية.

ثانيا: جزاء الإخلال بأحكام الشهر المحاسبي

طبقا للمادة 13 من مرسوم سنة 1972 يعاقب على كل مخالفة لأحكام المادة 12 من ذات المرسوم بالحبس مدة تتراوح بين عشرة أيام وشهر والغرامة التي لا تقل عن أربعمئة فرنك أو بإحدى هاتين العقوبتين. وفي حالة العود يمكن أن يصل الحد الأقصى للغرامة إلى ألفي فرنك. ولقد تم تعديل حدي الغرامة عدة مرات وصارت الآن تتراوح بين ألفين وخمسمائة فرنك، وفي حالة العود يكون الحد الأقصى للغرامة اثني عشر ألف فرنك.

وإزاء عمومية نص المادة 13 من مرسوم سنة 1972 تستوجب كل مخالفة لأحكام الشهر المحاسبي التي تتضمنها المادة 12 منها توقيع الجزاء الجنائي المقرر، ففي حالة عدم إجراء القيود المحاسبية مطلقا أو إجرائها في حساب التشغيل دون ملحق الميزانية، أو في حالة إجراء القيود دون التمييز بين أعباء الاعتماد التجاري وغيرها من نفقات المشروع أو دون التمييز بين عقود الاعتماد التجاري للأصول المنقولة، وعقود الاعتماد التجاري العقاري يتعرض المستفيد الذي يقع على عاتقه إجراء القيود المذكورة للعقوبة الجنائية المقررة.

وللقاضي الجنائي سلطة تقديرية واسعة نسبيا عند توقيع العقوبة. فله أن يحكم بعقوبة الحبس أو عقوبة الغرامة أو الجمع بينهما، كما له أن يحدد مدة الحبس ومقدار الغرامة بما يلائم ظروف ارتكاب المخالفة وجسامة الأضرار الناشئة عنها، وذلك في إطار الحدين الأدنى والأقصى المقرر قانونا للعقوبتين.

الفصل الثاني: الإشهار كشرط لنفاذ حق ملكية المؤجر قبل الغير في عقد الاعتماد الإيجاري للمنقولات

وبعد إلغاء مرسوم سنة 1972 بما فيه المادتان 12 و13 السابقتين، بموجب المرسوم رقم 1007-2005 أصبحت المادة R351-5 من تقنين الصرف والمالية تعتبر مخالفة القيام بالالتزامات السابقة تستحق عقوبة الغرامة المدرجة للمخالفات من الدرجة الأولى.¹

وتعاقب المادتان 136 و137 من القانون الجزائري النقد والقرض مسئولي المؤسسات المالية الذين يدلون بمعلومات خاطئة عن أوضاع مؤسساتهم المالية (الميزانية ...) بغرامات مالية جد مرتفعة بالإضافة إلى عقوبة السجن، وكذلك الأمر بالنسبة لعدم نشر الحسابات المالية.

وفي هذا السياق، فإن مجلس النقد القرض هو الهيئة المفوضة بإصدار التنظيمات لتنظيم كافة جوانب العمل المصرفي مما يشمل فرض العقوبات الجنائية في حالة مخالفة التشريع الساري به العمل.

الفرع الثالث: تقدير نظام الشهر المحاسبي

إن فرض التشريعات السابقة للالتزام بإجراء القيود المحاسبية المتعلقة بالاعتماد الإيجاري على عاتق المستفيد يجعل من الشهر المحاسبي نظاما إجباريا يعززه كما رأينا فرض عقوبة جنائية في حالة إخلال المستفيد به.

ولكن هذا لا يعني بأن الشهر المحاسبي للاعتماد الإيجاري يؤدي الى أن يصبح في مقدور الكافة الوقوف على حقيقة حجم مديونية المستفيد. فالشهر لا يفضي إلى جواز اطلاع الكافة على الوثائق المحاسبية الخاصة بالمستفيد، ولا زالت القواعد التجارية المضيقمة من حق الغير في الاطلاع على هذه الوثائق

¹ - Article R351-5: Créé par Décret n°2005-1738 du 30 décembre 2005 - art. 2 JORF 31 décembre 2005 en vigueur le 1er janvier 2006 : « Le fait, pour toute personne chargée à un titre quelconque de la direction ou de l'administration d'un établissement de crédit, ou d'un des établissements ou services mentionnés à l'article L. 518-1 du code monétaire et financier, à l'exception du Trésor public, de méconnaître l'obligation consistant, pour tout compte ayant vocation à recevoir des opérations initiées par des tiers, à indiquer sur le relevé de compte adressé au client, ou en annexe à celui-ci, le numéro international de compte bancaire (IBAN) du client et le code d'identification de banque (BIC) de l'établissement est puni de l'amende prévue par les contraventions de 1re classe.»

الفصل الثاني: الإشهار كشرط لنفاذ حق ملكية المؤجر قبل الغير في عقد الاعتماد الإيجاري للمنقولات

واجبة الأعمال¹ ولا يكون بالتالي للشهر المحاسبي سوى نطاق محدود مراعاة لوجوب الحفاظ على أسرار التجار وسرية العمليات التجارية.²

ومؤدى ذلك ألا يكون للشهر المحاسبي أهمية إلا بالنسبة لطائفة محدودة من الأشخاص الذين يتعاملون مع المستأجر المستفيد، وتأتي على رأسهم البنوك التي تشتري دائما لمنح ائتمائها الاطلاع على الوثائق المحاسبية الخاصة بعملائها.³ وقيل في هذا الصدد أن البنوك لم تكن في واقع الأمر في حاجة إلى فرض الإشهار لعقود الاعتماد الإيجاري من الوجهة المحاسبية لأن هذه المؤسسات تستطيع الحصول على كافة المعلومات المتعلقة بهذه العقود عن طريق مركز المخاطر لدى البنك المركزي الفرنسي.⁴ ولئن كانت شركات الاعتماد الإيجاري تلتزم بتقديم كافة البيانات الخاصة بالعقود التي تبرمها إلى مركز المخاطر إلا أن الشهر المحاسبي يسمح بالوقوف على حجم مديونية المستفيد على نحو دقيق وفي تاريخ اطلاع البنك على وثائقه المحاسبية.

وعلى ضوء أحكام الشهر المحاسبي تتأثر قدرة المستفيد على الاقتراض سلبا حيث تظهر في وثائقه المحاسبية الأعباء المالية الناشئة عن جميع عقود الاعتماد الإيجاري، مما يؤدي إلى الكشف عن حجم مديونيته الحقيقي وهو يفوق بلا شك ما كنت تظهره ميزانية المستفيد قبل فرض الالتزام بالشهر المحاسبي عليه. أضف إلى ذلك أن مؤدى الاعتماد الإيجاري هو عدم إضافة عنصر جديد إلى ثروة المستفيد طوال مدة العقد إذ لا يكون مالكا للمال المؤجر وبالتالي لا يتم قيده ضمن أصول المنشأة الثابتة، وهو ما تعوّل عليه البنوك كثيرا عند منحها للائتمان.

ويثير البعض مسألة ترتب أثر مدني هام على شهر عقد الاعتماد الإيجاري الوارد على منقول محاسبي، مؤداه عدم جواز الاحتجاج بحكم المادة 2276 من التقنين المدني الفرنسي (يقابلها المادة 835 من التقنين

¹ - د/هاني محمد دويدار، النظام القانوني، المرجع السابق، بند 227، ص 229.

² - Leloup, JCP. 1965II 14331 bis, note précitée.

³ - Solal, (A.), Crédit-bail, Actualités juridiques et propriété immobilière, note sous cour de cassation, chambre commerciale, 16 déc. 1975, janv. 1977, p. 291.

⁴ - د/هاني محمد دويدار، النظام القانوني، المرجع السابق، بند 227، ص 230.

الفصل الثاني: الإشهار كشرط لنفاذ حق ملكية المؤجر قبل الغير في عقد الاعتماد الإيجاري للمنقولات

المدني الجزائري) إذا كان هذا العقد مشهرا في حسابات المستفيد. وتتضمن المادة المذكورة قاعدة الحياة في المنقول بسبب صحيح وحسن نية سند الملكية.¹ ويرى أصحاب² هذا الرأي أنه مع شهر الاعتماد الإيجاري من الوجهة المحاسبية ينتفي حسن النية³ في خلف المستفيد الخاص، بما أنه يعلم من واقع القيود المحاسبية الواردة في حسابات المستفيد بوجود عقد الاعتماد الإيجاري وبالتالي يعلم بانتفاء ملكية المستفيد للمنقول المتصرف فيه، إلا أن أنصار الرأي المتقدم يخلطون في واقع الأمر بين المفهوم الخاص للشهر المحاسبي في مجال الاعتماد الإيجاري والمفهوم القانوني العام للشهر بوصفه وسيلة لإعلام الكافة بواقعة محددة، فيمكن بالتالي الاحتجاج بها في مواجعتهم.

وقد سبق لنا وأن رأينا بأن الشهر المحاسبي للاعتماد الإيجاري لا يعني جواز اطلاع الكافة على الوثائق المحاسبية للمستفيد التي تتضمن البيانات المتعلقة بالاعتماد الإيجاري وبالتالي لا يكون للشهر المحاسبي أثر موقف لترتيب آثار المادة 2276 من التقنين المدني، ويجوز للمتصرف إليه الاحتجاج بجماله للمنقول في كل مرة لا يكون في مقدوره الاطلاع على وثائق المستفيد المحاسبية.

كما أنه من المتصور أن يتصرف المستفيد في المنقول دون إحرائه للقيود المحاسبية التي يفرض القانون عليه اجرائها مما يجعل للشهر المحاسبي للاعتماد الإيجاري أثرا محدودا من هذه الزاوية ولا يغني بأي حال من الأحوال عن اتباع إجراءات الشهر القانوني لعقد الاعتماد الإيجاري.⁴

¹ - ويجدر بنا الإشارة إلى كون هذه القاعدة لا تسري إلا على المنقولات المادية، وبالتالي لا يثور الفرض المتقدم إلا فيما يتعلق بعقود الاعتماد الإيجاري التي ترد على معدات إنتاجية أو أدوات عمل دون عقود الاعتماد الإيجاري العقاري أو تلك الواردة على مجال تجارية أو حرفية.

W. Doss, «Le singulier destin de l'article 2276 du code civil», RTD. civ. 2006, p. 27; Archer Frédéric, Pourquoi dit-on qu'en matière mobilière la possession vaut titre?, article publié sur le site www.wikiterritorial.cnfpt.fr, modifié le 8/07/2012; C.A. Lyon, chambre civile 6, 17 octobre 2013, n° 12/04463.

² - E.M. Bey, De la publicité..., op.cit., n°18.

³ - انظر في اتجاه محكمة النقض الفرنسية الفرنسية إلى تقرير عدم كفاية إتمام عملية الشهر المحاسبي لإثبات علم جميع الدائنين بحق ملكية المؤجر على الأصول المؤجرة:

Cass.com., 8 déc. 1987, Bull. civ. IV. n° 265, p. 199, JCP., 1988. II.21065, note E.-M. Bey; Rev. Proc. Coll. 1988, n° 3, p. 304, obs. B. Soinnie; Cass. Com. 12 avril 1988, Bull. civ. IV., n° 127, Rev. Proc. Coll. 1988, n°4, p. 410, obs. Y. Guyon.

⁴ - Ch Gavalda et J. Stoufflet, op. cit, p. 356, n° 520: «L'enregistrement comptable assure une publicité comptable qui s'ajoute à une publicité plus classique, il est essentiel et conditionne la position juridique des partenaires notamment au regard des tiers...»

المطلب الثاني

مدى فعالية أحكام الشهر الاتفاقي

إن المؤجر التمويلي الذي يجد في حق الملكية ضمانا جديا ضد مخاطر عدم يسار المستأجر لا يمكن أن يعاني من رؤية حقه على الشيء غير قابل للاحتجاج به على الغير. ويزداد الأمر صعوبة في حالة إفلاس المستأجر، حيث تدخل الأصول المنقولة المؤجرة في تفليسة هذا الأخير، وتصبح الشركة المؤجرة في حالة نزاع مع وكيل التفليسة أو السنديك الذي كان يجهل بوجود عقد الاعتماد الإيجاري، ويعتقد بصورة مشروعة أن المستعمل الظاهر (المستأجر) هو مالك تلك المنقولات. وهو ما دفع شركات الاعتماد الإيجاري إلى تضمين عقود الاعتماد الإيجاري لالتزامين¹ رئيسيين للشهر على عاتق المستأجر - إضافة إلى الشهر القانوني الذي تضمنته النصوص القانونية - يتحقق من ورائهما تنفيذ إعلام الغير بملكية المؤجر للأصل المؤجر، ويتمثل الأول في وضع لوحة معدنية على الأصل المنقول تفيد ملكية الشركة المؤجرة له، بينما يتمثل الالتزام الثاني في وجوب إخطار مؤجر العقار بملكية الشركة للأصول المنقولة المؤجرة، وفي الفرعين الآتيين بيان لهذين الالتزامين ومدى فعاليتهما في مواجهة الغير:

الفرع الأول: الالتزام بوضع اللوحة المعدنية:

لقد كانت مؤسسات الاعتماد الإيجاري في بادئ الأمر، قبل تنظيم شهر عقد الاعتماد الإيجاري تشريعيا، تحرص على إعلام الغير الذي يتعامل مع المشروعات المستفيدة من هذا العقد، أن تلك المؤسسات هي المالكة للمنقولات التي يستعملها المستفيد بموجب العقد، وذلك عن طريق وضع بلاكات أو ملصقات أو لوحات معدنية² يلتزم المستفيد بموجب عقد الاعتماد الإيجاري بوضعها لتظل ثابتة على المنقول المؤجر، ويجب تدوين ما يفيد ملكية شركة الاعتماد الإيجاري للمنقولات، وأن المستفيد لا يجوزها إلا بوصفه

¹ - E.M. Bey, p. 179: «La double publicité est protectrice du bailleur...»

² - والغاية من وضع تلك اللوحات أو الملصقات، تتمثل في كون العلاقة الإيجارية الناجمة عن عقد الاعتماد الإيجاري لا يحتج بها إلا في مواجهة طرفي العقد وخاصة بالنسبة للمنقولات، حيث أنه من حق عملاء ودائي المشروع التجاري أو الصناعي الاعتقاد بملكية المشروع لهذه المنقولات طبقا للقاعدة المعروفة بأن الحيازة في المنقول سند الملكية في غياب ما يثبت أن هذه الأموال ليست مملوكة لهذا المشروع:

Claude Champaud, « Le lesing », art. préc., n° 39.

الفصل الثاني: الإشهار كشرط لنفاذ حق ملكية المؤجر قبل الغير في عقد الاعتماد الإيجاري للمنقولات

مستأجرا لها. ويتحمل المستفيد كامل النفقات التي تنشأ عن وضع اللوحة المذكورة، كما يجب أن يلتزم المشروع المستفيد بالحفاظ عليها بحيث تبدو قراءتها ممكنة طوال مدة الاتفاق.¹

وحيث أن القضاء يقر لمؤجر الأصل باسترداده من تفليسة المستأجر فإنه من الممكن إعمال هذا الحق نظرا لعلم دائني المستفيد بحق شركة الاعتماد الإيجاري المقرر على الأصل من خلال الاطلاع على اللوحة المعدنية الثابتة فيه.

بهذا الشكل يحاول المؤجر أن يقلص من مخاطر إمكان عدم قدرته على الاحتجاج بحق ملكيته على الأصل المنقول ضد الغير: فمن جهة الأصل لا يظهر في الجانب الإيجابي لجدول جرد المستأجر كما رأينا في الشهر المحاسبي وهو ما يعني عدم ملكيته له، ومن جهة أخرى فإن كل شخص يريد أن يحجز على الأصل سوف يواجه بملكية المؤجر المسجلة على اللوحة المعدنية. كما أن مطالبة هذا الأخير بالأصل سوف تكون سهلة.²

¹ - وقد جرت عادة شركات الاعتماد الإيجاري على استعمال الصيغة التالية تعبيرا عن هذا الالتزام:

لوحات إثبات الملكية

يوافق المستأجر على أن يلحق بالمعدات لوحات إثبات ملكية تحمل العبارة التالية: " هذه المعدات مملوكة لشركة أو بنك ومؤجرة لفائدة ويتعهد المستأجر بأن يتأكد من أن اللوحات ستظل ملصقة وواضحة بالمعدات طيلة فترة الإيجار."، انظر على سبيل المثال: المادة 3-2 من دفتر الشروط العامة لشركة "SALEM"؛ والفقرة 2 من الفصل السادس المعنون بملكية المواد من عقد مؤسسة القرض والتجهيز المغربية وتنص: "بعد ثلاثة أيام من تسليم المواد يضع المستأجر وعلى نفقته صفيحة ثابتة وظاهرة تشير إلى أن المواد هي ملك المؤجر وحده وتبقى هذا الصفيحة طيلة مدة الكراء".

² - وقد حاول البعض معالجة كيفية احتجاج المؤسسة المؤجرة بحق ملكيتها للألات والمعدات محل عقد الاعتماد الإيجاري بتطبيق الأحكام القانونية المتعلقة بالحجز التحفظي على الأموال المنقولة وفقا لأحكام القانون الفرنسي الصادر في 18 يناير 1951، انظر في ذلك:

J. Hemard, Traité théorique et pratique de droit commercial, Les contrats commerciaux, T. I, Sirey, Paris, p. 328; Jauffret, « La loi du 18 janvier 1951 sur le nantissement de l'outillage et du materiel d'équipement », RTD. Com. 1951, p. 201.

الفصل الثاني: الإشهار كشرط لنفاذ حق ملكية المؤجر قبل الغير في عقد الاعتماد التجاري للمنقولات

إلا أن التساؤل يثور بخصوص مدى فعالية هذا النوع من الشهر الاتفاقي؟ ذلك أن أصل هذه الطريقة في الشهر يعود للقواعد القانونية المتعلقة برهن المعدات والأدوات¹. حيث يؤدي وضع اللوحة المعدنية² على الأصل إلى قدرة الدائن المرتهن على ممارسة حقه بالتتابع ضد المقتني المعبر سيء النية بفعالية³. حتى أن دور اللوحة المعدنية في هذه المادة أصبح رئيسيا ومهما، باعتبارها علامة ظاهرة تضيء لخلق قرينة مطلقة لسوء نية الغير المقتني وتسمح بتفادي تطبيق قاعدة الحيازة في المنقول سند الملكية⁴.

لكن في الاعتماد التجاري، يثور الشك فعلا حول فعالية⁵ هذه الطريقة للشهر، لأن فعاليتها في رهن المنقول تعود لمصدرها القانوني وهذا الطابع القانوني هو الذي يسمح بجعل آثارها أقوى من قاعدة الحيازة من المنقول سند الملكية. لكن هذه الطريقة في الشهر ليس لها الفعالية الكاملة والأكيدة، ولا تكفي لضمان حقوق شركة الاعتماد التجاري، لأن تلك اللوحة الموضوعة على الأموال محل العقد، لا تدحض بشكل أكيد قرينة حسن النية لدى الغير الذي يتعامل مع المستفيد المستأجر على تلك المنقولات.

ومن ثم يصبح محل شك أن يكون للالتزام العقدي بالإعلام الذي يتحمله المستأجر من الأثر ما يماثل الشهر القانوني والتنظيم الناتج عنه بالنسبة للغير، كقرينة يتعذر دحضها بالعلم بعيب الحيازة. خصوصا وأن عدم قيام المستأجر بتنفيذ هذا الالتزام لا يقترن بعقوبة معينة، وبالتالي لا يكون لهذا الإجراء

¹ - المنظم في فرنسا حاليا بموجب نص المادة 4-525 L من التقنين التجاري (يقابلها المادة الرابعة من القانون الملغي رقم 59-51 الصادر في 18 يناير سنة 1951 والمتعلق برهن أدوات ومعدات التجهيز)، انظر:

A. L525-4 : « Les biens donnés en nantissement par application du présent chapitre peuvent, en outre, à la requête du bénéficiaire du nantissement, être revêtus sur une pièce essentielle et d'une manière apparente d'une plaque fixée à demeure indiquant le lieu, la date et le numéro d'inscription du privilège dont ils sont grevés.

Sous peine des sanctions prévues à l'article L. 525-19, le débiteur ne peut faire obstacle à cette apposition, et les marques ainsi apposées ne peuvent être détruites, retirées ou recouvertes avant l'extinction ou la radiation du privilège du créancier . »

² - « La banque n'avait pas apposer sur le matériel nanti, et de manière apparente, une plaque signalant l'existence de la sûreté... », Cass. 1^{re} civ. 7 dec. 2004, n° 1795, RJDA 06 /05, n° 759, p.641 ; D. Crémieux-Israël, op.cit, p. 20.

³ - Lamy Droit du financement, 2005, op.cit., p. 1558, n° 3262 : « L'apposition d'une plaque sur le matériel loué constitue une technique destinée à prévenir le risque de mauvaise foi des tiers acquéreurs ou des créanciers. »

⁴ - انظر في هذه القاعدة المادة 835 من التقنين المدني الجزائري (يقابلها المادة 2276 من التقنين المدني الفرنسي).

⁵ - V. J.-L. Vallence, « Publicité et information en matière de sûreté », LPA., 20 sept. 2000, n° 188 ; J. Soinne, « La publicité des garanties de l'entreprises : gage d'efficacité ? », LPA., 26 mai 2005, n° 104, p. 19.

الفصل الثاني: الإشهار كشرط لنفاذ حق ملكية المؤجر قبل الغير في عقد الاعتماد الإيجاري للمنقولات

أي فعالية تجاه الغير، خصوصا كما قلنا إذا لم يتم المستأجر بتنفيذه. أما الحالة التي يثبت فيها أن الغير كان على علم من خلال اللوحة المعدنية التي كانت موضوعة على المعدة، بأن الأصل غير مملوك للمستأجر، فإنه يعتبر سيء النية ويجب أن يرد المعدة للمؤجر. وهو ما يفرض على هذا الأخير أن يسهر على احترام المستأجر لالتزامه بوضع اللوحة المعدنية.

وقد كانت محكمة LA ROCHELLE قد ذهبت في حكم¹ لها إلى أنه: " حيث أن عدم وضع اللوحة المعدنية على الأصل والتي تشير إلى أن هذا الأصل هو مملوك لشركة LOCA France يمكن أن يجعل المتعاقد مع المستأجر يظن أن هذه الشركة هي المالكة للأصل... ". وهو ما يعني أن الغير لا يمكن أن يعول على علامة خارجية تدل على حقيقة ملكية الأصل.

ولقد أشار جانب من الفقه² إلى عدم فعالية هذه الوسيلة لإشهار ملكية شركة الاعتماد الإيجاري للأصل المنقول، ذلك أن المستفيد قد يخل بالتزامه بوضع اللوحة المعدنية بامتناعه عن وضعها أصلا أو بنزعها بعد وضعها على الأصل. فبما أن العقد وارد على منقول مادي فلن يحول ذلك دون تمسك المشتري بقاعدة الحياة في المنقول سند الحائز، فضلا عن إمكانية توقيع الحجز التنفيذي على الأصل دون أن يكون قد سبق للدائن الحاجز رؤية الأصل أو دون أن يتمكن من قراءة البيانات الثابتة في اللوحة المعدنية.³ ويضاف إلى ذلك أن القضاء لا يعول كثيرا على وضع لوحة معدنية على الأصل المؤجر، سواء إيجابا أو سلبا، فمن المحاكم ما أجازت لشركة الاعتماد الإيجاري باسترداد الأصل رغم غياب كل بيان عليه

¹ - J.-M. Leloup, note sous Trib.Com. La Rochelle 26/6/1964. J.C.P. 1965.II 14331 bis.

وهو أول اجتهاد قضائي فرنسي بخصوص عملية الاعتماد الإيجاري.
² - انظر:

« Cette solution de publicité, utilisée des les premières heures du crédit-bail, a vite été abandonnée puisqu'elle s'est avérée insuffisante pour lutter contre les détournement de matériel... mais très facilement, le crédit-preneur indélicat, une fois en possession du matériel livre, pourrait tromper la vigilance de ses contractants en faisant disparaître la plaque... »

V. Diaka Aimé, op. cit., p. 279.

³ - تجدر الإشارة في هذا الصدد إلى عدم التعويل على سوء نية المستفيد في التصرف في الأصل المؤجر، ذلك أنه يرتبط بشركة الاعتماد الإيجاري بموجب عقد من عقود الأمانة وهو عقد الإيجار فيكون معرضا لعقوبة خيانة الأمانة « abus de confiance » المقررة بالمواد 314- L وما بعدها من تقنين العقوبات الفرنسي :

CA Reins, 28 juin 1985, Gaz. Pal. 1985, 2, p. 772, note E.M.Bey, Sc. Crim. 1986, n° 379, obs. P. Bouzat.

الفصل الثاني: الإشهار كشرط لنفاذ حق ملكية المؤجر قبل الغير في عقد الاعتماد الإيجاري للمنقولات

يفيد ملكيتها،¹ بينما لم تجز بعض المحاكم الأخرى للشركة باسترداد الأصل بالرغم من وجود اللوحة التي تفيد ملكيتها له وإطلاع الغير عليها.²

و مع ذلك فإن هذا لا يمنع من أن الالتزام الذي يتحمل به المستأجر يمكن أن يسمح للمؤجر بالمطالبة بالأصل الذي يحتفظ بملكته في حالات كثيرة: وضع اللوحة المعدنية، إذا كان لا يشكل طريقة شهر مطلقة الفعالية، إلا أنها تشكل قرينة مهمة على معرفة الغير بحقوق المؤجر على الأصل.

الفرع الثاني: الالتزام بإخطار مؤجر العقار:

أما الإجراء الثاني من إجراءات الشهر الاتفاقي والتي يتحمل بها المستأجر فهو إعلام صاحب العقار الذي يستغل فيه مشروعه بملكية المؤجر للأصول المؤجرة.³ وبالتالي فإن هذه الحالة لا تخص سوى اتفاقات الاعتماد الإيجاري التي يضع بموجبها المستأجر الأصل المنقول في محل يستأجره من الغير. لأنه وفقا للقواعد العامة للإيجار، يكون لمؤجر العقار امتيازاً "Privilège du bailleur d'immeuble" على المنقولات التي تشغل العين المؤجرة ضماناً لاستيفاء الأجرة،⁴ وقد تخشى شركة الاعتماد الإيجاري أن يشمل امتياز مؤجر العقار المنقول المملوك لها والذي ينتفع به المستفيد المستأجر للعقار، لذلك لا تنور أهمية إخطار مؤجر العقار بملكية شركة الاعتماد الإيجاري للأصل إلا بصدد عقود الاعتماد الإيجاري للمنقولات.

وطبقاً للقواعد العامة لا يشمل امتياز مؤجر العقار فقط تلك المنقولات التي تكون مملوكة للمستأجر بل يشمل كافة المنقولات التي تشغل العين المؤجرة شريطة ألا يعلم المؤجر بتعلق حق للغير على المنقول وقت وضعه في العين المؤجرة.⁵

¹ - Tribunal de commerce de la Rochelle, 6 juin 1964, précité.

² - انظر الأحكام المشار إليها في المرجع الآتي، نقلاً عن د\ هاني محمد دويدار، النظام القانوني، المرجع السابق، ص 179.

Degand, Financement des équipements de l'industrie, du commerce et des professions libérales par le crédit à moyen terme et le leasing, Edition d'organisation, Paris- Bruxelles, 1965, p. 62 et s.

³ - انظر المادة 3-3 من دفتر الشروط العامة لشركة "salem".

⁴ - V. art. 2102\1 du code civil français.

⁵ - C. Civ.art. 2323, Al.1, non modifié par l'ordonnance n° 2006-346 du 23 mars 2006 relative aux sûretés ; Cass. . 1re Civ., 12 mai 1969, D. 1970, 43, note Ph. Malinvaud ; CA Orléans, 9 mars 1978, D. 1979, IR., p. 99 ; CA. Paris, 6 janv. 1984, IR., p. 146 ; Cass.3e Civ.

24 juin 2009, Gaz.Pal., 26 sep. 2009, n° 269, p.22, note J.D.Barbier; Loyer et copropriété, 2009, comm.195, obs. B. Vial-Pedroletti; R.D. Bancaire et fin., 2009, comm..169, S. Piedelièvre.

الفصل الثاني: الإشهار كشرط لنفاذ حق ملكية المؤجر قبل الغير في عقد الاعتماد الإيجاري للمنقولات

ولذلك وحتى تنفادى شركة الاعتماد الإيجاري شمول الحجز التنفيذي الذي يوقعه مؤجر العقار للأصل المملوك لها والمؤجر إلى المستفيد تلزم هذا الأخير بموجب اتفاق صريح في العقد بإعلام مؤجر العقار بملكية الشركة للمنقول بعد تمام إبرام العقد واستلام المستفيد للمنقول.¹

ولا يحول هذا الالتزام الملقى على عاتق المستفيد دون أن تتولى شركة الاعتماد الإيجاري بنفسها إخطار مؤجر العقار بملكيتها للمنقول. وفي هذه الحالة فإن المستأجر لا يتحمل سوى بإعلام المؤجر التمويل كتابي وبشكل مسبق عن وضع وتركيب المعدة وباسم عنوان مالك العقار، ومع ذلك تحرص الشركة على إلزام المستفيد بذلك، لأنه من جانب أسبق في معرفة المؤجرين المتعاقبين فيستطيع إعلان كل مؤجر بالأمر. ومن جانب آخر حتى يتحمل المستفيد تبعات تنفيذ مؤجر العقار على الأصل المؤجر وذلك في مواجهة شركة الاعتماد الإيجاري. ومع ذلك لا يخلو الأمر من المخاطر بالنظر إلى مصلحة شركة الاعتماد الإيجاري إذا ما كان استرداد المنقول أجدى من الرجوع على المستفيد بالتعويض. أما إذا كان العقد مشهرا وصارت ملكية الشركة للمنقول نافذة في مواجهة الكافة ومن بينهم مؤجر العقار، فلن يشمل امتياز هذا الأخير المنقول المملوك لها، ولن تخشى إخلال المستفيد بالتزامه بإخطار مؤجر العقار.

وإلى جانب هذين الشكلين من أشكال الشهر الاتفاقي اللذين يتحمل بهما المستأجر كالتزام، فرضت التشريعات الحديثة إجراءات شهر أخرى أكثر نجاعة يطلق عليها إجراءات الشهر القانوني.

¹ - انظر:

G. Ansaloni, E. Billiet, "Remarques sur le conflit entre le privilège du bailleur d'immeuble et le leasing de biens d'équipement », RD Bancaire et fin., nov-déc., 2009, p. 15.

وانظر:

الفقرة الثانية من المادة الثامنة من عقد سوجيليس ايجيبب التي تقضي بأنه على المستأجر أن يقوم... بتعريف الغير وخاصة ملاك المباني التي تستخدم فيها هذه الأموال بأن هذه الأموال المذكورة مملوكة للمؤجر.... وتقضي الفقرة الثالثة من الفصل السادس من عقد مؤسسة التجهيز والقرض بأنه في الحالة التي لا يكون المستأجر هو المالك للمحل الذي تستغل فيه المواد وفي الحالة التي يفقد فيها هذه الصفة عليه أن يعلم المالك برسالة مضمونة مع الإشعار بالتوصل بأن المواد ليست في ملكه، وذلك لإعفاؤه من الامتيازات المقررة.

المبحث الثاني

أحكام الشهر القانوني لعقود الاعتماد الإيجاري للمنقولات

La publicité légale du contrat de crédit-bail mobilier

لقد أدرك المشرع ضرورة وأهمية¹ شهر عقود الاعتماد الإيجاري الواردة على منقولات مادية، نظرا لما تؤمنه هذه إجراءات هذا الشهر من ضمان وحماية للشركات المؤجرة، وذلك بهدف تشجيعها على إبرام تلك العقود لما تحققه من دور اقتصادي في تمويل المشروعات التجارية والصناعية بما تحتاجه من تجهيزات ومعدات وآلات تساهم في تطورها ومسايرتها للتكنولوجيا الحديثة.

وعلى ذلك، انشغلت التشريعات بتنظيم شهر عمليات الاعتماد الإيجاري. ففي فرنسا، أخضعت المادة الأولى في فقرتها الثالثة من القانون رقم 66-455² الخاص بالمؤسسات الممارسة للاعتماد الإيجاري والصادر في 1966/7/2³، عمليات الاعتماد الإيجاري لشهر شروطه وطرقه تحدد

¹ - وقد زاد هذا الإدراك بتوصية من البعض بإصدار تشريع خاص ينظم طريقة لإشهار عقد الاعتماد الإيجاري للمنقولات:

Claude Champaud, «Le leasing », art. préc., n°. 43.

² - J.O du 3 juill. 1966, p. 5652.

³ - لقد أضيفت الفقرة المتعلقة بالإشهار بمقتضى الأمر رقم 67-837 الصادر في 1967/9/28 والذي أرسى مبدأ الشهر، وأحال أمر تنفيذه إلى المرسوم التنفيذي الصادر سنة 1972، انظر:

J.O. du 29 septembre 1967, p. 9595.

الفصل الثاني: الإشهار كشرط لنفاذ حق ملكية المؤجر قبل الغير في عقد الاعتماد الإيجاري للمنقولات

بمرسوم،¹ هذا الأخير سوف يحدد الشروط التي ضمنها يؤدي غياب الشهر إلى عدم إمكان الاحتجاج على الغير. ولكن كان يجب الانتظار خمس سنوات لصدور مرسوم 1972/7/4² المحدد لطرق وإجراءات شهر

¹ - بالرغم من الربط العضوي بين المسائل التي يحكمها قانون 1966 وتلك التي تحكمها مرسوم 1972 إلا أنه قد ثار خلاف حول تحديد نطاق سريان مرسوم 1972 من حيث الموضوع، فطبقاً للفقرة الثالثة من المادة الأولى من قانون 1966 تخضع العمليات المشار إليها أعلاه في المادة الأولى من القانون للشهر، على أن يتولى مرسوم يصدر لهذا الغرض تحديد إجراءاته. وعند صدور مرسوم 1972 أكدت مادته الأولى هذا المعنى إذ نصت على أن العمليات المشار إليها في المادة الأولى من قانون 2 يوليو 1966 المعدل تخضع للشهر على نحو يسمح بتعيين الأطراف والأموال التي تكون محلاً لهذه العمليات. ويتضح من ذلك أن العمليات التي تخضع للشهر هي عمليات الاعتماد الإيجاري التي تتوافر فيها العناصر المنصوص عليها في تعريفها التشريعي. وبالتالي تخضع عقود الاعتماد الإيجاري للمنقولات وما يلحق بها من عقود في إطار عمليات الاعتماد الإيجاري اللاحقة للشهر.

ومفهوم مخالفة هذا النص لا تخضع العمليات التي لا تعد من قبيل الاعتماد الإيجاري في مفهوم قانون 1966 لأحكام الشهر. فالعقود التي ترد على غير المعدات الإنتاجية لا يلزم شهرها، وكذلك عمليات التأجير التقليدية التي قد تقوم بها شركات التجارة والصناعة.

ومع ذلك، ثار الخلاف حول تحديد المقصود بعمليات الاعتماد الإيجاري الخاضعة لأحكام الشهر. ففي أول الأمر ذهبت محكمة النقض الفرنسية إلى أن المقصود بهذه العمليات تلك التي تقوم بها مؤسسات الاعتماد الإيجاري على وجه الاعتياد، وذلك على اعتبار أن قانون 2 يوليو 1966 أتى بصفة أساسية لتحديد النظام القانوني لهذه المؤسسات، ونص على خضوع المؤسسات التي تزاول عمليات الاعتماد الإيجاري على وجه الاعتياد لأحكام قوانين البنوك والمؤسسات المالية. ويتربط على ذلك أن الاعتماد الإيجاري الذي تسري عليه أحكام قانون 1966 والنصوص المكملة لأحكامه هو ذلك الذي تقوم به شركات الاعتماد الإيجاري على وجه الاعتياد. (Cass.Com. 20 fév. 1973, JCP, 1974, II. 17764, note Bey.) وقد تبعها في ذلك جانب من الفقه واستبعد من نطاق الالتزام بالشهر ليس فقط العمليات "المبتسرة" أي تلك التي لا تتوافر فيها خصائص الاعتماد الإيجاري وفقاً لمفهومه التشريعي وإنما أيضاً العمليات "الهامشية" أي تلك التي لا تقوم بها مؤسسات الاعتماد الإيجاري على وجه الاعتياد. (Bey, JCP, 1977, II, 18669, note sous cassation commerciale, 13 avril, 1976.)

إلا أن محكمة النقض الفرنسية قامت بتعديل موقفها المتقدم، إذ ذهبت إلى أن جميع العقود التي تتوافر فيها خصائص الاعتماد الإيجاري بمفهومه التشريعي يجب إشهارها، بغض النظر عما إذا كان العقد تعبيراً عن نشاط يتم على وجه الاعتياد أو إذا تم إبرامه بصفة عرضية أو هامشية. (Cass.Com. 16 déc. 1975, Actualités juridiques et propriété immobilière, janv. 1977, note, Solal, p. 33.) وجد هذا الاتجاه الجديد للمحكمة العليا أنصاراً له من الفقه الفرنسي. (Fournier, Crédit-bail, Guide juridique, Dalloz, 1985, p. 179 ; no12.)

ولا يسعنا إلا ترجيح صحة الاتجاه الأول، ذلك إن مرسوم 1972 صدرت تنفيذاً لقانون 1966 وتلزم مادتها الثانية شركة الاعتماد الإيجاري بطلب إجراء الشهر. فالمقصود إذن بالمؤسسة تلك التي نص عليها قانون 1966، وقد وصفها هذا الأخير بالمؤسسات التي تزاول عمليات الاعتماد الإيجاري بمفهومه التشريعي على وجه الاعتياد. ومؤدى ذلك أن المؤسسة التي تقوم بعملية اعتماد إيجاري على نحو عرضي لا تكتسب وصف مؤسسة الاعتماد الإيجاري وبالتالي لا تكون ملزمة بإشهار العقد.

² - Décret n° 72-665, J.O du 14 juill. 1972 relatif à la publicité des opérations de crédit-bail en matière mobilière et immobilière, p. 7457.

وأبرز ما عابه الفقه على هذا المرسوم هو غياب أحكام انتقالية "absence de mesures transitoires"، انظر في هذه الانتقادات بالتفصيل: C. Lucas de Leyssac, op.cit., D. 1975, chron 23 ; E. M. Bey, « De la publicité des opérations de crédit-bail mobilier », JCP 1973, 2549.

وقد ميز هذا المرسوم بين شهر عقود الاعتماد الإيجاري للمنقولات وشهر عقد الاعتماد الإيجاري العقاري، ذلك أن نظام الشهر العقاري بوجه عام نظام قديم يتمتع بقواعده المستقرة، ويكفي في شأن إشهار عقود الاعتماد الإيجاري العقاري الإحالة إليها في حين أن التصرفات القانونية الواردة على منقولات لا تخضع كأصل عام للشهر مما استلزم سن قواعد خاصة بشهر عقود الاعتماد الإيجاري، انظر في ذلك: د\ هاني محمد دويدار، النظام القانوني، المرجع السابق، ص 180.

لم تكن مؤسسات الاعتماد الإيجاري تخضع لأي تنظيم قانوني خاص إلى أن صدر قانون 1966. لكن القانون المتقدم لم يلزم هذه المؤسسات بشهر العقود. وقد أرسى المشرع الفرنسي مبدأ الشهر عند إصداره لأمر سنة 1967، وقد علق وضعه موضع التنفيذ على صدور مرسوم تنفيذي الذي لم =

الفصل الثاني: الإشهار كشرط لنفاذ حق ملكية المؤجر قبل الغير في عقد الاعتماد الإيجاري للمنفولات

= يرى النور إلا في الرابع من يوليو سنة 1972، أي بعد ما يقرب من خمس سنوات على صدور أمر 1967. وقد ترتب على ذلك أنه في تاريخ نفاذ مرسوم 1972 كانت هناك عقود سبق إبرامها قبل هذا التاريخ وما زال تنفيذها جاريا عند نفاذ المرسوم.

وطبقا للمادة 14 من مرسوم 1972 يناط بوزير العدل ووزير الاقتصاد والمالية، كل في حدود اختصاصه، بتنفيذ أحكامها التي تدخل حيز النفاذ بعد شهر من تاريخ نشر القرار arrêté المنصوص عليه في المادة التاسعة من المرسوم. والمادة المذكورة تقضي بوجود صدور قرار مشترك من وزير العدل والاقتصاد والمالية يتحدد فيه ما يلزم تقديمه من وثائق ومستندات عند طلب إجراء الشهر. وقد صدر القرار المذكور في ذات يوم صدور مرسوم 1972 وتم نشره معه في ذات الجريدة الرسمية.

ومؤدى ذلك دخول مرسوم 1972 حيز النفاذ بتاريخ الرابع من أغسطس سنة 1972.

ولا يثور أدنى شك حول وجوب شهر عقود الاعتماد الإيجاري التي يتم إبرامها بعد تاريخ نفاذ مرسوم 1972 أي اعتبارا من الرابع من أغسطس سنة 1972. إلا أن الجدل قد ثار حول فرض الالتزام بالشهر على العقود التي تم إبرامها قبل هذا التاريخ ولا يزال تنفيذها جاريا. ويلاحظ في هذا الصدد أن مرسوم 1972 لم يتضمن حكما يفيد سريان أحكامه بأثر رجعي. وبالتالي لا يكون لهذه الأحكام سوى أثر فوري في تطبيقها من حيث الزمان. ومع ذلك فإن تكييف العلاقة القانونية التي تنشأ بين شركة الاعتماد الإيجاري والمستفيد على أنها علاقة إيجارية يجعل من عقد الاعتماد الإيجاري عقدا مستمرا، وبالتالي تلحقه الأحكام القانونية الجديدة مادام تنفيذه لا يزال جاريا.

وقد تأثرت إحدى محاكم الاستئناف الفرنسية بهذا التحليل وقضت بوجوب شهر عقد الاعتماد الإيجاري الذي أبرم قبل نفاذ مرسوم 1972 ولم ينقض بعد عند تاريخ هذا النفاذ، ورتبت على تخلف الشهر في النزاع المعروض عليها جزءا من نفاذ حق ملكية شركة الاعتماد الإيجاري للأصل المؤجر. وقد أسست حكمها المتقدم على أن العقد قد أبرم بعد تاريخ نفاذ مرسوم 1967 الذي تضمن مبدأ الشهر، وإن كان وضعه موضع التنفيذ متوقف على صدور المرسوم التنفيذي إلا أن شركة الاعتماد الإيجاري كانت تعلم بالتزامها بإشهار العقد، وتكون بالتالي ملتزمة بطلب إجراء الشهر بمجرد دخول أحكام مرسوم 1972 حيز النفاذ.

ويتضح من ذلك أن الحكم المشار إليه لم يعمل في واقع الأمر قواعد التنازع الزمني للقوانين وإلا ما كان هناك مجال للتمييز بين العقود التي تم إبرامها قبل 1967 وتلك التي يتم إبرامها بعد هذا التاريخ، ففي كل الأحوال مادام العقد المبرم قبل تاريخ نفاذ مرسوم 1972 لا زال تنفيذه جاريا فإنه يخضع لأحكام المرسوم بغض النظر عن تاريخ إبرامه، أي سواء قبل تاريخ صدور مرسوم 1972 أو بعده. لكن محكمة الاستئناف اعتبرت الالتزام بالشهر التزاما ناشئا منذ صدور مرسوم 1967 ومعلقا على شرط واقف يتمثل في صدور المرسوم التنفيذي. ومتى صدر مرسوم 1972 تحقق الشرط الواقف صار الالتزام بالشهر واجب التنفيذ.

ولقد واجه الحكم المتقدم هجوما عنيفا من جانب الفقه، وعند عرض الأمر على محكمة النقض الفرنسية قامت بتقضي هذا الحكم وقضت بأنه ليس لمرسوم 1972 أثر رجعي وبالتالي لا يلزم شهر أي عقد من عقود الاعتماد الإيجاري سوى تلك العقود التي تبرم بعد تاريخ نفاذ هذه المرسوم.

وحقيقة الأمر إن الرأي الذي استقرت عليه المحكمة العليا لا يتسق وإعمال الأثر المباشر للقانون على العقود المستمرة، وهذا ما يناقض الإقرار بالطبيعة الإيجارية لعقد الاعتماد الإيجاري. ولكن إذا كان المراد من الشهر هو إنفاذ حق ملكية شركة الاعتماد الإيجاري في مواجهة الكافة يصبح تخريج محكمة النقض الفرنسية مبررا: فالملكية تلعب دور الضمان لمواجهة مخاطر عدم قيام المستفيد بالوفاء بما يشغل ذمته تجاه شركة الاعتماد الإيجاري، وكأنه ملتزم بالوفاء بدين لا يقبل الانقسام ولكن تنفيذه يتراخى في الزمان. ومؤدى ذلك اعتبار عقد الاعتماد الإيجاري عقدا فوريا في واقع الأمر، ويكون إعمال الأثر المباشر للقوانين على العقود الفورية عدم التزام شركة الاعتماد الإيجاري بشهر العقود التي تم إبرامها قبل تاريخ نفاذ مرسوم 1972.

ويتوقف الأمر في تقدير البعض على تاريخ نشوء مركز الغير الذي يخول له الدفع بعدم نفاذ حق ملكية شركة الاعتماد الإيجاري في مواجهته. فإن كان ناشئا قبل تاريخ نفاذ مرسوم 1972 لا يجوز له الاستناد إلى أحكامه على اعتبار أن نفاذ الملكية كان مقررا في مواجهته وقت نشوء مركزه دون حاجة إلى إشهار، وبالتالي تكون عناصر نفاذ حق الملكية قد اكتملت تكوينها قبل نفاذ مرسوم 1972 فإن عناصر نفاذ حق ملكية شركة الاعتماد الإيجاري في مواجهته لم يكتمل تكوينها بعد ولا يكتمل إلا بإتباع أحكام المرسوم الذي يسري إذن على العقد المبرم. ويترتب على ذلك أنه يجوز للغير الدفع بعدم نفاذ حق الملكية في مواجهته لتخلف شهر العقد، أنظر بخصوص ما تقدم:

Lucas De Leyssac, «L'obligation de publier les contrats de crédit-bail mobilier et son application dans le temps», Dalloz, 1975, Chronique 23 ; Bey, note précitée sous cour d'appel de Montpellier ; Solal, note précitée; Cass. Com. 15 déc. 1975, JCP, 1976II 18407, note Bey, Bull. Civ., IV, no 301, p. 248, D. 1976.407, note C. Lucas De Leyssac, D. 1976.678.note F. Caporale. Com. 15 nov. 1976, D. 1977. IR. 48 : « La publicité n'est obligatoire que pour les opérations conclues après l'entrée en vigueur du décret du 4 juillet 1972... » ; Cour d'appel de Montpellier, 20 nov. 1973, JCP, 1974II, 17640, note Bey. V. aussi : Montpellier, 22 janv. 1975, D, 1976, somm. 47.

الفصل الثاني: الإشهار كشرط لنفاذ حق ملكية المؤجر قبل الغير في عقد الاعتماد الإيجاري للمنقولات

هذه العمليات. وحاليا تفصيلات الإشهار وأثر تخلفه على نفاذ هذا العقد في مواجهة الغير منظمة بموجب نص المادة L.313-10 من تقنين النقد والقرض الفرنسي.¹ وعلى غرار المشرع الفرنسي نظم نظيره الجزائري شهر عمليات الاعتماد الإيجاري، فلقد أخضعت المادة السادسة من الأمر رقم 09-96 عمليات الاعتماد الإيجاري لشهر تحدد كلفيته عن طريق التنظيم² الذي لم يصدر إلا بعد مرور عشر سنوات تحت رقم 06-90 والمحدد لكيفيات إشهار عمليات الاعتماد الإيجاري للأصول المنقولة.

أما في المغرب فقد تضمنت المدونة التجارية الصادرة في الفاتح من أغسطس 1996 من ضمن النصوص المنظمة لعمليات الاعتماد الإيجاري سبعة مواد³ تتعلق بإجراءات شهر هذا العمليات. أما المشرع المصري فقد اتبع في قانون 95 لسنة 1995 نفس الطريقة التي اتبعها المشرع الفرنسي وذلك بنصه في المادة الثالثة⁴ من هذا القانون على ضرورة شهر هذه العمليات.

ويتضح مما سبق أن المشرع في تلك الدول ارتأى ضرورة إيجاد إجراءات لشهر عمليات الاعتماد الإيجاري، مادام المستأجر يجوز أصلا لا يملكه. حيث يمكن أن تشكل هذه الوضعية مصدرا للخلط لدى الغير، لأنها تساهم في خلق يسار ظاهر للمستأجر إذا اعتبر الأصل ملكا له ويشكل عنصرا غالبا ما يعتبر مهما في الضمان العام للدائنين. خصوصا وأن القضاء يميل نحو الاعتراف بآثار الوضع الظاهر،⁵ عندما يتعلق الأمر بمصالح كتلة الدائنين في حالة تصفية الممتلكات أو التسوية القضائية. وعلى ذلك، نتناول في

¹ - Article L313-10 (Mod. par Ordonnance n°2005-429 du 6 mai 2005 - art. 46 JORF 7 mai 2005) : « Les opérations mentionnées à l'article L. 313-7 sont soumises à une publicité dont les modalités sont fixées par décret. Ce décret précise les conditions dans lesquelles le défaut de publicité entraîne l'inopposabilité aux tiers. »

² - راجع المادة السادسة من الأمر رقم 09-96.

³ - وهي المواد من 436 إلى غاية 442 من المدونة التجارية الصادرة لظهير 15 ربيع الأول 1417 هجرية الموافق 1 أغسطس 1996 أي سبعة مواد من أصل اثني عشر مادة هي كل المواد التي نظم بها المشرع المغربي عملية الاعتماد الإيجاري، وعلى سبيل المثال تنص المادة 436 على أنه: " تخضع عمليات الائتمان - الكرائي لشهر يمكن من التعرف على الأطراف وعلى الأموال موضوع تلك العمليات "

⁴ - تنص هذه المادة على أنه: " تعد الجهة الإدارية المختصة سجلا لقيود المؤجرين، كما تعد سجلا آخر لقيود عقود التأجير التمويلي... ويجب أن يتضمن القيد تحديد المال المؤجر وبيان أطراف العقد وصفاتهم وبالنسبة لهذا المال ومدة التعاقد والبيانات الواردة في عقود البيع... "

⁵ - انظر بالتفصيل في ذلك ص 246 وما بعدها من هذا البحث.

الفصل الثاني: الإشهار كشرط لنفاذ حق ملكية المؤجر قبل الغير في عقد الاعتماد الإيجاري للمنقولات

هذا المبحث إجراءات الشهر القانوني (مطلب أول)، وأثرها على نفاذ حق ملكية المؤجر في مواجهة الغير (مطلب ثاني).

المطلب الأول

إجراءات شهر عقود الاعتماد الإيجاري للمنقولات

لقد أوجدت التشريعات الحديثة شكليات يجب احترامها لإشهار عقود الاعتماد الإيجاري التي يكون محلها أصولا منقولة، وهذه الشكليات جاءت بالتوازي مع ما يميل إليه القضاء - خاصة في المسائل التجارية - من الاعتراف بآثار الوضع الظاهر حماية للغير، وعلى وجه الخصوص، حماية لجماعة الدائنين في حالة الإفلاس أو التسوية القضائية.

ونعرض تباعا في هذا المطلب لكيفية إجراء هذا القيد، وتعديله ونفاذه، وأخيرا محوه:

الفرع الأول: إجراء القيد والتعديلات

”Modalités de publication initiale et modifications”

أولا: تقديم طلب القيد:

في القانون الفرنسي تناولت المواد R 313-4 وما بعدها من تقنين الصرف والمالية (المواد من 2 إلى 9 من مرسوم سنة 1972 الملغى) تحديد إجراءات الشهر، ويتحقق هذا الأخير عن طريق قيد العقد على النحو المبين فيه.

وطبقا للمادة R 313-4¹ (المادة الثانية من مرسوم 1972) يتم قيد البيانات المشار إليها في المادة R313-3 من ذات القانون بناء على طلب من مؤسسة الاعتماد الإيجاري (المؤجر) في السجل المعد لذلك في قلم كتاب المحكمة التجارية أو المحكمة الابتدائية المختصة بالفصل في المنازعة

¹ - Article R313-4: « Pour les opérations de crédit-bail en matière mobilière, l'entreprise de crédit-bail demande la publication, au registre ouvert à cet effet au greffe du tribunal de commerce ou du tribunal de grande instance statuant commercialement, des renseignements prévus à l'article R. 313-3. »

الفصل الثاني: الإشهار كشرط لنفاذ حق ملكية المؤجر قبل الغير في عقد الاعتماد الإيجاري للمنقولات

التجارية، وهذا هو نفس موقف المشرع المغربي في الفقرة الثانية من المادة 436 من مدونة التجارة المغربية،¹ أما في مصر فقد نصت اللائحة التنفيذية للقانون رقم 95 لسنة 1995 والصادرة بالقرار رقم 846 لسنة 1995 في المادة السادسة على أنه يعد في الجهة الإدارية² سجل خاص يسمى " سجل قيد العقود " تقيد فيه عقود التأجير التمويلي التي تبرم أو تنفذ في مصر.

وهو ذات الوضع تقريبا في القانون الجزائري فقد نص المرسوم رقم 06-90 المحدد لكيفيات إشهار عمليات الاعتماد الإيجاري للأصول المنقولة على أنه يعد سجل عمومي³ لعمليات الاعتماد الإيجاري ويمسك من قبل المركز الوطني للسجل التجاري تشهر وتقيد فيه العمليات التي تبرم وتنفذ في الجزائر.⁴ ومحل القيد هو عقد الاعتماد الإيجاري ذاته، ولذا أوجب المشرع الفرنسي إجراء القيد على نحو يسمح بتعيين أطراف العقد⁵ كالاسم وعنوان الشركة "Raison sociale"، ومكان مركز الإدارة الرئيسي، ورقم القيد في سجل التجارة والشركات، من جانب، وتعيين الأصول المنقولة التي يرد عليها العقد من جانب آخر،⁶ من خلال بيان أوصافها على نحو يسمح بالتعرف عليها بسهولة ويسر.⁷

¹ - محمد الكشور، الائتمان الإيجاري، مجلة المحامي، المغرب، ع 06، 1998، ص 179.

² - ولم توضح بالضبط المقصود بالجهة الإدارية، هل هي وزارة الاقتصاد أم التجارة أم المالية عكس المشرعين المغربي والفرنسي الذين أوكلا هذه المهمة للقضاء.

³ - انظر المادة الثانية من ذات المرسوم.

⁴ - نص الفقرة الأولى من المادة الثالثة من ذات المرسوم على أنه: " يتعين على المؤجر أن يقوم بقيد كل عقد للاعتماد الإيجاري للأصول المنقولة في السجل المفتوح لهذا الغرض على مستوى ملحقة المركز الوطني للسجل التجاري التي تم لديها تسجيل المؤجر."

⁵ - Cass. Com. 29 avril 1997, n° 95.15.099, Bull.Civ. IV, n° 112.

ويضع القضاء تفرقة في حالة الخطأ في ذكر أسماء الأطراف وصفاتهم بين الخطأ الذي يؤدي إلى تغليب الغير حول هويتهم وبالتالي لا يكون العقد نافذا في مواجعتهم، والخطأ الذي لا يترتب عنه ذلك: من الحالة الأولى، انظر:

Bouai 22 juin 1995, Rev. Proc. Coll. 1997. 190. Obs. B. Soinnie.

ومن الحالة الثانية:

Com. 16 mai 1995 (n° 1038), RJDA 1995, n° 1254, p. 976, Rev. Proc. Coll. 1995. 467. Obs. B. Soinnie.

⁶ - Article R313-3 : « Les opérations de crédit-bail, mentionnées à l'article L. 313-7, sont soumises à une publicité. Celle-ci doit permettre l'identification des parties et des biens faisant l'objet de ces opérations. »; V. Com 5 déc. 1989, Gaz. Pal. 1990, 1. 160, note E-M. Bey.

انظر كذلك الفقرة الأولى من مدونة التجارة المغربية.

ويتوجب أن يكون هذا الوصف دقيقا وواضحا للأصول المنقولة المؤجرة، ويجرر المؤجر ذلك بقائمة من نسختين، ويقترح البعض أنه يستحسن أن يتم هذا الإجراء بالطرق الالكترونية:

« ... comme nous le proposons, cette formalité pourrait être remplacée par une télédéclaration transmise via une plate forme informatique. », V.. Diaka Aimé, op.cit. marge 563, p. 282.

⁷ - Crémieux- Israël, op. cit. p. 142.

الفصل الثاني: الإشهار كشرط لنفاذ حق ملكية المؤجر قبل الغير في عقد الاعتماد الإيجاري للمنقولات

فإذا كانت هذه البيانات قد ذكرت بجملة على نحو يتعذر معه التعرف على أطراف العقد أو على الأشياء محله، كالاكتفاء بذكر أرقام العقود وتواريخها، اعتبرت إجراءات الشهر القانوني غير كافية، فقضى القضاء بأن إثبات نوع السيارة وسنة صنعها ورقم مجموعتها "Numéro de série" دون بيان أرقام اللوحة المعدنية غير كاف لتحديد هذه السيارة تحديدا واضحا، ولا يجوز التذرع بأن هذه الأرقام المعدنية لم تكن معروفة عند توقيع العقد، لأنه في الإمكان إضافة هذه الأرقام إلى بيانات القيد بعد معرفتها.¹

وهذا التدقيق في ذكر بيانات العقد عند القيد يهدف إلى حماية الغير الذي يتعامل مع المستفيد² خاصة في حالة تعرض هذا الأخير لإجراءات الإفلاس أو التسوية القضائية، ومن هذه الزاوية يكمل الالتزام بالشهر الواقع على عاتق مؤسسة الاعتماد الإيجاري الدائنة التزام المستفيد المدين بعد صدور الحكم بافتتاح الإجراء الجماعي بإعداد جرد³ لأصوله وللضمانات المثقلة بها والذي يرمي إلى الوصف الواضح والدقيق⁴ للأموال التي قد يكون البعض منها محلا للاسترداد مستقبلا من قبل شركة الاعتماد الإيجاري المحتفظة بملكيتها. وبالتوفيق بين هذين الالتزامين، يصبح من السهل إثبات وجود المنقولات المؤجرة ضمن أصول المدين.

وفي ذات السياق أوجب المشرع الجزائري تقديم طلب القيد موقعا عليه من المؤجر، ومتضمنا للبيانات الآتية:⁵

¹ - Lyon, 30 avril 1980, cité par Bey, JCP. Com . Fas. 850 ; Metz, 19 mai 1988, Gaz. Pal. 1988.2.somm.460, note E-M. Bey : « En cas de changement d'immatriculation du véhicule, le numéro de châssis demeure. »

² - Cass.com. 1^{ère} déc. 2009, n° 08-13.187, RLDA, fèv.2010; D.2010, D. 12. A. Lienard; RLDA, fèv. 2010, obs. J-J. Ansault, Act. Proc. Coll., 2010, comm..27; JCP E. 25 mars 2010, n° 12, p. 29, obs. M. Cabrillac; Cass.Com., 26 janv. 2010, Gaz. Pal., 17 avril 2010, n° 107, p. 18, note. F. Pérochon.

³ - V. Art. Article L622-6 (Modifié par Ordonnance n°2013-544 du 27 juin 2013 - art. 7)

« Dès l'ouverture de la procédure, il est dressé un inventaire du patrimoine du débiteur ainsi que des garanties qui le grèvent. Cet inventaire, remis à l'administrateur et au mandataire judiciaire, est complété par le débiteur par la mention des biens qu'il détient susceptibles d'être revendiqués par un tiers. Le débiteur entrepreneur individuel à responsabilité limitée y fait en outre figurer les biens détenus dans le cadre de l'activité à raison de laquelle la procédure a été ouverte qui sont compris dans un autre de ses patrimoines et dont il est susceptible de demander la reprise dans les conditions prévues par l'article L. 624-19. ... »

⁴ - V. C. Com. Art. R.622-24.

⁵ - انظر المادة الرابعة من المرسوم رقم 06-90، وكذا كشف قيد عملية الاعتماد الإيجاري المرتبط بالأموال المنقولة (ملحق للمرسوم التنفيذي رقم

الفصل الثاني: الإشهار كشرط لنفاذ حق ملكية المؤجر قبل الغير في عقد الاعتماد الإيجاري للمنقولات

- اسم ولقب المؤجر،
 - محل إقامته ووظيفته،
 - اسم ولقب المستفيد من القرض، سكنه ووظيفته،
 - تعيين المنقولات المؤجرة،
 - المبلغ الإجمالي لسعر المنقولات المؤجرة،
 - تاريخ عقد الاعتماد الإيجاري،
 - المبلغ الإجمالي للإيجارات،
 - الاستحقاقات،
 - مدة الإيجار،
 - اختيار السكن من المؤجر ضمن دائرة اختصاص محكمة وضعية مقر مبناه، وأخيرا توقيع المنتدب لدى السجل التجاري بالإضافة إلى رقم وتاريخ التسجيل.
- وفي التشريع المصري يقدم طلب قيد عقود التأجير التمويلي موقعا عليه من طالب القيد أو وكيله أو الممثل القانوني للشخص الاعتباري من أصل وصورة متضمنا البيانات التالية¹:
- اسم طالب القيد والاسم التجاري والسمة التجارية إن وجدت.
 - البيانات الدالة على شخصية كل طرف من أطراف العقد وعلى الأخص صفته وأسمه ولقبه وسنه وجنسيته ومحل إقامته، وإذا كان أحد الأطراف شخصا اعتباريا يبين شكله القانوني وسند إنشائه وأسم ممثله ونوع النشاط الذي يقوم به.
 - بيان المال المؤجر بأوصافه كما وردت في العقد ونظام تسليمه.
 - نظام التأمين على المال المؤجر إن وجدت.
 - بيانات خاصة عن النشاط الذي يستخدم فيه المال من حيث طبيعته ونوع الإنتاج.
 - الأحكام المنظمة لتملك المستأجر للمال.
 - تاريخ بدء سريان العقد ومدته.

¹ - المادة 18 من اللائحة رقم 864 لسنة 1995 المصرية.

الفصل الثاني: الإشهار كشرط لنفاذ حق ملكية المؤجر قبل الغير في عقد الاعتماد الإيجاري للمنقولات

● كما يجب أن ترفق بطلب القيد في سجل العقود، صورة عقد التأجير التمويلي والمستندات التي تحدد مالك المال المؤجر.

وينفرد القانون المصري في ما يخص الشهر القانوني لعمليات التأجير التمويلي، بقيد عقد البيع الذي يتم استناد إليه عقد تأجير تمويلي في سجل العقود، على أن يتضمن طلب القيد نفس البيانات التي سبق ذكرها، وإن كان البيان الثاني قد يوحي بأن الذي يتعلق به الأمر هو الذي يتم في نهاية عقد الإيجار والذي يقتني فيه المستأجر ملكية الأصل من المؤجر، حيث يتعلق هذا البيان بالبائع من واقع قيده في سجل المؤجرين¹.

إلا أننا نعتقد بأن البائع الذي يتعلق به الأمر هو مورد الأصل محل عملية التأجير التمويلي، لأن المادة 23 من اللائحة تنص في بدايتها على " يقيد عقد البيع الذي يتم استنادا إلى عقد تأجير تمويلي... وهو إجراء إضافي لم يتحدث عنه ولم يتطلبه لا المرسوم الفرنسي والجزائري ولا القانون المغربي.

ولقد اتفقت التشريعات السابقة بخصوص كون المؤجر هو من يتحمل بالالتزام بالقيام بإجراءات الشهر القانوني للمنقولات لدى الجهة المختصة، وذلك أن الحكمة والفائدة من الشهر القانوني هي في صالح المؤجر أساسا ما دامت تحمي حق ملكيته وتمكنه من الاحتجاج بما ضد الغير².

وإذا كان القانون المصري لم يذكر صراحة لا في قانون رقم 95 لسنة 1995 ولا في اللائحة رقم 846 لسنة 1995، بأن المؤجر هو من يتحمل بالتزام القيام بإجراءات الشهر القانوني، إلا أن ذلك يمكن أن يستشف أولا من المادة 18³ التي تلزمه باتخاذ إجراءات التأشير بالتنازل في سجل قيد عقود التأجير

¹ - المادة 23 من اللائحة التنفيذية رقم 846 لسنة 1995. الفقرة (ب).

² - انظر المادة الثالثة السابق ذكرها من المرسوم، و. الفقرة الثانية من المادة 436 من مدونة التجارة المغربية، وفي الفقه والقضاء الفرنسيين:

Ch. Bruneau, op.cit., n° 216, p. 208 ; Com. 18 nov. 1997, arrêts n°s 2279 et 2280 d. pourvois n°s 95-22.331 et 22-332.

ولطالما قرر قضاء النقض الفرنسي بأن عبء إثبات استكمال شكل وإجراءات الشهر يقع على عاتق المؤسسة مانحة الائتمان، انظر:

Cass. Com. 27 fèv. 1990, Bull.civ. IV, n° 55, RTD. Com. 1990, p. 630, obs. B. Bouloc; Cass. Com. 13 janv. 1998, Bull. Civ. IV, n° 15, Gaz.Pal. 1998.1.pan. 148, RTD. Com. , 1998, p. 663, obs. B. Bouloc; A. Martin- Serf, RJDA, mai 1998, n° 628.

³ - من القانون رقم 95 لسنة 1995.

الفصل الثاني: الإشهار كشرط لنفاذ حق ملكية المؤجر قبل الغير في عقد الاعتماد الإيجاري للمنقولات

التمويلي لدى الجهة الإدارية المختصة، وثانيا لأن المحكمة والفائدة من الشهر القانوني، هي في صالح المؤجر أساسا ما دامت تحمي حق ملكيته وتمكّنه من الاحتجاج بها ضد الغير على النحو السالف بيانه.

وتحدد الجهة المختصة بالتسجيل في التشريع الفرنسي بقلم كتاب المحكمة التجارية أو المحكمة الابتدائية المختصة بالفصل في المنازعات التجارية¹ في الفرض الذي لا توجد فيه محكمة تجارية.² ويترب على ذلك أن شهر عقود الاعتماد الإيجاري نظام قضائي في فرنسا ويمكن معه إضفاء حجية قطعية على صحة البيانات الواردة في السجل.

وتحدد المادة 5-313 R من تقنين الصرف والمالية (المادة الثالثة من مرسوم) 1972 المحكمة التي يختص قلم كتابها بمسك السجل الخاص بشهر عقود الاعتماد الإيجاري للمنقولات من الوجهة المحلية، وتميز في هذه الحالة بين فرضين:³

الأول: وهو قيد المستفيد في السجل التجاري ففي هذا الفرض يجب إجراء القيد لدى قلم كتاب المحكمة التي يقع في دائرتها المكان الذي تم فيه قيد المستفيد في السجل التجاري عن نشاطه الرئيسي.⁴ فلو فرضنا أن المركز الرئيسي هو في مدينة باريس وقام بإبرام عقد الاعتماد الإيجاري لشئون فرع له يوجد بمدينة ليون فإن قيد العقد يتم في السجل الخاص بقلم كتاب المحكمة الباريسية المختصة، حيث قام المستفيد بقيد اسمه عن نشاطه الرئيسي في مكتب السجل التجاري في باريس.

الثاني: وهو عدم قيد المستفيد في السجل التجاري (كأن يكون من أصحاب المهن الحرة كالحامي أو المهندس أو الطبيب أو مشروعا زراعيا أو حرفيا). وفي هذا الفرض يجب إجراء القيد لدى قلم كتاب المحكمة المختصة التي يقع في دائرتها مركز أعمال المستفيد الذي يرتبط به تنفيذ عقد الاعتماد الإيجاري

¹ - انظر الفقرة الاخيرة من المادة 436 من مدونة التجارة المغربية.

² - E- M. Bey, « De l'évolution de la publicité dans le crédit-bail », art. préc. DOCTR. 650 ; « Le droit de la propriété dans le crédit-bail. », RJDA, 1991.87.

³ - انظر في تمييز المشرع المغربي لهذين الفرضين الفقرة الثالثة من المادة 436 من مدونة التجارة.

⁴ - Art. R313-5/1 : « Lorsque le client de l'entreprise de crédit-bail est immatriculé au registre du commerce et des sociétés, la publication s'effectue auprès du greffé du tribunal dans le ressort duquel ce client est immatriculé à titre principal. »

الفصل الثاني: الإشهار كشرط لنفاذ حق ملكية المؤجر قبل الغير في عقد الاعتماد الإيجاري للمنقولات

للمنقولات.¹ ومؤدى ذلك أنه في حالة وجود مركز رئيسي للمستفيد في باريس وتم إبرام العقد لشئون فرع له في ليون فإن المحكمة المختصة هي محكمة ليون وليست محكمة باريس.

ويتضمن القرار المشترك الصادر عن وزير العدل ووزير الاقتصاد والمالية في تاريخ 4 يوليو 1972 الأحكام الخاصة بالوثائق والمستندات الواجب تقديمها إلى قلم كتاب المحكمة المختصة بالأحكام التفصيلية المتعلقة بكيفية مسك السجل الخاص المعد لشهر عقود الاعتماد الإيجاري للمنقولات.²

وإذا كان القانونان الفرنسي والمغربي لم يحددا ميعادا لإجراء القيد خلاله وذلك على غرار المادة R. 313-7 من تقنين الصرف والمالية الفرنسي الحالي، إلا أنه -وعلى ضوء أحكام نفاذ القيد من تاريخ اجرائه³ والجزاء المترتب على تخلف الشهر- يكون من صالح مؤسسات الاعتماد الإيجاري إجراء القيد في أسرع وقت ممكن.⁴

والملاحظ هو أن القانون الجزائري يخرج عن هذا المنحى بنصه على الأجل الذي يجب أن يتم ضمنه قيد عمليات الاعتماد الإيجاري للمنقول، فقد حددته الفقرة الثانية من المادة الثالثة من المرسوم التنفيذي رقم 06-90 بأجل ثلاثين يوما ابتداء من تاريخ إمضاء العقد، كما ألزمت المادة السابعة من ذات المرسوم بالنسبة لعقود الاعتماد الإيجاري للأصول المنقولة الجاري تنفيذها أن تكون محل قيد في أجل ثلاثة أشهر ابتداء من تاريخ نشر هذا المرسوم في الجريدة الرسمية .

¹ - Art. R313-5/2 : « Lorsque le client n'est pas immatriculé au registre du commerce et des sociétés, la publication s'effectue auprès du greffe du tribunal de commerce ou du tribunal de grande instance statuant commercialement dans le ressort duquel est situé l'établissement de ce client bénéficiaire du crédit-bail. »

2- Arrêté du 4 juillet 1972 relatif à la publicité des opérations de crédit-bail en matière mobilière, JORF du 14 juillet 1972, p.7456

³ - Art. R313-7 « Les inscriptions régulièrement faites en application des articles R. 313-4 et R. 313-6 prennent effet à leur date. »

وانظر كذلك نفس الحكم في نص المادة 438 من مدونة التجارة المغربية، والواضح أن المواد من 436 إلى 440 من مدونة التجارة المغربية هي نسخة طبق الأصل للفصول من 1 إلى 8 من المرسوم الفرنسي المذكور، انظر في ذلك:

عوض احمد براءة غزبول، عقد الائتمان الإيجاري بين الفقه والاجتهاد القضائي، مجلة القسطاس، مكناس، السنة الثانية العدد الثاني، أكتوبر 1998، ص 126 وما بعدها.

⁴ - « ...en pratique, parce que les inscriptions prennent effet à leurs date, la demande est souvent concomitante à la livraison du matériel au crédit-preneur. Le crédit-bailleur a donc tout intérêt à accomplir la formalité prescrite dans les plus brefs délais. » V. . Diaka Aimé, op.cit. n°. 304, p. 282.

ثانيا: إجراء التعديلات:

تنص المادة 6-313.R من تقنين الصرف والمالية الفرنسي الحالي (المادة الرابعة فقرة أولى من مرسوم 1972) على وجوب التأشير على هامش القيد الأول بجميع التعديلات التي ترد عليه،¹ وبصفة خاصة فيما يتعلق بتعيين الأطراف وتعيين الأموال التي يرد عليها العقد المشهر، بشكل يستطيع الغير معه أن يعلم بشكل دائم ودقيق بالوضعية الجديدة للأطراف أو الأشياء محل الإيجار، وهذا هو نفس الوضع بالنسبة للمشرعين الجزائري والمصري والمغربي.²

ويترب على ذلك أنه في حالة تصرف شركة الاعتماد الإيجاري في المنقول المؤجر يجب التأشير بذلك على هامش قيد العقد مع تعيين شخص المتصرف إليه.

كذلك في الفرض النادر الذي تجيز فيه الشركة للمستفيد التنازل عن العقد "La cession du contrat du credit bail mobilier" إلى الغير يجب التأشير بذلك على هامش قيد العقد مع تعيين شخص المستأجر الجديد.³

¹ - Art. R313-6/1: « Toute modification affectant les renseignements mentionnés à l'article R. 313-3 est publiée en marge de l'inscription existante au registre mentionné à l'article R. 313-4. »

انظر كذلك الفقرة الأولى من المادة 437 من مدونة التجارة المغربية.
² - انظر المادة الخامسة من المرسوم 06-90، وكذا المادة 437 من مدونة التجارة المغربية، والمادة الثالثة من القانون رقم 95 لسنة 1995 المصري والفقرة الثانية من المادة السادسة من لائحته التنفيذية.

³ - انظر بخصوص هذه المسألة في التعليق على قضاء النقض الفرنسي:
Cass.com.28 oct. 2008, Bull. Civ.IV.. n° 179, D. 2008, AJ 2866, obs. A Lienard; Gaz. Proc. Coll. N° 1 2009, p. 53, note F. Pérochon, Act. Proc. Coll., 2008\20, n° 309, note F. Pérochon; JCP. E. 2009.1.1008, n° 7, obs. R. Cabrillac; RTD. Com. 2009, p. 457, obs. A. Martin Serf.

الفصل الثاني: الإشهار كشرط لنفاذ حق ملكية المؤجر قبل الغير في عقد الاعتماد الإيجاري للمنقولات

وقد ينتج التعديل عن قيد المستفيد في مكتب سجل تجاري آخر، أو محو قيد المستفيد من السجل التجاري، أو نقل المنقول إلى فرع آخر من فروع المستفيد في الفرض الذي لا يكون فيه مقيدا في السجل التجاري.

وفي كل فرض ينعقد فيه الاختصاص لقلم كتاب محكمة أخرى يجب نقل القيد إلى السجل الذي يمسكه قلم الكتاب بالمحكمة التي صارت مختصة. وحيث أن شركة الاعتماد الإيجاري هي الشخص المختص بطلب إجراء القيد الأصلي فإنه يقع على عاتقها طلب نقل القيد إلى المحكمة الجديدة.¹

كما يتصدى المشرع الجزائري للحالة السابقة التي يؤدي فيها التعديل إلى تغيير الاختصاص الاقليمي للمركز الوطني للسجل التجاري، حيث الزم المؤجر بالقيام بقيد التعديل في سجلات ملحقة المركز الوطني للسجل التجاري المختصة إقليميا.²

الفرع الثاني: نفاذ القيد:

في التشريع الفرنسي وطبقا للمادة الخامسة من مرسوم 1972 تكون القيود التي تجرى وفقا لأحكام المادتين الثانية والرابعة منه نافذة من تاريخ إجراءاتها.

ويتضح من ذلك أن القيد الأصلي أو قيد التعديلات الواردة عليه تنتج آثارها من تاريخ إجراءاتها. وبالتالي إذا أرادت شركة الاعتماد الإيجاري الإفادة من الآثار التي تترتب على إجراء القيد فإن من صالحها الإسراع في إجراءاته، إذ لا عبرة إلا من تاريخ إجراء القيد، والمنطق الجلي أن استرداد المنقولات محل العقد المشهر، يقتضي لا محالة أن تتم إجراءات الإشهار قبل النطق بالحكم المفتوح للإجراء الجماعي.³ وبالتالي

¹ - Art. R313-6/2: « Dans le cas où cette modification implique un changement du tribunal territorialement compétent, l'entreprise de crédit-bail doit en outre faire reporter l'inscription modifiée sur le registre du greffe du nouveau tribunal. »

انظر كذلك الفقرة الثانية من المادة 437 من مدونة التجارة المغربية.

² - انظر الفقرة الثانية من المادة الخامسة من المرسوم رقم 90-06.

³ - « Pour permettre la revendication, la publicité doit être intervenue avant la date du jugement ouvrant la procédure collective... »

Cass. Com, 11 Mai 1999, n° 96-22763, Bihr c/ Société Diac, JCP éd. E 1999, 1172, note Crocq.

الفصل الثاني: الإشهار كشرط لنفاذ حق ملكية المؤجر قبل الغير في عقد الاعتماد الإجاري للمنقولات

يفقد القيد قيمته القانونية إذا تم بعد صدور الحكم بشهر إفلاس المستأجر أو إخضاعه لإجراءات التصفية

القضائية.¹

ولم يشر مرسوم سنة 1972 إلى المدة التي يظل فيها القيد منتجاً لآثاره من تاريخ إجراءاته. وبالتالي يكفي إجراء القيد لتحقيق الغاية من الشهر. إلا أن صدور القانون رقم 84-148 بتاريخ أول مارس 1984 الخاص بالوقاية من مصاعب المشروعات وحلها ودياً² وبموجب المادة 45 منه أضيفت مادة جديدة إلى قانون 1966، صارت المادة الأولى-رابعاً وبموجبها تنقضي وتسقط القيود الخاصة بعقود الاعتماد الإجاري للمنقولات بمضي خمس سنوات ما لم يتم تجديدها، وهذا ما تبناه المادة³ 11-313.L من تقنين الصرف والمالية الحالي .

وعلى ذلك ومنذ صدور القانون المذكور يجب على شركات الاعتماد الإجاري تجديد "Renouvellement" القيود المتعلقة بعقود الاعتماد الإجاري للمنقولات كل خمس سنوات وإلا تعرضت

¹ - « ... il a également été jugé que le droit de propriété du crédit-bailleur sur les biens objet du contrat n'est pas opposable aux créanciers du preneur dès lorsque la publicité n'a été accomplie que postérieurement au jugement ouvrant une procédure collective à l'encontre du locataire. » V. Ch. Bruneau, op. cit., n° 218, p. 209 ; Com. 11 mai 1999, D. Affaires 1999. 1042, note A. L., RJDA 1999, n° 812, p. 654. L'arrêt de cassation vise à la fois les textes relatifs au crédit-bail et l'article 57 de la loi du 25 janvier 1985 qui, dans sa rédaction à l'époque des faits, interdisait l'inscription des actes translatifs ou constitutifs de droits réels postérieurement au jugement d'ouverture du redressement judiciaire, disposition abrogée par la loi du 10 juin 1994.

انظر في هذا التعديل التشريعي وأثره على الاعتماد الإجاري:

F. Derrida, "A propos de la modification de l'article 57 de la loi du 25 janvier 1985 par la loi du 10 juin 1994", Defrénois 1995.1425, n°7.

إلا ان المشرع الفرنسي قد عاد إلى الصياغة السابقة لنص المادة 57 لقانون 25 يناير بعد التعديل سنة 2008 بموجب نص المادة 3-622.L:

Art. L622-30 (Mod. par Ordonnance n°2008-1345 du 18 décembre 2008 - art. 35)

« Les hypothèques, gages, nantissements et privilèges ne peuvent plus être inscrits postérieurement au jugement d'ouverture. Il en va de même des actes et des décisions judiciaires translatifs ou constitutifs de droits réels, à moins que ces actes n'aient acquis date certaine ou que ces décisions ne soient devenues exécutoires avant le jugement d'ouverture.

Toutefois, le Trésor public conserve son privilège pour les créances qu'il n'était pas tenu d'inscrire à la date du jugement d'ouverture et pour les créances mises en recouvrement après cette date si ces créances sont déclarées dans les conditions prévues à l'article L. 622-24.

Le vendeur du fonds de commerce, par dérogation aux dispositions du premier alinéa, peut inscrire son privilège. »

² - Loi n°84-148 du 1 mars 1984 - art. 45 JORF 2 mars 1984 en vigueur le 1er mars 1985

³ - Article L313-11 (Modifié par Ordonnance n°2005-429 du 6 mai 2005 - art. 46 JORF 7 mai 2005)
« Pour les opérations de crédit-bail en matière mobilière, les inscriptions prises en vertu de l'article L. 313-10 se prescrivent par cinq ans, sauf renouvellement. »

الفصل الثاني: الإشهار كشرط لنفاذ حق ملكية المؤجر قبل الغير في عقد الاعتماد الإيجاري للمنقولات

جزء عدم نفاذ ملكيتها للمنقولات المؤجرة في مواجهة الغير، فإذا كانت الشركة هي الطرف المتلزم بطلب إجراء القيد الأصلي، فإن طلب تجديده يكون على عاتقها أيضا، إذ أنها هي صاحبة المصلحة في ترتيب آثار القيد. وحيث أن الجزء المقرر على تخلف الشهر هو عدم نفاذ حق ملكية الشركة - كما سنرى لاحقا- فلا يتصور أن يختلف الجزء على عدم تجديد القيد عن الجزء على عدم إجراء القيد الأصلي. وطبقا للمادة 52 من المرسوم الصادر تنفيذا لقانون 1984 - وهو المرسوم الصادر بالفتح من مارس 1985¹ تحت رقم 85-295 منحت شركات الاعتماد الإيجاري مهلة الستة أشهر التالية على تاريخ نشر المرسوم المذكورة لإجراء تجديد القيود التي مضى على إجرائها خمس سنوات أو أكثر وكذلك فيما يتعلق بالقيود التي تنقضي في شأنها مدة السنوات الخمسة على تاريخ إجرائها وذلك خلال الأشهر الثلاثة التالية على نشر المرسوم.²

ويلاحظ أن الحكم الذي استحدثه القانون رقم 84-148 محدود الأثر إذ لا تتجاوز مدة عقود الاعتماد الإيجاري للمنقولات عادة خمس سنوات. إلا أن مدة العقد تتوقف بصفة أساسية على مدة إهلاك المنقول ضريبيا. وهناك من المنقولات ما يتم إهلاكها على مدد تتجاوز الخمس سنوات كالسفن والطائرات. وفي إطار نفس السياق للغاية المبتغاة من شهر التعديلات نص المشرع المغربي أيضا على وجوب تجديد القيود كل خمس سنوات وإلا تقادمت³. وهو حكم شاذ في قانون التجارة المغربية، كما هو شاذ بالنسبة للقانونين الفرنسي والجزائري⁴ والمصري. بمعنى أنه لا نظير له في الأحكام المتعلقة بالتسجيل في

¹ - Décret n°85-295 du 1 mars 1985 pris pour l'application de la loi 84148 du 01-03-1984 relative à la prévention et au règlement amiable des difficultés des entreprises, - JORF du 5 mars 1985 p. 2704 .

² - Art. 52 Abrogé par Décret n°2007-431 du 25 mars 2007 - art. 3 (V) JORF 27 mars 2007 :

«Pour l'application de l'article 1er-4 de la loi n° 66-455 du 2 juillet 1966, les entreprises de crédit-bail ont un délai de six mois pour procéder au renouvellement des inscriptions prises il y a cinq ans ou plus à la date de publication du présent décret. Il en est de même des inscriptions dont le délai vient à expiration dans les trois mois qui suivent la publication de ce décret.»

³ - الفقرة الأخيرة من المادة 438.

⁴ - انظر المادة الخامسة من المرسوم التنفيذي رقم 90-06.

الفصل الثاني: الإشهار كشرط لنفاذ حق ملكية المؤجر قبل الغير في عقد الاعتماد الإيجاري للمنقولات

السجل التجاري باستثناء ما تنص عليه المادة 137 من مدونة التجارة في السجل التجاري بخصوص إمتياز بائع الأصل التجاري أو الدائن المرتهن.¹

أما بخصوص الأجل الذي يجب أن يتم ضمنه قيد عمليات الاعتماد الإيجاري، فإن القوانين المغربي والمصري لم تضع وضع أجلا لذلك.

وتكتفي هذه القوانين بوضع المبدأ الآتي: إنّ القيود المنتظمة تنتج آثارها من تاريخ حصولها، ذلك أن حماية شركة التأجير والإحتجاج على بعض الدائنين بحقوقها على الشيء محل الإيجار، تتطلب القيام بالإجراءات التي تتم لدى الجهة المختصة والمتعلقة بشهر حقوقها في عملية الاعتماد الإيجاري أي في أقرب وقت ممكن، لأنه يمكن إعتبار القيد قد تم من تاريخ تقديم المستندات المطلوبة للقيد لكتابة الضبط أو الإدارة المختصة.

وبالتالي لا يتمتع المؤجر بأي حماية، بين تاريخ توقيع عقد الاعتماد الإيجاري، وتسليم المستندات كاملة للجهة المختصة بالقيد.

الفرع الثالث: محو (شطب) القيد.

تنص المادة السادسة من مرسوم 1972² على أنه يجب محو قيد العقد من السجل الخاص بشهر عقود الاعتماد الإيجاري للمنقولات إما بناء على ما يفيد اتفاق الأطراف على ذلك وإما بناء على حكم قضائي حاز قوة الأمر المقضي فيه.

ويتضح من ذلك أنه لا يجوز لكتابة الضبط محو القيد من تلقاء نفسها، وإنما يتم ذلك بناء على اتفاق الأطراف أو بناء على حكم قضائي.

ولا شك في وجوب محو قيد عقود الاعتماد الإيجاري عند انقضائها، فإذا تحقق ذلك بانقضاء مدته يتوافر رضا الطرفين على محو القيد، وذلك بغض النظر عن انتقال ملكية المنقول إلى المستفيد أو رده

¹ و التي جاء فيها: " يحفظ التقييد الإمتياز لمدة خمس سنوات من تاريخه ويعتبر التقييد لاغيا إذا لم يجدد قبل إنقضاء الإمتياز لمدة خمس سنوات من تاريخه ويعتبر التقييد لاغيا إذا لم يجدد قبل إنقضاء هذه المدة، ويقوم كاتب الضبط بالتشطيب تلقائيا على التقييد إذا لم يقع تجديده".

² - انظر كذلك المادة 438 من مدونة التجارة المغربية.

الفصل الثاني: الإشهار كشرط لنفاذ حق ملكية المؤجر قبل الغير في عقد الاعتماد الإيجاري للمنقولات

إلى شركة الاعتماد الإيجاري، ولكن في هذه الحالة قد تبغي هذه الشركة الإبقاء على قيد العقد إلى أن تتصرف في المنقول المسترد.

وفي حالة زوال العقد بالفسخ تستطيع شركة الاعتماد الإيجاري الاستناد إلى الحكم الصادر بفسخ العقد لطلب محو القيد الخاص به. ويشترط المشرع أن يكون الحكم القضائي حائزاً لقوة الأمر المقضي فيه لإمكان محو القيد، وذلك حتى لا يتأثر بإلغاء الحكم أمام محكمة الدرجة الثانية.

ففي التشريع المصري لا يلغى القيد في سجل العقود إلا في الحالات التالية:

- إنقضاء مدة العقد دون تجديد.

- بناء على طلب طرفي العقد.

- صدور حكم نهائي بالإلغاء.

و إذا ألغى القيد فلا يكون للإلغاء أثر بالنسبة إلى القيود والتسجيلات التي تمت في الفترة ما بين القيد والإلغاء¹.

أما المشرع الجزائري فقد حصرت المادة السادسة من المرسوم رقم 06-90 حالات تشطيب عقد الاعتماد الإيجاري في نفس الحالات السابق ذكرها بالنسبة للتشريع المصري.

كما ينص مرسوم 1972/7/4 في ذات المادة على أن المستأجر يستطيع التقدم بنفسه بطلب شطب القيد وفق الإجراءات المنصوص عليها في المرسوم، والتي تقضي بأن مجرد شهادة بسيطة بحسن إنتهاء العملية يمنحها المؤجر للمستأجر تكفي للسماح لهذا الأخير بأن يرر لكاتب الضبط إتفاق الأطراف، أو بعد أن ينفذ المستأجر كامل إلتزاماته، يستطيع أو يجب عليه - يعود للأطراف تحديد قوة هذه الإلتزامات - أن يطلب بنفسه شطب القيد المشهر، فمجرد رسالة تصدر عن المؤجر يوكله فيها بشكل صحيح تجعله يقوم بنفسه بالإجراءات القانونية للشطب.

¹ - المادة 35 من لائحة التأجير التمويلي.

الفصل الثاني: الإشهار كشرط لنفاذ حق ملكية المؤجر قبل الغير في عقد الاعتماد التجاري للمنقولات

فعلى أساس الوكالة التي تبرر في كل مراحل مسلسل بلورة وتنفيذ العلاقات العقدية التي يقوم بها المستأجر من مختلف إجراءات إدارية أو تقنية، يستطيع المؤجر أن يعفي نفسه بشكل صحيح من إلتزامه بالشطب والنص عقديا على أن المستأجر هو الذي يجب أن يباشر بنفسه هذا الإجراء الموضوع لمصلحته وحده.

المطلب الثاني

أثر إشهار العقد على نفاذ حق ملكية المؤجر الائتماني في مواجهة الغير

« L'opposabilité du droit de propriété comme conséquence de la publication du contrat »

نعرض في هذا المطلب لمخاطر الإعسار الخفي للمستأجر في عقد الاعتماد التجاري على حقوق الغير (الفرع الأول)، ثم نعرض للجزاء المترتب على تخلف إشهار هذا العقد أو مخالفة شكلياته القانونية (الفرع الثاني):

الفرع الأول: نظام الإشهار ومخاطر اليسار الظاهر:

« La difficulté de l'apparence de solvabilité »

لقد واجهت شركات الاعتماد التجاري، في بادئ الأمر وقبل التنظيم التشريعي للشهر، عدة صعوبات في مجال حماية ملكيتها للأموال موضوع عقد الاعتماد التجاري، خاصة إذا كانت الأموال منقولة؛ إذ أن هذا العقد يرد غالبا على معدات وأدوات وتجهيزات، وهي منقولات بطبيعتها وتخضع للقاعدة العامة التي تعتبر أن الحياة في المنقول سند الملكية، الأمر الذي من شأنه أن يهدد مصالح وأموال الشركات المؤجرة من ناحية احتمال فقدانها لإحدى الضمانات الأساسية المباشرة على الأصول المؤجرة إذا قام المستأجر بالتصرف في تلك الأموال أو رتب عليها حقوقا عينية، كرهن أو غير ذلك.

الفصل الثاني: الإشهار كشرط لنفاذ حق ملكية المؤجر قبل الغير في عقد الاعتماد الإيجاري للمنقولات

إذ أن العلاقة التعاقدية القائمة بين الشركة المؤجرة والمستفيد المستأجر لا يحتج بها في مواجهة الغير عملاً بمبدأ نسبية العقود وفقاً للمادة 113 من التقنين المدني الجزائري.¹

فعقد الاعتماد الإيجاري لا يسري مفعوله في الأساس على الغير وفقاً للقواعد العامة ما دام هذا الغير ليس طرفاً في تلك العلاقة التعاقدية، ومن حق الغير كدائني المستفيد المستأجر، الاعتقاد بملكيتها للمنقولات التي يحوزها ويستعملها وكأنه مالك لها، وذلك عملاً بقاعدة الحيازة في المنقول سند للملكية.² فإذا تصرف المستأجر في المنقولات موضوع عقد الاعتماد الإيجاري، فإن ذلك سينعكس سلباً على المؤجر مالك تلك الأموال المنقولة وسيجد صعوبة كبيرة في استردادها من الشخص الثالث الذي اشتراها من المستأجر عن حسن نية.

ولذلك كانت الغاية من قيد عقد الاعتماد الإيجاري للمنقولات في السجل الخاص بقلم كتاب المحكمة المختصة تكمن في إعلام الكافة بإبرام العقد.³ وعلى هذا تجيز المادة 9⁴-313-R من تقنين الصرف والمالية الفرنسي الحالي (يقابلها المادة السابعة من مرسوم 1972 الملغي والمادة الثامنة⁵ من قرار 4 يوليو 1978) لكل من له مصلحة الحصول على صورة أو مستخرج من البيانات التي تم قيدها مع الإشارة -إن كان للأمر مقتضى- إلى نقل القيد إلى قلم كتاب محكمة أخرى أو إلى أي تعديل تم إجراؤه إلى البيانات الواردة في السجل.

¹ انظر الفصل 228 من قانون الالتزامات والعقود المغربي.

² - Claude Champaud, Le lesing, art. préc., n° 39.

³ - Ch. Bruneau, op.cit. p. 206, spéc. N° 215.

⁴ - Art. R313-9 : « Le greffier délivre à tout demandeur une copie de l'état intégral ou des extraits des inscriptions modificatives. »

وعموماً هذا هو موقف المشرع اللاتيني، إذ يسمح لكل من له مصلحة بأن يطلب صورة أو إفادة عن البيانات والمعلومات الخاصة بعقود الاعتماد الإيجاري المرصدة من أحد المشروعات التجارية.

⁵ - Art.8(Arrêté du 4 juillet 1972 relatif à la publicité des opérations de crédit-bail en matière mobilière « L'état dont la délivrance est prévue à l'article R. 313-9 du code monétaire et financier pour la publicité des inscriptions est établi sous forme de copies ou d'extraits selon la demande du requérant et à ses frais.

Le cas échéant, le greffier délivre un certificat attestant l'absence de toute inscription concernant la personne visée dans la demande.

Aucune demande ne peut viser plus d'une personne à la fois. »

الفصل الثاني: الإشهار كشرط لنفاذ حق ملكية المؤجر قبل الغير في عقد الاعتماد الإيجاري للمنقولات

وبذلك يستطيع الغير الوقوف على ما يكون لشركة الاعتماد الإيجاري من حق ملكية على المنقول محل العقد المشهر، وكذا الوقوف على ما يرتبه العقد من أعباء مالية في ذمة المستفيد، فإن أهم ما يتميز به عقد الاعتماد الإيجاري هو أنه يخلق حالة قانونية يكون فيها الحائز والمنتفع بالمنقولات هو غير المالك لها، ونظرا لأن القاعدة الفقهية أن الحيازة في المنقول سند الملكية فقد ينشأ وضع ظاهر يدفع المتعاملين مع المستأجر إلى منحه قروضا يتبين في النهاية صعوبة إن لم يكن استحالة استردادها.¹

من ثم يبدو أن أهم ما كان يشغل المشرع هو حماية الغير تجاه يسار مشكوك فيه لكنه ظاهر في ذمة المستأجر؛² فمن خلال الشهر القانوني، يستطيع الغير أن يعرف حقيقة الطابع العرضي والمادي لحيازة المستأجر للأصل المنقول ورفع الغلط حول حقيقة يساره،³ هذه الحماية تجدد أهميتها من ناحية أولى عندما يكون الأصل المؤجر ذا قيمة مهمة، وبالخصوص عندما يشكل العنصر الرئيسي في يسار المستأجر، وشهر اتفاقات التأجير التمويلي اللاحق⁴ هو أكثر ضرورة وأهمية⁵ بالنسبة للغير الذي لا يستطيع العلم بتغير سند حيازة الأصل بالنسبة للمستأجر فإبرامه لهذا الاتفاق يكون قد خفض من عناصر ضمانه العام. ومن ناحية ثانية، قد تكون شركة الاعتماد الإيجاري في وضع صعب إذا ما أفلس المستأجر أو قام دائنة بالحجز على التجهيزات المملوكة لها لعدم علمهم بذلك، فكان من اللازم وتناديا للإضرار بمصالح الغير والمستأجر إخضاع العقد لعملية شهر قانونية لتحديد المركز القانوني لطرفي عقد الاعتماد الإيجاري.

فالغير الذي يتعامل مع المستأجر من مصلحته أن يعرف نظام الأصل الذي يحوزه مدينه، وبالنسبة للمؤجر التمويلي الذي يخشى عدم القدرة على الاحتجاج بحق ملكيته والذي يفترض أن يؤمن نفسه

¹ - عبد السلام الوهاي، عقد الائتمان الإيجاري للمنقول في القانون المغربي، الندوة الرابعة للعمل القضائي والبنكي، سلسلة الندوات والايام الدراسية، الرباط، العدد الاول، ط. 1، 2004، ص 370.

² - E.M.Bey, C.A Montpellier 2^{ème} ch 20/11/1973 J.C.P. 1974. II 97640.

³ - « Il convient en effet d'éviter que les personnes appelées à traiter avec le crédit-preneur ne méprennent sur la propriété des biens que détient leur cocontractant et ne commettent une erreur sur la consistance de l'importance de son patrimoine... », V. Ch. Bruneau, op.cit., n° 215, p. 206.

⁴ - وما يزيد من أهمية خضوع عقود الاعتماد الإيجاري للشهر إبرام عقود الاعتماد الإيجاري اللاحق، حيث أن المستفيد يكون مالكا للأصل ابتداء ثم يقوم ببيعه إلى شركة الاعتماد الإيجاري ويحتفظ بحيازته على سبيل الإيجار. وفي هذه الحالة لا يكون في مقدور الغير تبين تحول حيازة المستفيد للأصل من حيازة قانونية إلى مجرد حيازة مادية مع ما يترتب على ذلك من انتقاص للضمان العام للدائنين إذ لم يعد الأصل مملوكا للمستفيد. انظر في هذا المعنى: د\هاني محمد دويدار، النظام القانوني، المرجع السابق، ص 174.

⁵ - Cass.Com.11/5/1982. J.C.P 1983. II. 20074 note E.M.Bey.

الفصل الثاني: الإشهار كشرط لنفاذ حق ملكية المؤجر قبل الغير في عقد الاعتماد الإيجاري للمنقولات

بمباشرة إجراءات الشهر القانوني لضمان حجية أكثر إطلاقاً لحق ملكيته. فالمستفيد وهو يحوز المنقول من الوجهة المادية من شأن ذلك إيقاع الغير في غلط حول ملكية المستفيد للمنقول وذلك بغض النظر عما إذا كان المستفيد قاصداً خلق حالة التوهم لدى الغير من عدمه. وبما أن شركة الاعتماد الإيجاري تحتفظ بملكية المنقول المادي على سبيل الضمان طوال مدة العقد يكون شهر العقد بمثابة إشهار تأمين عيني يرد على المنقول دون أن يتطلب تقريره تخلي المدين عن حيازته،¹ والملكية باعتبارها التأمين العيني المقرر لشركة الاعتماد الإيجاري لا بد إذن من شهره لكي يصير التأمين -أي الملكية- نافذاً في مواجهة الغير.²

إن ذلك لبمثلة الأثر القانوني الذي رمى المشرع الفرنسي إلى ترتيبه، دون أن يعلن صراحة عن دور الضمان الذي تلعبه الملكية في إطار الاعتماد الإيجاري، واكتفى بالنص على أن شركة الاعتماد الإيجاري تحتفظ بملكية المنقول طوال مدة العقد. ولا شك في صحة الاعتقاد من أن نص المشرع الصريح على احتفاظ الشركة المؤجرة بملكية المنقول كان من أجل تعريض تكييف العقد لإعادة نظر القضاء فيه، فالاعتماد الإيجاري هو في حقيقته الاقتصادية عملية بسيطة: منح ائتمان مضمون بحق ملكية الأصل الذي يتم تمويله، وهو من الوجهة القانونية يتضمن رهناً مغلقاً تحت مسمى قالب الإيجار.

ويجب ألا يغيب عن البال طوائف الأشخاص الذين يعلق المشرع نفاذ الملكية في مواجهتهم على شهر عقد الاعتماد الإيجاري، وهم دائنوا المستفيد وخلفه الخاص.

وحيث أن هؤلاء يرتبطون بالمستفيد وليس بشركة الاعتماد الإيجاري يكون المراد الرئيسي من الشهر إعلام هؤلاء بان الأصل المؤجر ليس مملوكاً في واقع الأمر للمستفيد، ولا يكون تعيين شخص المالك الحقيقي محل الاعتبار الجوهرية من الشهر، ويأتي علم هؤلاء بعدم ملكية المستفيد للأصل من واقع علمهم بارتباطه بعقد من عقود الاعتماد الإيجاري مع إحدى المنشآت التي احتفظت بملكية المنقول، وهذا ما يفسر اختصاص المحكمة بالنظر إلى دائرة المكان الذي تم فيه قيد المستفيد في السجل التجاري أو المكان الذي يوجب فيه مركز أعماله. فمناطق الاختصاص يدور حول شخص المستفيد وليس حول شركة الاعتماد

¹ - Goyet, op. cit. p. 73, n° 135.

² - Giovanoli, op. cit. p. 360, n° 449.

الفصل الثاني: الإشهار كشرط لنفاذ حق ملكية المؤجر قبل الغير في عقد الاعتماد الإيجاري للمنقولات

الإيجاري. والقول بخلاف ذلك يجعل افتراض علم دائمي المستفيد أو خلفه الخاص بانتفاء ملكيته للأصل مستحيلا والفرض أنهم يجهلون واقعة إبرام عقد الاعتماد الإيجاري.

وحتى بفرض خضوع عقد بيع المنقول للشهر كيف يتسنى إلزام هؤلاء بالتحري عما إذا كانت (س) من شركات الاعتماد الإيجاري تملك المنقول من (ص) من البائعين، وخاصة أن المستفيد أجنبي عن البيع؟ أما بالنسبة للمستأجر فلا يمكن اعتبار هذا الشهر مضرا به بأي شكل ولا بمصلحه المشروعة، فباعباره غير مالك للأصل، فإنه لا يستطيع قانونا أن يجعل منه عنصرا من عناصر ذمته المالية، بل إن الشهر يعطيه ميزة أخرى، لأن عقد الاعتماد الإيجاري الذي تم شهره، يمكن الاحتجاج به في مواجهة المقتني الجديد للأصل في الحالة التي يتنازل فيها المؤجر عنه بالإيجار،¹ إذ أن المستأجر يستفيد من شهر عقد الاعتماد الإيجاري في حالة تصرف المؤجر في الأصل المنقول، ففي حالة الإشهار يكون الأثر هو نفاذ العقد في مواجهة الكافة² "effet erga omnes" ومن بينهم مشتري الأصل، ويستطيع المستفيد بالتالي التمسك بالاتفاق وما ينشأ له عنه من حقوق في مواجهة المتنازل له.³

وبالتالي يكون تنظيم الشهر القانوني تحقيقا للتوازن المقبول عدالة بين مصالح شركة الاعتماد الإيجاري المؤجرة، ومصالح الغير ممن يتعاملون مع المستفيد.⁴

¹ - Cass.Com.16/12/1975. A.J.P.I 1977. Note Solal.

² - V. G. Cornu, Vocabulaire juridique, Association Henri Capitant, PUF, 8^o éd., 2007.

³ - Solal (A), op. cit., p. 31.

وجدير بالإشارة في هذا الصدد أن المادة الثانية من مرسوم 1967 أضافت مادة جديدة إلى قانون 1966، المادة الأولى -أولا من القانون، وبموجبها يكون المتصرف إليه مسئولاً عن كافة الالتزامات الناشئة عن عقد الاعتماد الإيجاري وذلك طوال مدة العقد، وتبقى شركة الاعتماد الإيجاري التي تصرفت في الأصل ضامنة لتنفيذ المتصرف إليه لهذه الالتزامات، انظر في ذلك:

د\ هاني محمد دويدار، النظام القانوني، المرجع السابق، ص 177.

⁴ - بالمقابل نشأ خلاف فقهي حاد انذاك بخصوص هذه المسألة، فقد ذهب البعض إلى أن تقرير نفاذ عقد الاعتماد الإيجاري للمنقول الذي تم شهره يمثل حماية مفرطة للمؤسسات المانحة وعقبة واضحة ضد محاولات انقاذ المشروعات المستأجرة، وأن هذا يتعارض مع الأمل المنشود من عملية الاعتماد الإيجاري للمنقول على مستوى النهضة الاقتصادية، انظر في هذا الرأي:

R. Houin, art. préc., JCP. 1980.I. 2978. Spéc. n° 20.

الفصل الثاني: الإشهار كشرط لنفاذ حق ملكية المؤجر قبل الغير في عقد الاعتماد الإيجاري للمنقولات

وقد يتوهم البعض أن من صالح المستفيد أعمال نظرية الظاهر إذ يمكن لدائنيه التنفيذ على الأصل المؤجر استيفاء للديون التي تشغل ذمته، إلا أن هذا الأمر لا يعفيه من المسؤولية في مواجهة شركة الاعتماد الإيجاري التي تجعل المستفيد ضامنا لكل تعرض من قبل الغير يمس بحق الملكية المقرر لها.

لكن الواقع عكس ذلك، فكثيرا ما يأخذ القضاء بالأوضاع الظاهرة عندما يثور النزاع بين مالك الأصل الحقيقي ودائي حائز هذا الأصل، إذ بينما يطالب الأول باسترداده يتمسك الآخرون بالتنفيذ عليه باعتباره عنصرا من عناصر الضمان العام المقرر لهم على ذمة مدينهم، ويلاحظ أن الاتجاه العام للقضاء الفرنسي هو نحو ترجيح الأوضاع الظاهرة في مجال شهر الإفلاس.¹

ولأن ملكية الأصل تمثل بالنسبة إلى شركة الاعتماد الإيجاري الضمان الجوهري الذي تتمتع به ضد مخاطر إعسار المستفيد، فإنه لا يمكنها قبول تحمل خطر اتجاه القضاء المتقدم إلى تقرير عدم نفاذ ملكيتها في مواجهة دائني المستفيد وبصفة خاصة في حالة شهر إفلاسه. لذلك يكون في إشهار العقد ما يوفر لها الحماية الواجبة لمصالحها إذ يكون حق الملكية المقرر لها نافذا في مواجهة الكافة.

لهذه الاعتبارات المتقدمة كان لزاما على المشرع الفرنسي تعليق نفاذ ملكية شركة الاعتماد الإيجاري على شهر عقد الاعتماد الإيجاري ذاته. ويلاحظ في هذا الصدد أنه في حالة تخلف الشهر لا يستطيع المتصرف إليه الاحتجاج بحق ملكيته للمنقول المشتري في مواجهة دائني المستفيد أو خلفه الخاص، ولا يكون له إلا الرجوع على شركة الاعتماد الإيجاري بالضمان، وعلى هذا نعرض في العنصر الموالي بالتفصيل للحديث عن جزاء تخلف الشهر وكذا الشهر المعيب.

¹ - ففي حالة إفلاس الحائز غالبا ما يعتد بالوضع الظاهر الذي يفرضي إلى اعتبار المال ضمن أموال التفليسة مرجحا مصلحة جماعة الدائنين على مصلحة المالك الحقيقي، انظر:

الفرع الثاني: جزاء تخلف الشهر¹ « Sanctions du contrat non-publié »

يسري عقد الاعتماد الإيجاري المشهر على الغير، كدائني المستأجر وخلفه الخاص، إذ أن الشهر يشكل قرينة غير قابلة للدحض بوجود مثل هذا العقد،² كما يعتبر الشهر بمثابة إعلان لحق ملكية مال منقول موجود بجزاء الغير بموجب عقد الاعتماد الإيجاري، ويعفى المالك (الشركة المؤجرة) من إثبات ملكيته للمال موضوع العقد عندما يكون قد تم نشر هذا العقد، ولا تطبق قاعدة الحيازة في المنقول سندا للملكية.³

وبالمقابل، تحدد المادة R313-10⁴ من تقنين الصرف والمالية الفرنسي (يقابلها المادة الثامنة من مرسوم 1972) الجزاء المترتب على تخلف الشهر، وذلك بنصها على أنه في حالة عدم اتخاذ إجراءات الشهر وفقا لأحكام المواد من R. 313-6 إلى R. 313-4 (المواد من 2 إلى 5 من مرسوم سنة 1972) لا يكون لشركة الاعتماد الإيجاري، الاحتجاج بحقوقها على الأموال التي احتفظت بملكيتها في مواجهة دائني المستفيد أو خلفه الخاص الذي تلقى عنه المنقولات بعوض،⁵ ما لم تقم الدليل على علم هؤلاء بوجود هذه الحقوق المقررة لها.

ويتضح من ذلك أن الجزاء الذي يترتب على تخلف الشهر أو عدم احترام اجراءاته، لا يؤدي إلى ابطال عقد الاعتماد الإيجاري غير المشهر، بل يقتصر جزاء تخلف الشهر على عدم نفاذ حق ملكية شركة الاعتماد الإيجاري للمنقولات المؤجرة، وبالتالي عدم إمكانية استردادها⁶ لهذه الأخيرة خاصة في حالة تعرض

¹ - يمكن لقلم الكتاب أيضا إصدار شهادة تفيد عدم إجراء أي قيد خاص بموضوع طلب من يتقدم به من ذوي الشأن.

² - Cass. Com., 12 avril 1988, JCP., 1988. IV.211.; Cass. Com. 14 oct. 1997, JCP. 1998.I.121; RTD. Com., 1998, p. 402.

³ - Didier R. Martin, Crédit-bail mobilier, Location et Possession du bien louer et revendu, JCP. 1998, p. 539 ; Cass. Com. 14 janv. 1997, et cass. Com. 26 janv. 1997, RTD. Com. 199, p. 684 ; Cass. Com. 13 janv. 1998, Bull. civ., IV, n° 15; RTD. Com. 1998, p. 663.

⁴ - Art. R313-10 : « Si les formalités de publicité n'ont pas été accomplies dans les conditions fixées aux articles R. 313-4 à R. 313-6, l'entreprise de crédit-bail ne peut opposer aux créanciers ou ayants cause à titre onéreux de son client, ses droits sur les biens dont elle a conservé la propriété, sauf si elle établit que les intéressés avaient eu connaissance de l'existence de ces droits. »

⁵ - Ch. Bruneau, op.cit., n° 215, p. 206.

يجب أن يكون الغير دائنا للمستأجر أو خلفا خاصا له اكتسب حقا على المنقول بعوض، أما إذا كان الحق قد انتقل إليه بدون عوض، كأن يكون وارثا أو موصى له أو موهوبا له، فإن مجرد عدم الإشهار لا يؤدي إلى عدم مواجهته بملكية المؤجر للمنقولات، بل إنه يواجه بما كما لو تم إشهارها.

⁶ - «La sanction du défaut de publicité est l'impossibilité, en cas de procédures collectives, de revendiquer le bien. » V. C.A. Rouen, 12 janv. 1995, RJDA, oct. 1995, n° 1126.

الفصل الثاني: الإشهار كشرط لنفاذ حق ملكية المؤجر قبل الغير في عقد الاعتماد التجاري للمنقولات

المستفيد لصعوبات، تطبيقا لقاعدة شهيرة مفادها أن الحيازة في المنقول سند الملكية،¹ لكن الجزء مقصور على عدم جواز الاحتجاج بحق الملكية في مواجهة دائي المستفيد² أو في مواجهة خلفه الخاص الذي تلقى عنه المنقول المؤجر بعوض. أما في مواجهة غير هؤلاء فتستطيع شركة الاعتماد التجاري الاحتجاج بملكيتها كمثل خلف المستفيد الذي تلقى عنه المنقول بدون عوض. ويشترط في الدائن أو الخلف الخاص أن يكون حسن النية، أي أن يجهل بتعلق حق للشركة على المنقول، أما إذا كان يعلم بذلك تستطيع الشركة الاحتجاج بما لها من حق على المنقول ولو تخلف شهر العقد. ويقع عبء إثبات سوء نية الدائن أو الخلف الخاص على عاتق شركة الاعتماد التجاري.

وقد اعتبر بعض الفقهاء أن المشرع الفرنسي قد عامل الأموال المنقولة التي يتناولها الاعتماد التجاري معاملة العقار نظرا للأهمية الاقتصادية لهذه الأموال، إذ لم يعد صحيحا المثل الروماني القديم الذي كان يعتبر أن المنقول شيء لا قيمة له "Res mobilis, res vilis"، وذلك نظرا لتطور قيمة الأموال المنقولة. وبذلك بات من المستبعد حاليا تطبيق قاعدة الحيازة في المنقول عن حسن نية سند الملكية وفقا للمادة 2276 من التقنين المدني الفرنسي.

وقبل ذلك، عندما صدر مرسوم 1972 الذي ينظم شهر عمليات الاعتماد التجاري، وتم إرساء مبدأ شهر عقود الاعتماد التجاري رحبت شركات الاعتماد التجاري بتدخل المشرع الفرنسي، نظرا للمخاطر الجسام التي كنت تتعرض لها من واقع عدم نفاذ حقوقها على الأموال المؤجرة في مواجهة الكافة. بل إن شركات الاعتماد التجاري ظلت تترقب صدور المرسوم التنفيذي الذي توقف وضع الشهر موضع التنفيذ على صدوره وتحث السلطات العامة على إصدار هذه المرسوم.

وبعد صدور مرسوم 1972 لم تبدي شركات الاعتماد التجاري أدنى اعتراض على إلزامها بطلب الشهر وعدم فرض الالتزام بطلب إجراء الشهر على عاتق المستفيد، فالشهر يوفر حماية لمصالحها وإلزامها بطلب إجرائه يؤمنها من تواطؤ المستفيد مع دائنيه أو خلفه الخاص على عدم إجراء الشهر بفرض إلزامه بطلب إجرائه.

¹ - « En fait de meuble possession vaut titre »

² - Cass. Com. 23 fév. 192, Bull. civ. IV, n° 68, D. 1982. 623. Note F. Derrida; Cass. Com. 8 dec. 1987, Bull. civ. IV. N° 127, Rev. proc. Coll. 1988.410. obs. Y. Guyon.

الفصل الثاني: الإشهار كشرط لنفاذ حق ملكية المؤجر قبل الغير في عقد الاعتماد الإيجاري للمنفقولات

إلا أن شركات الاعتماد الإيجاري للمنفقولات شنت هجوما عنيفا على مرسوم 1972 واعتزمت بشدة على الجزاء المقرر لتخلف¹ شهر عقود الاعتماد الإيجاري للمنفقولات والذي بموجبه لا يكون حق ملكية الشركة للمنفقول المؤجر نافذا في مواجهة دائني المستأجر وخلفه الخاص الذي تلقى منه ملكية الشركة للمنفقول بعوض. وبالرغم من هذه الاعتراضات ذهب القضاء الفرنسي إلى تطبيق الجزاء المنصوص عليه في المادة الثامنة من مرسوم 1972،² وأيدت محكمة النقض الفرنسية ما ذهب إليه أغلب محاكم الموضوع.³ وعلى هذا كانت نصوص الإشهار موضع خلاف كبير في الفقه والقضاء بين من يعتبر أن عدم القيام بإجراءات الشهر القانوني في عمليات التأجير التمويلي هو عدم قدرة المؤجر على الاحتجاج بعقد التأجير التمويلي⁴ وبين من يرى أن هذا الجزاء هو عدم قدرة المؤجر على الاحتجاج بالحقوق التي يحتفظ بملكيتها في مواجهة الغير وذوي حقوق المستأجر المكتسبة بعوض.⁵

فمن جهة، ساند جانب من الفقه الفرنسي دعوة شركات الاعتماد الإيجاري إلى الاعتراض على حكم مرسوم 1972 فيما يتعلق بالجزاء على تخلف شهر عقود الاعتماد الإيجاري للمنفقولات. فقبل بأن العقد الواجب شهره وهو عقد الاعتماد الإيجاري لا تكتسب الشركة المؤجرة بموجبه ملكية المنقول فلا يمكن أن يفضي تخلف إشهاره إلى عدم نفاذ حق اكتسبته الشركة بموجب عقد آخر وهو عقد البيع⁶، في حين أن هذا العقد الأخير لا يخضع للشهر لكي يكون حق الملكية نافذا في مواجهة الغير.⁷

¹ - ويرتب القضاء على إجراءات الشهر المعيبة ما يترتب على عدم الشهر، فعلى سبيل المثال، عدم تعيين المستفيد تعينا كافيا، يجعل الشهر معيبا وبالتالي غير نافذ في مواجهة الغير، وكذلك هو الحال بالنسبة لعدم تعيين الأصول محل العملية بدقة (مثلا إذا كان الأصل هو مركبة فمن الضروري ذكر ترقيمها) انظر:

Cass.com., 5 déc. 1989, Gaz. Pal. 1990. 1. 160, note E.M. Bey ; Cass.Com., 11 mai 2010, n° 09-14.048, JCP E 17 juin 2010, n° 24, p. 29; D. 2010, 1276, obs. A. Lienard; Act. Proc.Coll.2010, n° 12, note F. Petit, Rev. Proc.Coll., juillet- Août 2010 note, F. Petit; JCP E, n° 35, 2 sept. 2010, note M. Cabrillac.

² - Cour d'appel de Lyon, 30 avril 1980, inédit.

³ - Cass. Com. 23 fév. 1982, JCP., 1983 II 19975, note Bey.

⁴ - E.M.Bey, De la symbiotique, op.cit p 1179 et C.A Montpellier 20/11/1973 J.C.P 1974 n° 17640 note. E.M.Bey.

⁵ - Charles Goyet, op.cit. et Hany Dawidar Thèse. Op.cit. et Philippe Reine, Le crédit-bail mobilier et la publicité. Rev .Fr. De Comptabilité n°214. Juill. et Août 1990 et Jean Pierre Sortais sous cass.Com. 23/12/1982. Rev de juris com.

⁶ - Ripert et Roblot, op.cit., T2, p. 779, no 3043.

⁷ - Bey, JCP, 1976, note précitée.

الفصل الثاني: الإشهار كشرط لنفاذ حق ملكية المؤجر قبل الغير في عقد الاعتماد الإيجاري للمنقولات

كذلك قيل بأن قانون 1966 المعدل بمرسوم سنة 1967 لم يقرر جزاء عدم نفاذ حق ملكية شركة الاعتماد الإيجاري عند تخلف إشهار العقد بل نص على عدم نفاذ أحكام عقد الاعتماد الإيجاري في هذه الحالة¹. ذلك أن نص المادة الأولى-ثالثا التي أضافها مرسوم 1967 يقضي بخضوع العمليات المشار إليها أعلاه في المادة الأولى من القانون للشهر، وحيث أن عقد الاعتماد الإيجاري هو الواجب شهره وهو لا ينشئ للطرفين سوى حقوق شخصية فإن أحكام ذلك العقد هي التي يتقرر عدم نفاذها في حالة تخلف الشهر². ليستنتج هذا الإتجاه في الأخير أن الهدف الرئيسي من الشهر المنصوص عليه هو إعلام دائني المستأجر بوجود عملية تأجير تمويلية وتفادي إفقار ضمانهم العام بدفع أقساط الإيجار، وعدم الإحتجاج بالأجرة والشرط الجزائي يسمح بالوصول إلى غاية المرسوم الصادر سنة 1972.

ولقد ذهبت بعض محاكم الموضوع في فرنسا إلى تبني هذا التفسير وقضت بعدم نفاذ أحكام عقد الاعتماد الإيجاري بسبب تخلف الشهر³. إلا أن محكمة النقض رفضت هذا التفسير ونقضت كل حكم يقضي بعدم نفاذ أحكام العقد بدلا من تقرير عدم نفاذ حق ملكية شركة الاعتماد الإيجاري للمنقولات عند تخلف الشهر⁴.

وإزاء الجدل العنيف الذي ثار حول جزاء تخلف الشهر ذهب البعض إلى اعتبار الجدل عقيما وغير ذي جدوى، وذلك استناداً إلى أن عدم نفاذ أحكام عقد الاعتماد الإيجاري يُفضي حتما إلى عدم نفاذ حق ملكية شركة الاعتماد الإيجاري للمنقولات المؤجرة⁵.

ولكن الواضح هو أن الآثار المترتبة على توقيع أي من الجزائين جد مختلفة، ذلك أن شركة الاعتماد الإيجاري لا تكتسب ملكية المنقول بموجب عقد الاعتماد الإيجاري الواجب شهره، وإن قيل بأن عدم نفاذ

¹ - Crémieux- Israël, op.cit, p. 147. Et S. Bosc, op.cit. p. 7 ; Bey, JCP 1983II 19975, note précitée, ibid: Les aspects ..., op. cit, n° 41; Poussier, op. cit. 2^{ème} partie, chapitreII, p. 46.

² - Bey, De la symbiotique ..., op. cit. p. 178.

وجدير بالإشارة أن التفسير المتقدم لنص المادة الأولى-ثالثا من قانون سنة 1966 قد قيل به قبل صدور مرسوم 1972، فالمرجع المشار إليه صادر في عام 1970.

³ - Cour d'appel de Montpellier, 20 novembre 1973, JCP, 1974 II 17640, note Bey, tribunal de grande instance de Lille, 14 mai 1975, note Solal, actualités Juridiques- Propriété immobilière, art. préc., p. 32.

⁴ - Cass. Com. 16 déc. 1975, JCP. 1976 III18407, note Bey.

⁵ - Bachasson, op.cit. p. 346, n° 365; Solal, Le crédit-bail immobilier, op.cit., 289.

الفصل الثاني: الإشهار كشرط لنفاذ حق ملكية المؤجر قبل الغير في عقد الاعتماد التجاري للمنقولات

مضمون هذا العقد الأخير لا يمس نفاذ حق الملكية المكتسب بموجب عقد آخر¹، فإن كان البيع لا يبرم إلا بمناسبة إبرام عقد الاعتماد التجاري وتنفيذه، إلا أنه عقد مستقل عنه وينتج بالتالي آثاره استقلالا عن عقد الاعتماد التجاري.

ويبدو الاختلاف بين جزاء عدم نفاذ الملكية وجزاء عدم نفاذ أحكام العقد في حالة شهر إفلاس المستفيد: فإن قيل بأن جزاء تخلف الشهر هو عدم نفاذ حق الملكية فإن شركة الاعتماد التجاري تكون عاجزة عن استرداد المنقول من تفليسة المستفيد ولكنها تستطيع دخولها -أي التفليسة- بمالها من حقوق في ذمة المستفيد وأهمها أقساط الأجرة التي حل أجلها ولم يوف بها المستفيد، وكذا التعويض المقرر بموجب الشرط الجزائي والذي يكون مستحقا للشركة في حالة فسخ العقد بسبب امتناعه عن الوفاء، بمعنى آخر فإن هذا المؤجر لا يستطيع المطالبة بالأصل لكنه يستطيع على العكس أن يطالب بحقوق دائنيته المتولدة عن الإتفاق. أما إذا قيل بأن جزاء تخلف الشهر هو عدم نفاذ أحكام عقد الاعتماد التجاري أو عدم الاحتجاج به فيكون بمقدور الشركة المؤجرة استرداد المنقول من تفليسة المستفيد، ولكنها لا تستطيع المشاركة في تصفية أمواله في شأن الحقوق المقررة لها والناشئة عن عقد الاعتماد التجاري²، أي أن المؤجر يستطيع المطالبة بالأصل، لكن كل الحقوق المتولدة عن الإتفاق مثل الأجرة التي حل أجلها ومبلغ تعويض الفسخ يصبح من غير الممكن الإحتجاج بها في مواجهة كتلة الدائنين.³

وإزاء صراحة نص المادة الثامنة⁴ من مرسوم سنة 1972 واتجاه محكمة النقض إلى تطبيق حكمها حرفيا طعن في مشروعية هذا النص. وقد أبدت شركة Locafrance دفعا لأول مرة أمام محكمة استئناف مونيبييه، إلا أن المحكمة رفضت الدفع،⁵ واستندت الشركة المرموقة إلى أن المادة الثامنة من المرسوم تنشئ جزاء لم يقرره قانون 1966 من جانب، وإلى مخالفتها للدستور الفرنسي من جانب آخر. فعلى ضوء المادة

¹ - Bey, JCP 1974 II17460, note précitée.

² - Bey, Jurisclasseur Banque et Crédit, op. cit. Fasc.651, n° 24.

³ - E.M.Bey : J.C.P 1974. II. 17640.

⁴ - Art. 8 (abrogé au 25 août 2005) : « Si les formalités de publicité n'ont pas été accomplies dans les conditions fixées aux articles 2 à 5 [*sanctions*], l'entreprise de crédit-bail ne peut, en application de l'article 1er-3 de la loi modifiée du 2 juillet 1966, opposer aux créanciers ou ayants cause à titre onéreux de son client, **ses droits sur les biens dont elle a conservé la propriété** [*opposabilité : non*], sauf si elle établit que les intéressés avaient eu connaissance de l'existence de ces droits [*charge de la preuve*].»

⁵ - C.A. Montpellier, 20 novembre 1973, arrêt précité.

الفصل الثاني: الإشهار كشرط لنفاذ حق ملكية المؤجر قبل الغير في عقد الاعتماد الإيجاري للمنقولات

الأولى -ثالثا من قانون 1966¹ يتبين أن الجزاء المقرر هو عدم نفاذ العقد الواجب شهره وهو عقد الاعتماد الإيجاري. أما عن عدم دستورية نص المادة الثامنة من المرسوم فيستند إلى أن المادة 34 من دستور الجمهورية الخامسة لعام 1958 تجعل الاختصاص بتنظيم الأحكام المبدئية لنظام الملكية للتشريع وحده دون اللوائح، فضلا عن اختصاصه بوضع الجزاءات الخاصة بمخالفة هذه الأحكام. وحيث أن مرسوم 1972 وضع جزاء يتعلق بملكية المنقولات المؤجرة دون تفويض بذلك من المشرع العادي فإنها تكون بذلك قد خالفت الدستور.²

وقبول دفع شركة Locafrance بعدم مشروعية مرسوم 1972 بالرفض مرة أخرى. إلا أن محكمة النقض الفرنسية نقضت الحكم وذهبت إلى أنه كان يتعين على محكمة الاستئناف وقف النظر في الدعوى إلى أن يفصل مجلس الدولة في المسألة الأولية التي أثارها شركة الاعتماد الإيجاري أمامها، نظرا لما تتسم به المسألة الأولية المعروضة أمامها من طابع جدي وحال الأمر يتعلق بعدم مشروعية مرسوم 1972،³ لأنها استبدلت في نظر الطاعنة جزاء عدم نفاذ حق الملكية بجزاء عدم نفاذ أحكام عقد الاعتماد الإيجاري طبقا لما يقضي به قانون 1966.⁴

ولقد عرض الدفع بعدم مشروعية مرسوم 1972 واعتباره متناقضا مع قانون 1966 حيث يضع جزاء غير منصوص عليه في هذا الأخير أمام مجلس الدولة الفرنسي لكونه أعلى سلطة قضائية إدارية، وقد أصدر حكمه في تاريخ 29 مارس 1985 بمشروعية مرسوم 1972 وعدم مخالفته لأي من أحكام الدستور أو قانون 1966⁵. وجاء في حكم المجلس أن المشرع أراد بنصه على وجوب الشهر حماية الغير

¹ - Art. 1-3(Abrogé par Ordonnance 2000-1223 2000-12-14 art. 4 JORF 16 décembre 2000 en vigueur le 1er janvier 2001): « Les opérations [*de crédit-bail*] visées à l'article 1er ci-dessus sont soumises à une publicité dont les modalités sont fixées par décret [*formalités*]. Ce décret précisera les conditions dans lesquelles le défaut de publicité [*sanctions*] entraînera inopposabilité au tiers.»

² - Bey, JCP 1983II 19975, note précitée.

³ - انظر في التعليق على موقف الجهات القضائية حول مشروعية مرسوم 1972:

Goyet, Le louage et la propriété ..., Th. préc., n° 139 s.; Lyon 4 déc. 1974. D. 1975.255. com. 23 fév. 1982, Bull. civ. IV, n° 68, p. 58. D. 1982.623. note F. Derrida, D. 1983, IR. 187, note M. Vasseur, JCP. 1983.II.19975, note E-M. Bey.

⁴ - Cass.com. 23 fév. 1982, Locafrance, C. Rossignol et autres, JCP. 1984 II 19975, note Bey.

⁵ - CE. 29 mars 1985, JCP. 1985.II.20608, note crit. E-M. Bey, RTD. Com. 1987. 251, obs. J. Hemard et B. Bouloc.

الفصل الثاني: الإشهار كشرط لنفاذ حق ملكية المؤجر قبل الغير في عقد الاعتماد الإيجاري للمنقولات

من اللبس الذي يثيره تسلم المستفيد للمنقول حول ملكية هذا المنقول. وحيث أن هذه المرسوم صدر بناء على تفويض من المشرع لا يمكن الدفع بمخالفة أحكام المادة 34 من الدستور.¹ كما أن واضعي المرسوم لم يتكروا لعبارات القانون ولم يتجاوزوا حدود الأهلية القانونية التي منحت لهم...² أما وقد نص المرسوم على عدم نفاذ حق ملكية شركة الاعتماد الإيجاري بسبب تخلف الشهر لا تكون بذلك قد تجاوزت حدود التفويض الصادر لها من المشرع. إذن على ضوء الحكمة من فرض الشهر يتحدد الجزاء على تخلفه. ولا يمكن النعي على مرسوم 1972 من هذا المنظور بمخالفته أحكام قانون 1966.

ولم يسلم حكم مجلس الدولة من النقد، وأخذ عليه أنه اصطنع علاقة سببية وارتباطا غائيا بين الاحتفاظ بالملكية وجزاء عدم النفاذ. فالملكية لا تعتبر من أركان الاعتماد الإيجاري بل هي أثر قانوني يترتب عليه. ولم يدفع بالمشرع إلى النص على احتفاظ شركة الاعتماد الإيجاري بملكية المنقول المؤجر إلا خشيتها من أن يعيد القضاء النظر في تكييف العقد الذي يربطها بالمستفيد، ولم تكن هذه العبارة التي أدرجها المشرع ضمن تعريفه للاعتماد الإيجاري للمنقولات إلا بوزاع من شركات الاعتماد الإيجاري.

ومن جهة أخرى يجب على المحاكم العادية التصدي للدفع بعدم مشروعية مرسوم 1972 ولاختصاص مجلس الدولة بالفصل فيه استنادا إلى ما استقرت عليه محكمة التنازع من اختصاص جهة

¹ - فلقد أزم قانون 1966 الفرنسي السلطة التنظيمية بتعريف وتحديد الشروط التي ضمنها لا يمكن الإحتجاج على الغير بعمليات الاعتماد الإيجاري التي لم يتم شهرها، بمعنى أكثر دقة، عقود إيجار المعدات التجهيزية وأدوات العمل المصاحبة بوعد منفرد بالبيع، كما تم تعريفها في هذا القانون.

² - Décision 29/3/1985. Dalloz. Sirey 18/4/1985 Falsh et J.C.P 1986. II. 20608 not Bey.

وانظر بخصوص هذا القرار من الفقه الفرنسي:

C. Lucas de Leyssac « L'obligation de publier les contrats de crédits-bail mobilier et son application dans le temps », D. 1975, chron. 23 ; Ch. Goyet, op.cit, p. 137 ; n° 137 ets; CE 29 mars 1985 ; JCP. 1985, II, 20208, note E. M. Bey, RTD. Com 1987.251, obs. J. Hemard et B. Bouloc .

الفصل الثاني: الإشهار كشرط لنفاذ حق ملكية المؤجر قبل الغير في عقد الاعتماد الإيجاري للمنقولات

القضاء العادي بالفصل في المسائل الأولية ذات الطابع الإداري عندما تمس مراكز قانونية من القانون الخاص.¹

وفي أعقاب صدور حكم مجلس الدولة المتقدم أكدت محكمة النقض الفرنسية ما ذهب إليه من أنه يترتب على تخلف الشهر عدم نفاذ حق ملكية شركة الاعتماد الإيجاري، أما أحكام العقد ذاتها فتكون نافذة طبقا للقواعد العامة.²

وفي تقدير الباحثة يتسق حكم مجلس الدولة وما تذهب إليه محكمة النقض الفرنسية ومراد المشرع والطبيعة الحقيقية للاعتماد الإيجاري، ولئن كانت شركة الاعتماد الإيجاري تكتسب ملكية المنقول بموجب عقد يتميز عن عقد الاعتماد الإيجاري وهو عقد البيع فإنها لا تقوم بشراء المنقول إلا بمناسبة إبرام وتنفيذ عقد الاعتماد الإيجاري وحتى يتقرر لها ضمان فعال ضد مخاطر إعسار المستفيد.

أما عن اختلاف جزاء شهر عقود الاعتماد الإيجاري للمنقولات عن الجزاء المقرر لتخلف شهر عقود الاعتماد الإيجاري العقاري في معظم الدول فالأمر مرده إلى التقاليد المستقرة في المواد العقارية من وجوب شهر التصرفات التي يكون موضوعها إنشاء أو نقل أو انقضاء الحقوق العينية العقارية لكي تكون نافذة في مواجهة الغير.³ وتطبيقا لذلك يتعين على شركة الاعتماد الإيجاري شهر عقد شراء العقار أو عقد البناء فيصير حق ملكيتها للعقار نافذا في مواجهة الغير. وحيث تم شهر عقد الشراء أو البناء فلا مجال بعد ذلك لتعليق نفاذ حق الملكية على شهر عقد آخر كعقد الاعتماد الإيجاري.

¹ - Bey, JCP. 1986 II 20 608, note sous conseil d'état, décision du 29 mars 1985.

² - Cass. Civ. 2^e chambre, 15 mars, 1989, JCP. 1989, IV 182.

وموقف الفقه الفرنسي:

«Lorsque le bailleur ne possède pas à l'accomplissement de la formalité prescrite, la sanction retenue est l'inopposabilité du droit de propriété et non pas comme une certaine jurisprudence l'a souhaité, la l'inopposabilité du contrat. », V. C. Lucas De Leyssac, A propos des arrêts de Montpellier, 20 nov. 1973, précité.

³ - Ripert et Boulanger, op. cit. , p. 125, n° 332.

الفصل الثاني: الإشهار كشرط لنفاذ حق ملكية المؤجر قبل الغير في عقد الاعتماد الإيجاري للمنقولات

أما وقد فرض المشرع الفرنسي على شركات الاعتماد الإيجاري طلب إشهار هذا العقد الأخير يكون ذلك من أجل نفاذ أحكامه في مواجهة الغير، وبالتالي يصير الجزاء على تخلف الشهر عدم نفاذ أحكام عقد الاعتماد الإيجاري في مواجهة الغير.

وعلى خلاف الوضع في شأن المواد العقارية لا تخضع التصرفات الواردة على منقولات كأصل عام لأي إشهار، وبالتالي لم يكن أي من عقد البيع الذي تكتسب بموجبه شركة الاعتماد الإيجاري ملكية المنقول ولا عقد الاعتماد الإيجاري للمنقولات خاضعة للشهر حتى صدور مرسوم 1972. وكان المشرع الفرنسي بالخيار بين خضوع عقد البيع للشهر أو خضوع عقد الاعتماد الإيجاري له. ورجح وجوب إخضاع هذا العقد الأخير للشهر.

كما يضيف الفقيه الفرنسي Bey بأنه من المدهش أن يكون شهر الإتفاق الذي لا يسمح للمؤجر بإقتناء ملكية الأصل قادر على جعل هذا الحق محتجا به على الغير في حين أن عقد بيع المنقول الذي حول حق الملكية للمشتري لا حاجة لشهره لجعل الحق العيني محتجا به على الغير.¹

ولا يسعنا إلا التسليم بصحة ما اتجه إليه الفقه الفرنسي، ذلك أنه من الصعب إخضاع بعض عقود البيع الواردة على منقولات للشهر دون بعضها الآخر بمجرد أن الأولى تندرج في إطار عملية اعتماد إيجاري. والفرس هنا أن الشهر لا يكون مقصورا على عقود بيع طائفة محددة من المنقولات. وإذا كانت الحكمة من الشهر هي ضمان نفاذ حق ملكية شركة الاعتماد الإيجاري في مواجهة الغير فلا يكون ذلك إلا بالنظر إلى ارتباط احتفاظها بالملكية وإبرام عقد الاعتماد الإيجاري. وبالتالي ليس هناك ما يمنع من تعليق نفاذ الملكية على شهر هذا العقد الأخير دون شهر العقد الذي اكتسبت بموجبه الشركة الملكية وهو عقد البيع.

أما العلاقة بين المتصرف إليه والمستفيد فقد ترك المشرع أمر نفاذ عقد الاعتماد الإيجاري في مواجهة المتصرف إليه للقواعد العامة، والفرس هنا أن العقد غير مشهر. وبالتالي يكون للمستفيد أو المتصرف إليه بحسب الأحوال الرجوع على شركة الاعتماد الإيجاري بالضمان. ولكن يجب الأخذ بالاعتبار أن المتصرف

¹ - E-M. Bey J.C.P. 1976II 18407.

وهو ما لا يعتبر صحيحا في اللائحة التنفيذية المصرية التي تفرض قيد عقد البيع الذي نشأ عن عملية التأجير التمويلي وذلك في المادة 23 منها.

الفصل الثاني: الإشهار كشرط لنفاذ حق ملكية المؤجر قبل الغير في عقد الاعتماد الإيجاري للمنقولات

إليه يتلقى ملكية المنقول من مؤسسة تحترف نشاط الاعتماد الإيجاري، وذلك عند الوقوف على مدى علمه بوجود عقد الاعتماد الإيجاري وقت تلقيه ملكية المنقول من المؤسسة المتصرفة.

ومن خلال استعراضنا لأحكام الشهر القانوني لعقود الاعتماد الإيجاري يتضح لنا أن المشرع الفرنسي يبتغي رفع كل لبس حول ملكية شركة الاعتماد الإيجاري للأصل المؤجر، إذ عن طريق الشهر يثبت للكافة ما يتعلق للشركة من حقوق على الأصل. وتتفادى بالتالي الشركة منازعة دائني المستفيد أو خلفه الخاص حول هذه الملكية، ويتقرر لها حق استرداد الأصل دون مشقة.¹

إذا لا تعدو الملكية في نظر المشرع إلا تأميننا عينيا يتقرر لشركة الاعتماد الإيجاري، ويجب ضمان فعاليته في مواجهة كل من يمكنه مزاحمة الشركة فيه. ونظرا لكون التأمين يتمثل في حق الملكية ذاتها، فإن منازعة الشركة حول ملكيتها للأصل لا تكون مقصورة على دائني المستفيد وإنما تمتد أيضا إلى خلفه الخاص.

وإذا كان هذا الخلاف قد طرح في فرنسا بمناسبة وجود قانون ومرسوم فإن المشرع المغربي كان أكثر وضوحا وحسما في الموضوع، فبالإضافة إلى حكم المادة 442 من مدونة التجارة التي تقضي بعدم مواجهة الغير بالعقد غير المشهر، تنص المادة 440 على أن عدم احترام إجراءات الشهر المنصوص عليها في ذات القانون لا يمكن مؤسسة الائتمان الإيجاري من مواجهة دائني أو ذوي حقوق المكترى المكتسبة بعوض، بالحقوق التي احتفظت بملكيتها، إلا إذا أثبتت أن المعنيين كانوا على علم بتلك الحقوق.

ولم يتطرق المشرع المصري لا في القانون رقم 95 لسنة 1995 ولا في لائحة التنفيذية رقم 846 لسنة 1995 عن جزاءات مماثلة لما ورد في القانونين الفرنسي والمغربي في حالة عدم إتمام إجراءات الشهر القانوني، وليس هناك سوى نص واحد يتحدث عن آثار القيد، وهو نص المادة السادسة من القانون رقم 95 لسنة 1995 الذي ورد فيه ما يلي: " مع عدم الإخلال بما يكون للدولة من حقوق فإنه إعتبارا من تاريخ القيد لا يجوز للمستأجر أو الغير الإحتجاج على المؤجر بأي حق يتعارض مع بيانات عقد التأجير التمويلي التي قيد بها طبقا لأحكام المادة 3 من هذا القانون ".

¹ - Cass. Com. 15 fév. 2005. D. 2005. AJ. p. 641, note A. Lienard ; Act. Proc. Coll., 2005/5, n° 56. Note J. Vallansan ; E. Le Corre Broly, Gaz. Pal., 30 avril 2005, n° 120. P. 45.

الفصل الثاني: الإشهار كشرط لنفاذ حق ملكية المؤجر قبل الغير في عقد الاعتماد الإيجاري للمنقولات

إلا أن غياب الشهر ليس له في المنطق من الأثر إعطاء المستأجر ملكية الأصل الذي لم يطالب به قط. فغيابه لا يمكن أن يكون أحد أسباب التقادم المكسب لصالح المستأجر، ومع ذلك يلعب الشهر في عملية التأجير التمويلي دورا أساسيا في فعالية الإحتفاظ بالملكية المنصوص عليه لصالح المؤجر التمويلي، هذه الفعالية تظهر في مداها الأقصى بمناسبة الآثار التي تنجم عنه سواء في الحالة التي يجب فيها على المستأجر المستفيد أن يرجع الأصل المنقول للمؤجر التمويلي كأثر مباشرة للإحتفاظ بالملكية في الحالات التي تستوجب الرد، أو في الحالة التي يتعرض فيها المستأجر لصعوبة مالية ويصبح في وضعية تسوية قضائية أو تصفية للممتلكات أو ربما حتى في وضعية إفلاس حيث تلعب إجراءات الشهر دورا أساسيا في جعل المؤجر التمويلي يستفيد من الإحتفاظ بالملكية المنصوص عليه لصالحه، وعلى العموم، ففي ما يتعلق بالمنقول يلاحظ أن المشرع ربط بين شهر عقود الاعتماد الإيجاري ودور الملكية في إطار هذه العملية، إذ تعد الضمان الرئيسي الذي يتقرر للمؤسسة الممولة لمواجهة مخاطر إعسار المستفيد.

الخاتمة

الخاتمة:

لقد اتضح لنا من خلال هذا البحث أن شركة الاعتماد التجاري - بصفتها مالكة للأصول المنقولة المؤجرة- تتمتع بمركز قانوني فريد إذا ما قورن بأي مركز آخر ينشأ عن تقديم المستأجر لأي ضمانات عينية أخرى، ولعل أهم ما يتميز به هذا الضمان هو عدم انفصاله عن الاتفاق الأصلي. لذا فإن حق الملكية يعتبر حجر الزاوية في عقد الاعتماد التجاري للأصول المنقولة، حيث أنها تمثل في نظر الشركة المؤجرة ضمانا جوهريا ضد مخاطر إفلاس أو إعسار أو تصفية المستأجر، ففي هذه الحالة لا تدخل الأصول المنقولة المؤجرة في التفليسة، وبالتالي فهي لا تندرج في الضمان العام لدائني المستفيد، ومثل هذه الضمانة لا تكفلها القواعد العامة. وبذلك يكون بقاء شركة التأجير مالكة للأصول المؤجرة من أبرز مظاهر الاعتماد التجاري القانونية، فالاحتفاظ بالملكية هنا يعتبر ضمانا لاسترداد تلك الأصول.

إن توظيف الملكية في عقد الاعتماد التجاري حسب المفهوم السابق يؤدي إلى تقسيم الملكية تقسيما جديدا بين المؤجر والمستأجر، حيث يستفيد الأول بالملكية الضمان فيما يحظى الثاني بالملكية الاقتصادية، حيث يتحصل على ملكية الفوائد المادية للأصل المنقول (حق الاستغلال الاقتصادي). وما يفسر صعوبة العملية هو إرادة ترتيب مفهوم اقتصادي -عقد ذو طبيعة مالية- داخل إطار قانوني سابق الوجود بالإحالة إلى نصوص عقد الإيجار.

كما وجدنا أن شرح العلاقات بين أطراف عملية الاعتماد التجاري متداخل ومعقد للغاية، مثلما لاحظنا عدم إمكان تأسيس طبيعة العمل الذي يقوم به المستأجر في هذه المرحلة على القواعد الكلاسيكية لعقد الإيجار، خاصة وأن المؤجر يكتفي في عملية الاعتماد التجاري للمنقول بدور مالي بحت كعمول للبقاء بعيدا عن كل مسؤولية قد تثار بسبب اختيار المعدة وغيرها من الأصول المنقولة أو اختيار موردها.

كما أنه وبدعم تطرق المشرع الجزائري صراحة لمسألة شراء الأصول المنقولة محل عقد الاعتماد التجاري، يكون قد فوت عدة مزايا اقتصادية تتحقق في ظل اشتراط شراء محل هذا العقد، من ذلك خلق فرص تداول الأصول، وإعطاء الراغبين في الحصول على تمويلات فرصة لاختيار الأصول الأنسب

لمشروعاتهم، وكذا إعطاء دور الوساطة المالية لشركات الاعتماد الإيجاري بدلا من الاقتصار على دور المضاربة.

ورغم ما يزرخ به عقد الاعتماد من ضمانات وتأمينات على اختلاف أنواعها، أصر المؤجر على إعلانه الاحتفاظ بملكية الأصول المنقولة مستخدما إياها كوسيلة لضمان فعال يستخدمه عند تخلف المستأجر عن الوفاء بالتزاماته التعاقدية، بحيث يسترد الأصول المؤجرة. والحقيقة أن رجال الأعمال هم الذين اهتموا إلى الاعتماد الإيجاري كضمانة تقيهم الصعوبات التي كانت تعترض تحقيق النتائج التي كانوا يرغبون فيها من خلال البيع بالتقسيط المصاحب بشرط الاحتفاظ بالملكية.

بالمقابل رأينا بأن شرط الاحتفاظ بالملكية أمله كذلك الطبيعة الائتمانية للعملية على المستوى الاقتصادي، إذ يحتفظ المؤجر بملكية الأصول المنقولة على سبيل الضمان ليأمن من حق استرداد المبلغ الذي دفعه في العملية. فحتى وإن لم يظهر هذا الشرط بصفة صريحة واضحة في عقد الاعتماد الإيجاري للأصول المنقولة، فإنه يمكن استخلاصه من خلال عقد الإيجار الذي هو أساس العملية، حيث يلتزم المستأجر برد الأصل المنقول للمؤجر، ولا يجوز للأول التصرف فيه، وإلا عد مرتكبا لجريمة خيانة الأمانة. فبمقتضى الاحتفاظ بالملكية، فإن ما كان يفترض أن يحصل عليه المؤجر من التنفيذ العادي على الأصل المنقول، فإنه يحصل عليه بعد استرداده لهذا الأصل المؤجر وذلك بإعادة تأجيره أو بيعه ليغطي ثمن الإيجار.

وبعد أن أقر المشرع الفرنسي بالطابع المالي للاعتماد الإيجاري عند تحديد النظام القانوني للمنشآت التي تزاو هذا النشاط، أقر بالدور التأميني الذي تلعبه ملكية الأصل في إطاره. وإذا كان قالب الإيجار هو الذي يسمح بالتعبير قانونا عن الجانب المالي والجانب التأميني في الاعتماد الإيجاري.

وإذ يفرض المشرع على المستفيد شهر الأعباء المالية الناشئة عن عقد الاعتماد الإيجاري محاسبيا كان الالتزام المتقدم من شأنه أيضا رفع التناقض بين الطبيعة المالية الحقيقية للاعتماد الإيجاري وثوب الإيجار الذي يفرغ فيه.

وأما بخصوص عقد الإيجار الذي يشكل أساس عملية الاعتماد الإيجاري فقد تدخلت إرادة المؤجر التمويلي بتعديله ومخالفة قواعده العامة خدمة لمصالحه المالية إلى درجة أنه لم يعد يشبه الإيجار ولا يحمل

سوى اسمه. فالتوازن العقدي لم يصاب فقط بسبب الإعفاء، بل أيضا بسبب قلب عبء الالتزامات العقدية. ما أدى إلى أن أصبح عقد الإيجار في عقد الاعتماد الإيجاري ذا خصائص مختلفة عن تلك المعروفة. الأمر الذي دفع البعض إلى تشبيه هذا العقد الأخير بعقد القرض، على أساس أن الدور الذي يقوم به المؤجر هو مجرد وساطة مالية، أي وظيفة تمويلية؛ فيما جاء تحميل المستأجر للالتزامات "خارج العادة" تحت ذريعة كونه من يقوم باختيار الأصول المنقولة ومن يحدد مواصفاتها مع المورد.

وبعد أن كان الإيجار في القواعد العامة عقدا رضائيا، ملزما للجانبين ومتتالي التنفيذ، أصبح عقدا عينيا، فوريا وملزما لجانب واحد، ولم يحتفظ منه المؤجر إلا بما يحقق أهدافه كمول:

1. فالتسلم يقوم به المستأجر لدى المورد مباشرة وتحت مسؤوليته، وإذا كان التسليم من الالتزامات الأساسية لعقد الإيجار، فإنه يغيب تماما في عقد الاعتماد الإيجاري، ويتم مباشرة بين المستأجر والمورد، بموجب وكالة يمنحها المؤجر للمستأجر بذلك. فالاستلام والمخضر الذي يصاحبه يشكلان شرطا لقيام وتكوين عقد الاعتماد الإيجاري، الأمر الذي تتحول معه طبيعة عقد الإيجار في هذه العملية من عقد رضائي كما اعتبرته التشريعات الحديثة في القواعد العامة للإيجار إلى عقد عيني لا يتم إلا بالتسليم وهو الوصف الذي هجرته التشريعات الحديثة منذ زمن طويل.

2. كما يتحمل المستأجر المستفيد عبء الصيانة بكل أنواعها، ثم يعفي المؤجر نفسه من كل رجوع عليه بسبب ضمان العيوب الخفية أو التعرض والاستحقاق بشكل صريح في العقود التي يبرمها، ويعتبر نفسه قد نفذ كل ما عليه بمجرد دفع ثمن شراء الأصل المنقول للمورد -أي بمجرد التمويل فقط-. وبذلك نلاحظ إعفاء عقود الاعتماد الإيجاري للمؤجر من كل التزام بالضمان وخرقها لمقتضيات القواعد العامة للقانون المدني ذات الصلة بالموضوع، لدرجة تحميل المستأجر في أي لحظة من العقد بالمسؤولية في حالة تدمير، تعيب التشغيل، أو سوء المردودية الراجع لعيب في الأصل المنقول. وبالتالي يجد المستأجر نفسه في وضعية يتخلى بموجبها عن المطالبة بكل تعويض أو فسخ للاتفاق في مواجهة المؤجر، إذا كان الأصل غير مطابق لأي سبب كان، بالإضافة إلى مواصلة دفعه لأقساط الإيجار.

3. كما نجد أن عقد الإيجار أصبح فوريا، بحيث يعفى المؤجر من الالتزام بجعل المستأجر يستمتع بالأصل المنقول طوال مدة العقد، وذلك بخرق قاعدة التتالي في الالتزام.

4. وأخيرا أصبح عقد الإيجار ملزما لجانب واحد، بعد إعفاء المؤجر لنفسه من كل الالتزامات السابقة التي يتحمل بها عادة المؤجر.

وهكذا ترك المشرع الجزائري والتشريعات المقارنة محل هذه الدراسة المجال واسعا لسلطان الإرادة دون رقابة إلا رقابة القضاء التي تصبح ضعيفة أحيانا أمام الفراغ التشريعي ضد تعسف أحد الطرفين الذي يكون في موقع قوة في العلاقة، وبذلك تتحول طبيعة هذا العقد بفعل تلك الإرادة وبفعل غياب تنظيم تشريعي أمر من التزام زمني إلى التزام فوري ينتهي بمجرد أداء شركة الاعتماد الإيجاري لثمن اقتناء الأصول المنقولة محل الإيجار باعتباره الالتزام الوحيد الذي تقوم به ليتحول العقد بعد ذلك إلى عقد ملزم لجانب واحد هو المستأجر الذي يصبح المخاطب الوحيد بمعظم مقتضيات الواردة في العقد، بعد أن كان عقد الإيجار في القواعد العامة ملزما للطرفين وبشكل مستمر.

ومستغلا لمركزه المتفوق اقتصاديا، استغل المؤجر بإعداد محتوى العقد وفق طريقة الشروط العامة للتعاقد في شكل عقود نموذجية معدة سلفا وبعيدة عن كل مشاركة وتفاوض مع المستأجر الذي يجد نفسه مجبرا على قبول التعاقد تحت ضغط الحاجة بهذه الشروط المفروضة عليه، إلى درجة أن هذه العقود أصبحت توصف بأنها عقود إذعان لا تقبل المناقشة.

ورغم صدور الأمر المنظم لعقد الاعتماد الإيجاري في سنة 1996، يبدو أن المشرع الجزائري لم يعتمد على الانتقادات الفقهية والقضائية لتدارك وتفادي النقائص الموجودة في المنظومة التشريعية والتي أظهرتها وكشفتها الممارسة من خلال النزاعات التي طرحت ومازالت تطرح على القضاء، وبخاصة تلك المتعلقة بعلاقات أطراف العملية بالاعتماد على تجارب بعض الدول على غرار فرنسا التي قررت تبني الاتجاه التشريعي الحديث نحو إنقاذ المشروعات المتعثرة من الإفلاس، وبالمقابل نجد أن المشرع الجزائري يترك المجال واسعا للمؤجر الممول لينظم عقود النموذجية وفق ما يحقق له مصالحه ويضمنها من الشروط ما يراه ضروريا.

وحبذا لو أخذ المشرع الجزائري بما نصت عليه اتفاقية أوتاوا التي تقضي بحق المستأجر في الرجوع مباشرة على المورد بجميع الدعاوى التي تنشأ للمؤجر عن العقد المبرم بينه وبين المورد فيما عدا دعوى فسخ

العقد. فتمنى من المشرع أن يمكن المستأجر من الرجوع على البائع مباشرة بمقتضى دعوى مباشرة تتقرر له بمقتضى نص خاص، خاصة وأن ما لاحظناه أن اشتراط إعفاء المؤجر من الضمان رهون بتنازله عن حقوقه تجاه المورد للمستأجر. فالرجوع المستمد من النقل الاتفاقي للدعاوى كشرط لصحة بند عدم الرجوع، يقلص من فائدة الدعوى المباشرة ذات المصدر القضائي، ذلك أن مداها رهون على التقنية المستعملة لنقل الحقوق والدعاوى.

إن شركة الاعتماد الإيجاري وباستخدامها الذكي للقواعد العامة للالتزامات تمكنت من السيطرة على سير العملية، حيث أنها تحاول بكل الوسائل ألا تخطئ توقعاتها منذ دراستها للجدوى الاقتصادية من العملية. ذلك أنه إذا تمت العملية بشكل عادي وكما كان متوقعا لها، فإنها سوف تتحصل على كل مستحقاتها، وفي الفرضي العكسي، فإنها سوف تطالب المستأجر بدفع مبلغ يساوي ما كان سيدفعه لو تمت العملية بشكل عادي. وذلك كله في ظل تأكيد المشرع على الدور الاقتصادي الذي تلعبه " الملكية الضمان".

كما يسمح شرط الاحتفاظ بالملكية للمؤجر في حالة تعرض المستأجر لصعوبات مالية بالاحتجاج بملكيته تجاه دائني وذوي حقوق المستأجر المكتسبة بعوض ليستخلص الأصل المنقول المؤجر، ويتجنب قسمة الغرماء عن جزء كبير من ديونه تجاه المستأجر ومزاومة باقي الدائنين، لكن بشرط أن يكون قد أتم إجراءات الشهر الي يفرضها القانون عليها، ولا يحق له الاحتجاج بحق ملكية الأصل إلا إذا كانت كل الإجراءات القانونية قد احترمت.

غير أن التشريع وكذا دفا تر الشروط العامة لشركات الاعتماد الإيجاري محل الدراسة تقتصر على النص فقط على حالة تعرض المستأجر لصعوبات مالية، لكن خلت عقود الاعتماد الإيجاري للمنقولات من التنصيص على احتمال تعرض المستأجر لصعوبات، حتى يتمكن دائنوا هذا الأخير من المطالبة بالأصل المنقول محل العملية بين يدي المستأجر بسهولة، وبالتالي فإن شرط الاحتفاظ بالملكية لا يستخدم إلا لمصلحة المؤجر ضمانا لديونه وحقوقه تجاه المستأجر، وإن كانت مستحقاته في الحقيقة محمية بتأمينات

و ضمانات أخرى كقبوليصات التأمين والكفالة بالإضافة إلى الشروط الجزائية التي لا يخلو منها أي عقد من عقود الاعتماد الإيجاري.

وباعتبار عقد الاعتماد الإيجاري عقدا ذا طبيعة خاصة ونظرا لتمييزه بذاتية قانونية، تطلب ذلك الاعتراف له بصياغة نصوص قانونية خاصة به تحقيقا للغاية الاقتصادية منه باعتباره مصدر تمويل يفيد كلا من الممول (شركة التأجير) وطالب التمويل (المستأجر). إلا أن ما اتضح لنا من خلال أحكام المرسوم التنفيذي رقم 06-90 المحدد لكيفيات إشهار عمليات الاعتماد الإيجاري للأصول المنقولة، أن المشرع أخضع الطرفين لإجراءات الشهر دون تفضيل طرف على آخر. لكن وباعتبار أن المشرع قد ألزم المؤجر بالقيام بهذا الإجراء، فهذا دليل بأنه قد فضل المالك القانوني على المالك الاقتصادي، ويترتب على ذلك منح المؤجر كافة المزايا والضمانات التي تشجعه على مزاوله هذا النشاط، غير أننا قد لاحظنا طريقة الشهر التي فرضها المشرع الجزائري على عمليات الاعتماد الإيجاري، حيث تتم عملية الإشهار على متن ذات الوثيقة ولم يخصص المشرع لكل طرف في العملية سجلا خاصا به، خاصة وأن الإشهار المحاسبي تظهر أهميته من ناحية إخضاع المتعاملين للضريبة.

وبالرغم من كون هذا المرسوم اعتراف بالذاتية القانونية الخاصة لعقد الاعتماد الإيجاري للمنقول، إلا أن إجراءاته جاءت بسيطة وكأن الأمر يتعلق بعقد إيجار عادي هذا من ناحية. ومن ناحية أخرى فإن المشرع يكلف مصالح المركز الوطني للسجل التجاري بضمان عمليات الشهر القانوني، وكان من المفضل في هذا الخصوص لو أن المشرع أنشأ مصالح إدارية خاصة بقيد عمليات الاعتماد الإيجاري تضم إطارات قانونية ومحاسبية وذلك على غرار ما فعلته بعض التشريعات.

إن الأهداف الاقتصادية والقانونية من وراء اشتراط هذا الشرط ورغم أن المشرع الجزائري تدخل لينظم الشهر حماية لعدة أطراف لا سيما الدائنين، إلا أنه يتوجب عليه التدخل لتنظيم هذا الشرط تنظيميا تفصيليا حتى يكون البناء متكاملا مبرزاً لخصوصيته في عقد الاعتماد الإيجاري، إذ أننا لاحظنا على هذا النص خلوه من التنصيص على الأثر المترتب عن حالة غياب الشهر، مما يعني عدم تمكين شركة الاعتماد

الإيجاري من مواجهة دائني المستأجر وذوي حقوقه المكتسبة بعوض بالحقوق التي احتفظت بملكيتها عندما يكون المعنيون على علم بها.

وبناء على ما تقدم في متن هذه الدراسة، نستنتج بأن القول بأن توظيف الملكية كضمان في عقد الاعتماد الإيجاري للمنقول يعد فعّالاً يبقى قولاً مردوداً، خصوصاً وأن الاحتفاظ بملكية الأصول المؤجرة تبقى معه الحياة بيد المدين، مما يجعل مخاطر التصرف فيه قائمة. لذا فتعميم نظام الشهر، مع إضفاء صفة الوجوب عليه، يعد معطى أساسياً، لحماية شركة التأجير في مواجهة الدائنين الآخرين للمستأجر، وفي مواجهة هذا الأخير، سيما وأن هذا النوع من الضمان لا يخول الدائن من الناحية العملية كل خصائص ومزايا الملكية، بما أن استغلال المال يظل غالباً بيد المدين.

ومع ذلك يبقى الاعتماد الإيجاري للأصول المنقولة وسيلة تمويلية تسمح بربط مختلف المتغيرات الاقتصادية لتيح الفرصة للتكامل والتوفيق بين مصالح المتعاملين الاقتصاديين عن طريق الربط بين الادخار والإنتاج من خلال الفصل بين الملكية والاستخدام، وبالتالي خلق تعاون وثيق بين المستأجر والمؤجر.

وهذا هو ما عليه الحال في عقود الاعتماد الإيجاري للأصول المنقولة بوضعيتها الحالية، ولا شك في أن موضوع الاحتفاظ بالملكية في هذا العقد لا يزال في حاجة إلى المزيد من الدراسة والتحليل، لتكون خطوة تتلوها خطوات أخرى عديدة يرسيها الفقه ويجريها القضاء ليلتقطها في الأخير المشرع وقد اتضح الغث منها والسمين.

قائمة

المراجع

قائمة المراجع

1. قائمة المراجع باللغة العربية:

أ/ المؤلفات العامة:

1. إبراهيم بن داود ، نظام الإفلاس والتسوية القضائية في القانون التجاري المقارن، دار الكتاب الحديث، القاهرة، 2009.
2. بهجت عبد الله قايد، عمليات البنوك والإفلاس، دار النهضة العربية، القاهرة، ط1، 2000.
3. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، (ج1، ج4، ج6، ج8، ج9)؛ نظرية العقد، دار الفكر، بيروت، دون تاريخ النشر.
4. علي حسين يونس، العقود التجارية، دار الفكر العربي، بدون سنة نشر.
5. علي جمال الدين عوض، العقود التجارية، دار النهضة العربية، القاهرة، بدون سنة نشر.
6. محمد حسين منصور، النظرية العامة للائتمان، دار الجامعة الجديدة للنشر، الاسكندرية، 2001.
7. نبيل ابراهيم سعد، الضمانات غير المسماة في القانون الخاص، منشأة المعارف، الاسكندرية، 1991؛ الحقوق العينية الأصلية، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، 2006.

ب/ المؤلفات المتخصصة والرسائل:

1. إلياس ناصيف، العقود الدولية (عقد اليزنغ أو عقد الإيجار التمويلي في القانون المقارن)، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ط.1، 2008.
2. صليحة حاجي، الائتمان التجاري العقاري بين النظري والتطبيقي، العقار والاستثمار (أشغال الندوة الوطنية المغربية في العقود والعقار)، جامعة محمد الأول، وجدة، دار النشر الجسور، ط2007، 1.
3. عبد الحميد أخريف، الدور القضائي الجديد في القانون المغربي لصعوبات المقاول، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص، جامعة محمد الأول وجدة، السنة الجامعية 2000-2001.
4. عبد الرحمان السيد قرمان، عقد التأجير التمويلي، دار النهضة العربية، 1995.
5. عبد الفتاح محمد عبد الفتاح، نظام التأجير التمويلي في القانون المصري طبقا للقانون 95 لسنة 1995، جامعة عين شمس، 2004.

قائمة المراجع

6. علي سيد قاسم، الجوانب القانونية للإيجار التمويلي، دار النهضة العربية، القاهرة، 1990.
7. حسام الدين فتحي ناصف، التأجير الدولي للمنقول، دار النهضة العربية، القاهرة، 2003.
8. حسين الماحي، آثار شرط الاحتفاظ بالملكية في البيع التجاري الائتماني، دار أم القرى، المنصورة، الطبعة الأولى، 1995.
9. حمزة شرابين ، الملكية كوسيلة لدعم الائتمان، دار هومة، الجزائر، 2011.
10. رياض فخري، الآليات القانونية المميزة لعقد الإيجار التمويلي، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، دون سنة مناقشة؛ عقد الإيجار التمويلي (الطبيعة القانونية والتوازن العقدي)، منشورات مجلة الحقوق المغربية، الإصدار الثالث، ط1، 2011.
11. فايز نعيم رضوان، عقد التأجير التمويلي، جامعة المنصورة، الطبعة الثانية، 1997.
12. فخر الدين الفقي، صناعة التأجير التمويلي مع دراسة تحليلية للسوق المصري، بنك الكويت الصناعي، الكويت، 2000.
13. قدرى عبد الفتاح الشهاوي، موسوعة التأجير التمويلي، منشأة المعارف، مصر، 2003.
14. محمد العلواني، توظيف الملكية كضمان في عمليات الائتمان، دار الأمان، الرباط، الطبعة الأولى، 2012.
15. محمد عبد العزيز حسن زيد، الإجارة بين الفقه الإسلامي والتطبيق المعاصر، (في المؤسسات المالية والإسلامية)، المعهد العالمي للفكر الإسلامي، القاهرة ، ط1، 1996
16. نجوى إبراهيم البدالي، عقد الإيجار التمويلي، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، طبعة سنة 2005.
17. هاني محمد دويدار. النظام القانوني للتأجير التمويلي، مكتبة الاشعاع الفنية، الطبعة الثانية ، 1998.

ج/المقالات

1. العربي بلحاج ، المسؤولية عن الأشياء غير الحية في القانون المدني الجزائري، المجلة الجزائرية، العدد الثالث، 1998.
2. محمد لفروجي، وضعية الدائنين في مساطر صعوبات المقاول، سلسلة الدراسات القانونية المعمقة، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء (المغرب)، ع 3، طبعة سنة 2006.
3. رياض فخري، عقد الائتمان الإيجاري بين مدونة التجارة والقانون المنظم لمؤسسات الائتمان، مجلة الحقوق المغربية، الرباط، العدد السادس، أكتوبر 2008.
4. عبد السلام الوهابي، عقد الائتمان الإيجاري للمنقول في القانون المغربي، الندوة الرابعة للعمل القضائي والبنكي، سلسلة الندوات والايام الدراسية، الرباط، العدد الأول، الطبعة الأولى، 2004.
5. عدة عليان ، خصوصية عقد الاعتماد الإيجاري وأثرها على توازن الأداءات، مقال منشور بمجلة البحوث في الحقوق والعلوم السياسية، جامعة ابن خلدون تيارت، العدد 04، أكتوبر 2016.
6. عوض محمد برادة غزيول، عقد الائتمان الإيجاري بين الفقه والاجتهاد القضائي، مجلة القسطاس، مكناس، السنة الثانية العدد الثاني، أكتوبر 1998.
7. سامي منصور: دراسة عن نظرية الجمع بين إلغاء العقد وتنفيذ البند الجزائي، مجلة العدل، قسم الدراسات القانونية 1982.
8. محمد الكشور، الائتمان الإيجاري، مجلة المحامي، المغرب، ع 06، 1998.
9. محمد رايس، مسؤولية المستأجر في عقد الاعتماد الإيجاري طبقا لأحكام مسؤولية المنتج، مداخلة مطبوعة مقدمة بمناسبة الملتقى الوطني حول عقود الأعمال ودورها في تطوير الاقتصاد الجزائري، جامعة بجاية، يومي 16 و 17 ماي 2012.
10. والجي بشرى، الحماية التشريعية لمستهلك خدمات الائتمان الإيجاري، مقال منشور بسلسلة المعارف القانونية والقضائية، الإصدار السادس (الاتجاهات الحديثة في قانون الأعمال)، منشورات مجلة الحقوق المغربية، الرباط، ط1، 2012.

Notes de jurisprudence:

- **ANSAULT**, note sous Cass.com. 1^{ère} déc. 2009, n° 08-13.187, RLDA, fèv. 2010.
- **AMLON**, note sous Cass. Com, 17 Juillet 1990, JCP.1991-Edition Entreprise, II, 101.
 - **AUQUE- WAREMBOURG** et **LEMISTRE (B.)**, note sous Douai. 2 é ch. 23 janv. 1992, J.C.P. 1992, ed. E. II. 294.
- **BARBIER**, note sous Cass. com. 15 juill. 1992, Rev. Soc. 1993, p 103. note sous Cass.3e Civ. 24 juin 2009, Gaz.Pal., 26 sep. 2009, n° 269, p.22.
- **BEY**, note sous C.A Montpellier 20/11/1973 J.C.P 1974 n° 17640. note sous Cass. Com. 22 janv. 1974, JCP. 1974, II, 17865. note sous Cass. Com. 16 déc. 1975, JCP. 1976 II18407. note sous Cass. com.10 oct. 1976, Gaz. Pal. 1977.2.664. note sous Cass.com. 13 avril, 1976, JCP, 1977, II, 18669 note sous Cass. Com. 15 déc. 1975, JCP, 1976II 18407. note sous Cass.com. 23 fév. 1982, Locafrance JCP. 1984 II 19975. note sous conseil d'état, décision du 29 mars 1985. JCP. 1986 II 20 608. note sous C.A. Dijon, 1^{ère} ch. 2 sept. 1986. note sous Ca Aix-en Provence, 8^{ème} ch, 12 sept. 1986, Gaz. Pal, 1987, I, Jur, P. 341. note sous CA Paris, 25 janv. 1989, Gaz. Pal. 1989.1. somm. 199. note sous Com 5 déc. 1989, Gaz. Pal. 1990, 1. 160; note sous Cass.Com. 15-10-1991, JCP. 1992, éd,E, 250, p.23. note sous Cass. Com.27-3-1992, JCP. 1992, éd. E.,II 347. note sous Cass. com. 27/02/2007, n° 06-12033, Bull. civ. IV.n° 69, Gaz. Pal. Proc. Coll. 2007, p. 45.
- **BILLIAU**, note sous Cass. com. 4 juin 1996, Bull. civ. IV, n° 156, D. 1996.630.
- **CROCQ**, note sous Cass. Com, 11 Mai 1999, n° 96-22763, Bihir c/ Société Diac, JCP éd. E 1999, 1172.

- **DERRIDA**, note sous Lyon 4 déc. 1974. D. 1975.255. note sous com. 23 fév. 1982, Bull. civ. IV, ^{no} 68, p. 58. D. 1982.623. note sous Cass. Com. 23 fév. 1982, Bull. civ. IV, n^o 68, D. 1982. 623. note sous Com. 2 mai 1984 B,14, n^o 154, Dalloz, 85 .I.R. I,17e. note sous Cass. Com. 22 juill. 1986, Dalloz, 1988, somm. commerciale, 96. note sous Cass. Com. 12 fèv. 1991, Dalloz, 1992, somm. commerciale, 249. note sous cass. Com. 15 oct. 1991, D. 1991, , p.632. note sous Cass. Com. 27-3-1992, JCP. 1992, éd. E.,II 347. note sous Cass.Com. 20-10-1992, D.,1993,p.190.
- **DERRIDA** et **SOINNE (B)**., note sous Cass.com., 8 déc. 1987, Bull. civ. IV. ^{no} 265, p. 199, Rev. Proc. Coll. 1988, ^{no} 3, p. 304 obs. Cass. Com., 6\12\1994, J.C.P. 1995, IV.363\Rev.Proc.Coll. 1995-2, p.211.
- **DERRIDA** et **SOTRAIS**, note sous Cass. Com, 5 octobre 1993-Dalloz-1994-p.267.
- **GABY** Eid, note sous CA. Montpellier, 2^e ch. 23 janv. 1997, JCP., éd. G, n^o 49, pp. 531 à 534.
- **HONORAT**, note sous Com. 20 Juin 1977, Bull. Civ. .VI, n^o174, p. 150.
- **JEANTIN**, note sous Cass. Com. 8 Décembre 1987 , J.C.P.E. 1988 II .15163 éd G.20927.
- **LE CORRE-BROLY**, note sous Cass. Com. 4 janv. 2000, D. 553. note sous Cass. Com. 5 juill. 2005, D. 2005, n^o 31.
- **LELOUP**, note sous T. com, la Rochelle, 26 Juin 1964, JCP 1965. II.14331 bis. note sous CA. Amiens, 20 déc. 1967, JCP. 1968,II,15504; note sousT. Com. Vervins 18 avril 1967, JCP.1967.II.15291. note sous Cass. Com. 3 janv. 1972, 69-14.049 69-13.953, Bull. civ. IV, n^o 1, JCP. G 1973, II, n^o 17300.
 - **LEVENEUR**, obs. Cass. com. 24 mai 1994, Contrats, conc., consom., oct. 1994, n^o 19.

- **LIENARD** (A.), note sous Cass. Com. 15 fév. 2005. D. 2005. AJ. p. 641; obs. Cass.com.28 oct. 2008, Bull. Civ.IV.. n° 179, D. 2008, AJ 2866.
 - **LUCAS** (F. X), note sous C.A. Rennes 18 février 1998. JCP. 1998, Editions Enterprise, II 993.
 - **LUCAS DE LEYSSAC**, note sous Cass. Com. 15 déc. 1975, D. 1976-407, note sous Cass. com. 13 avr. 1976, D. 1976. 695. JCP 1977. II. 18669.
- **MALINVAUD**, note sous Cass. 1re Civ., 12 mai 1969, D. 1970, 43.
- **MARTIN Serf** (A.), obs. TGI Béthune , 26-10-1988, Gaz.Pal. 1989,2,534, R.T.D. Com. 1990, 648. note sous Cass. com. 10 déc. 1991, RTD. Com. 1992, p. 686.
- **PERINET** (H.), note sous Cass. Civ, -3^{ème} 1995-4 octobre 1995, JCP.1995-Edition Enterprise-II-22545.
- **PEROCHON** (F.), note sous Cass.com.28 oct. 2008, Bull. Civ.IV.. n° 179, Act. Proc. Coll., 2008\20, n° 309; note sous Cass.Com., 26 janv. 2010, Gaz. Pal., 17 avril 2010, n° 107, p. 18.
- **PETEL** (P.), note sous Cass. Com, 19 janvier 1993, JCP.1993-Edition Enterprise-II-22056, obs. Cass. com. 7/07/2009, n° 07-17028 et n° 07-20220, Bull. civ. IV.n° 99, JCP. Entr. 2010. 1011, n° 8.
- **RODIERE**, note sous Cass. civ. 2^e ch., 11 juin 1953, Dalloz, 1954, juris. 2. note sous Cass. civ. 2^e ch., 10 juin 1960, Dalloz, 1960, juris. 609.
- **SOLAL**, note sous Cass.Com.16/12/1975. A.J.P.I 1977.
 - **TROCHU**, note sous Cass. com. 3 janv. 1972, Bull. civ. IV, n° 1, p. 11; D. 1972. 649.
- **VANDAMME**, note sous Cass. civ. 22 octobre et et 28 mars 1934. 1.151.
- **VIDAL**, note sous Cass.Com.,11 mai 1993, Rev. Huiss. 1993, 982. Cass.Com. 9 nov. 1993, Rev. Huiss. 1994, 192.

- Guyon, obs. Cass. Com. 8 dec. 1987, Bull. civ. IV. N° 127, Rev. proc. Coll. 1988.410. obs. Cass. Com. 12 avril 1988, Bull. civ. IV., n° 127, Rev. Proc. Coll. 1988, n°4, p. 410.

Ouvrages généraux, traités, manuels:

1. ANCEL (P.), Manuel de droit du Crédit, 5^{ème} éd, Litec, 1997.
2. ANTONMATTEI (P.-H.) et J. RAYNARD (J.), Droit civil (Contrats spéciaux), Litec., Paris, 6^e éd., 2008.
3. AULOY (C.), «Crédit-Bail (Leasing)», D. 1980.
4. BENSONSSAN (A.), Droit de l'informatique et de la télématique, Répertoire permanen Berger-Levrault Systema, 1985, "crédit-bail informatique", étude 15.
5. BITAN (H.), Droit et expertise des contrats informatiques, Editions Lamy, Exe Droit, 2010.
6. BONNEAU (Th.), Droit Bancaire, éd. Montchrestien, 6^{ème} éd., 2005; L.G.D.J., Paris, 7^{ème} éd. 2007.
7. Boutelet- Blocaille (M.), Droit du crédit, 2^{ème} éd. Masson, Paris, 1995.
8. CABRILLAC (M.) et MOULY (C.), Droit des sûretés, Litec, 1993.
9. CORNU (G.), Vocabulaire juridique, Association Henri Capitant, PUF, 8^o éd., 2007.
10. DEKEUWER (F.), Droit Bancaire, Dalloz, 5^{ème} éd, 1995.
11. DESMICHELLES (M.), Les créanciers qui échappent aux conséquences de la procédure collective de leurs débiteurs, Thèse Paris I, 1994.
12. DUFILS (P.), Lopater (C.) et alii, Traité des normes et réglementation comptables applicables aux entreprises industrielles et commerciales en France, 28^e éd., Paris, Francis Lefebvre, 2008.
13. DUTILLEUL (F.) et DELEBEQUE (Ph.), Contrat civils et commerciaux, Dalloz, Paris, 8^e éd., 2007.
14. Gavalda (Ch.) et STOUFFLET (J.), Droit Bancaire, Litec, éd. 2002.

15. HEMARD (J.), Traité théorique et pratique de droit commercial, Les contrats commerciaux, T. I, Sirey, Paris.
16. LEGEAIS (D.), Sûretés et garanties de crédit, LGDJ, Paris, 2006.
17. LE TOURNEAU (Ph.), Contrats informatiques et électroniques, Dalloz, 6^e éd., 2010.
18. MALAURIE, AYNES et GAUTIER (P-Y), Contrats spéciaux, Defrénois, Lextenso éditions, Paris, 4^{ème} éd. 2009.
19. MARTY et RAYNAUX, Les obligations, T. 1, Sirey, Paris, 1988.
20. MATHIEU (M.), L'exploitant bancaire et le risque crédit, Revue banque éditeur, 1995.
21. PELTIER (F.), Introduction au droit de crédit, La Revue Banque éditeur, 2^{ème} édition, 1988.
22. PIEDELIEVRE (S.), Les sûretés, Compact Armand Colin, 4^{ème} édition, 2004.
23. RIPHERT (G.) et ROBLOT (R.), Traité élémentaire de droit commercial, LGDJ. Paris, 1994.
24. RODIERE (R.) et RIVES-LANGE (J. -L.), Droit bancaire, Dalloz, 1975.
25. SAGE (F.) et CHABBI (D.), Sûretés réelles, garanties assimilables et redressement judiciaire, LGDJ, 1998.

Ouvrages spéciaux, thèses:

1. BEY (E.-M), «La réserve de propriété et le crédit-bail» in «La clause de réserve de propriété», Centre de droit de l'entreprise de Montpellier, sous la direction de W. GARCIN, J. THIEFFRY, Paris, 1981.
2. BEY et GAVALDA, Le crédit-bail immobilier, Que-sais-je?, PUF, Paris, 1983.
3. BLANLUET (G.), Essai sur la notion de propriété économique en droit privé fiançais, recherches au confluent du droit fiscal et du droit civil, t. 313, Préf. P. Catala et M. Cozian, LGDJ., Paris, 1999.

4. BRUNEAU (Ch.), Le crédit-bail mobilier, la location de longue durée et la location avec option d'achat, Banque éditeur, Paris, 1999.
5. CAPORALE (F.), Litiges et difficultés pratiques suscités par le crédit-bail, thèse droit, Bordeaux , 1974.
6. Coillot (J.), Initiation au leasing ou crédit-bail,. Delmas, 2^{ème} éd., 1969.
7. CROCQ (P.), Propriété et garantie, préf. M. Gobert, LGDJ, 1995.
8. DEGAND, Financement des équipements de l'industrie, du commerce et des professions libérales par le crédit à moyen terme et le leasing, Edition d'organisation, Paris- Bruxelles, 1965.
9. DERRIDA (F.), "A propos de la modification de l'article 57 de la loi du 25 janvier 1985 par la loi du 10 juin 1994 », Defrénois 1995.
10. DIAKA (A.), Le crédit-bail mobilier dans les procédures collectives, Editions Publibook, Paris, 2014.
11. Dutilleul- Francoeur (P.), La revendication, thèse dactyl., Paris, 2003.
12. GAVALDA (Ch.) et BOULOC (B.), Le financement des entreprises, Dalloz, 1973.
13. GHESTIN (J.), La clause de réserve de propriété, Rapport de droit civil, actualités de droit de l'entreprise, Libraires Techniques, Paris, n°12.
14. GIOVANOLI (M.), Le crédit-bail (Leasing) en Europe : Développement et nature juridique, étude comparative avec référence particulière aux droits français, allemand, belge, italien et suisse, Litec, 1980.
15. GOYET (Ch.), " Le louage et la propriété à l'épreuve du crédit-bail et du bail superficiaire, Thèse, Strasbourg, Paris ,éd. LGDJ, 1983.
16. Grimaldi, La clause de réserve de propriété, Medef.
17. ISRAËL (D.), Leasing et crédit-bail mobilier. Aspects juridiques, comptables et fiscaux, Dalloz, 1975.
18. JOUFFIN (E.), Le sort des contrats en cours dans les entreprises soumises à une procédure collective, LGDJ. 1998, Préf. Christien Gavalda.

- 19.KARAJESKI (D.), L'intuitu personae dans les contrats, thèse Toulouse1, 1998.
- 20.LAETITIA (F.), Les contrats de location financière dans les procédures collectives, thèse Nancy II, déc. 2011.
- 21.LAROCHE (M.), Revendication et propriété du droit des procédures collectives au droit des biens, Defrénois, 2007.
- 22.LE CORRE-BROLY (E.), Crédit- bail mobilier et procédures collectives, contribution à l'étude du contrat de crédit-bail mobilier en cas de redressement judiciaire du locataire, thèse, Lille II, 1997.
- 23.MONSERIE (M. H.), Les contrats dans le redressement et la liquidation judiciaire des entreprises, Préf. C. Saint- Alary- Houin, Litec, 1994.
- 24.PEROCHON (F.), La réserve de propriété dans la vente de meubles corporels, Préf. F. DERRIDA, Litec, 1988.
- 25.PHILIPPOSIAN (P.), Le crédit-bail et le leasing, Edition SEFI, Montréal, 1998.
- 26.SCHÜTZ (R. -N.), Les recours du crédit-preneur dans l'opération de crédit-bail, PUF, 1994.
- 27.VOULGARIS (I.), Le crédit-bail (Leasing) et les institutions analogues en droit international privé, Collected courses of the Hague Academy of International Law, Boston, 1996.

Articles:

1. ANSALONI (G.), BILLIET (E.), “Remarques sur le conflit entre le privilège du bailleur d’immeuble et le leasing de biens d’équipement », RD Bancaire et fin., nov-déc., 2009.
2. ARBELLOT (F.), «L'exercice de l'action en garantie des vices cachées par le crédit-bailleur», LPA., Août, 1998.
3. Archer (F.), Pourquoi dit-on qu'en matière mobilière la possession vaut titre?, article publié sur le site www.wikiterritorial.cnfpt.fr, modifié le 8/07/2012
4. BEBEY Modo Koko, «L'action en revendication dans les procédures collectives du droit français et de l'OHADA», RTDJA, n° 002, Juill-Aout-Sep. 2009.
5. BEY, «De la symbiotique dans les leasing et crédit-bail mobilier », Dalloz, Paris, 1970; « De la publicité des opérations de crédit-bail mobilier », JCP., 1973, 2549; «Le crédit-bail envisagé comme une sûreté», in L'évolution du droit des sûretés , Rev. Jur. com, fèv.1982; «De l'évolution de la publicité dans le crédit-bail», Gaz. Pal., 1984, 2, doct.; «Le financement des logiciels: peut-on louer ou donner financièrement à bail un logiciel? » Gaz. Pal. 1985, 2, doct; «La location financière dans la réforme bancaire, JCP, éd. E, 1986. II. 1463; «Le droit de la propriété dans le crédit-bail. », RJDA, 1991.87.
6. BOCCARA (B.), «Procédures collectives et contrats en cours», J.C.P, 1994, Editions entreprises.
7. CALON (P.), «La location de biens d'équipement ou *le leasing* », D. 1964, chron.
1. CHAMPAUD (Ch.), «Le Leasing», J.C.P. 1965, doct; «La loi du 2 juillet 1966 sur le crédit-bail », JCP., G. 1966, I, 2021.

2. CHAPUT (Y.),« L'influence du droit des entreprises en difficulté sur le crédit-bail,(simple aide-mémoire) », Droit des sociétés, 1997.
1. CHARLES (Th.), «Clause de réserve de propriété ou mythe de Sisyphe», RLDC, 2008.
3. CORDIER (P.), «L'incidence de la publicité des contrats de crédit-bail mobilier en cas d'ouverture d'une procédure collective du preneur», RJDA 11/99, nov. 1999.
4. COURTIER (J. L.), «Vendeurs avec clause de réserve de propriété: défendez activement vos droits!», LPA. 18 avril, 1994 ; « Crédit-bail mobilier, action en revendication de l'article 115 L. 1985 », LPA 14 Janvier 1994.
5. Dawas (A.), The 1988 Unidroit Convention on International Financial, Journal of Law, published by Academic Publication Council Kuwait University, vol. 21, n°4, déc. 1997.
6. DELESALLE, Suivi comptable et analyse fiscale des contrats de crédit-bail (Au niveau du locataire) en France, LPA, 12 juin 1991.
7. DERRIDA (F.), «La clause de réserve de propriété et le droit des procédures collectives», D. 1980, Chron. 293.
8. DIDIER (R. M.), Crédit-bail mobilier, Location et Possession du bien louer et revendu, JCP. 1998.
9. DOSSE, «Le Leasing (Crédit- Bail) aux Etat-Unis», Banque, 1976, Technique Bancaire.
10. DOSS (W.), «Le singulier destin de l'article 2276 du code civil», RTD. civ. 2006.
- 11.DURANTON (G.), «Crédit-bail mobilier», Rép. com., Dalloz, juin 2000.
- 12.DURANT (I.), «Le droit de rétention et la réserve de propriété», in Insolvabilité et garanties, Bruxelles, Larcier, 2014.

- 13.DUREUIL (B.), "De quelques pièges tendus au créancier à l'occasion de la déclaration et de la et de la vérification de sa créance au passif", Rev. Proc. coll. 1992.
- 14.GAVALDA (Ch.), D. Israël-Crémieux, La comptabilisation financière du leasing, Gaz.Pal. 1987,2, doct.
- 15.GHESTIN, «Réflexions d'un civiliste sur la clause de réserve de propriété», D. 1981, chron 1 et s.
- 16.GIGOT (A.-S), «L'opposabilité de la clause de réserve de propriété en cas de procédures collectives d'insolvabilité», RDC., 2011.
- 17.HARICHAUX-RAMU (M.),« Le transfert des garanties dans le crédit-bail», RTD. com. 1978.
- 18.HOUIN (R.), «Le nouveau Régime de la Location Gérance du Fonds de Commerce», R.T.D. Com. 1965.; «L'introduction de la clause de réserve de propriété droit français de le faillite», JCP. 1980, I, 2978.
- 19.JAUFFRET, « La loi du 18 janvier 1951 sur le nantissement de l'outillage et du matériel d'équipement », RTD. Com. 1951.
- 20.KLEIN, « La reconnaissance en droit international privé helvétique des sûretés réelles sans dépossession constituées à l'étranger, Rev. Crit, DIP. 1979.
- 21.KORMANN (A.), «Crédit-bail immobilier et procédures collectives», LPA., 2juill. 1990.
22. LARROUMET (Ch.), «La responsabilité du fait des produits défectueux après la loi du 19 mai 1998», D. 1998, doct.
- 23.LAURE (M.), «L'apport du crédit-bail aux techniques financière, l'exemple français », Banque, 1977.
- 24.LE CORRE (P.M) , «Les location financières à l'épreuve de l'article 115 de la loi 25 janv. 1985», Rev.Proc.Coll. 1992.

- 25.LE CORRE (M.) et LE CORRE-BROLY (E.), «L'analyse jurisprudentielle de la demande en acquiescement de revendication », D. 2002.
- 26.LE CORRE-BROLY (E.), «Les modifications apportées par l'ordonnance du 18 décembre 2008 en matière de revendication et de restitution», Gaz.pal. 2009.
- 27.LEGEAIS (D.), «Les nouvelles fonctions de la propriété», Travaux de l'association Henri Capitant, La propriété L III, éd. Société de législation comparée, 2006.
- 28.LEVENEUR (L.) «Crédit-bail: du baume au coeur pour les crédits-bailleurs », Contrats concurrence et consommation, 1995.
- 29.Lucas DE LEYSSAC (L.), L'obligation de publier les contrats de crédit-bail mobilier et son application dans le temps, D., 1975, Chronique 23.
- 30.MARTIN SERF (A.), « Revendications et restitutions questions procédurales », LPA, 28/10/98.
- 31.MAS (Ch.), «Le sort de crédit-bail à la suite de l'anéantissement rétroactif de la vente: entre théorie générale des obligations et droit des contrats spéciaux», LPA 19 juillet 1995.
- 32.MASSONI (P.P.), in «La situation des créanciers après la réforme de la loi du 25 janvier 1985 », Gaz.Pal., 1994, (2^{ème} sem.)
- 33.NOZAWA (M.), «Le transfert de propriété à titre de garantie en droit français et droit japonais », R.I.D.C., 3-2001.
- 34.PEDAMON (M.), «Considérations comparatives sur la loi du 12 mai 1980», in Etudes offertes à René Rodière, Dalloz, 1981.
- 35.PEROCHON (F.), «La revendication du Créancier» , Rev . Jur .Comm ., n. spécial sur « Le sort des contrats en cours dans le redressement Judiciaire», Novembre 1991; «La procédure des revendications et des restitutions dans les procédures collectives», LPA, 2008; «La réserve de propriété demeure-t-elle utile en 2009?», Cah. dr. entr., juillet-août, 2009.

- 36.REINE (R.), Le crédit-bail mobilier et la publicité. Rev .Fr. De Comptabilité n°214. Juill. et Août 1990.
- 37.RIVES- LANGE (J.L.) et RACHEZ, «L'article 115 de la loi 25 janv. 1985 a-t-il une vocation universelle?», D. 1991, Chron.
- 38.SOINNE (J.), « La publicité des garanties de l'entreprises : gage d'efficacité ? », LPA., 26 mai 2005, n° 104.
- 39.SOLAL (A.), Crédit-bail, Actualités juridiques et propriété immobilière, note sous cour de cassation, chambre commerciale, 16 déc. 1975, janv. 1977.
- 40.TEURLAI (J.-C.) , « Les déterminants de la demande en crédit-bail », Rev. éco. fin. 1999.151.
- 41.VALLENCE (J.-L.), « Publicité et information en matière de sûreté », LPA., 20 sept. 2000.
- 42.VEROUGSTRAETE (I.), «Les mécanisme préférentiels», in Manuel de la continuité des entreprises et de la faillite, Bruxelles, Kluwer, 2010.
- 43.VIVANT (M.), Ch. Le Stanc (Ch.), Chron. Droit de l'informatique, JCP, E. 1996.

أهم المواقع الالكترونية:

www.joradp.dz	موقع الجريدة الرسمية الجزائرية
www.legifrance.gouv.fr	موقع التشريعات الفرنسية
www.courdecassation.fr	موقع المحكمة العليا الفرنسية
www.dalloz.fr	موقع دالوز
www.wikiterritorial.cnfpt.fr	موقع

الفهرس

الفهرس

02مقدمة
14	الباب الأول: ماهية شرط الاحتفاظ بملكية المنقول المادي في عقد الاعتماد الإيجاري
16الفصل الأول: مميزات عقد الاعتماد الإيجاري للأصول المنقولة
17المبحث الأول: أطراف عملية الاعتماد الإيجاري للمنقولات وخصوصية محلها
17المطلب الأول: تحديد أطراف عملية الاعتماد الإيجاري للمنقولات والعلاقة بينهم
18الفرع الأول: أطراف عملية الاعتماد الإيجاري للمنقولات
18أولاً_ بائع المنقول المادي المؤجر
19ثانياً_ مؤجر المنقول المادي
23ثالثاً_ مستأجر المنقول المادي
29الفرع الثاني: العلاقة بين أطراف عملية الاعتماد الإيجاري للمنقولات
30أولاً_ العلاقة بين المشتري و بائع المنقول المادي
32ثانياً_ العلاقة بين بائع المنقول المادي والمستأجر
34ثالثاً_ العلاقة بين مؤجر المنقول المادي والمستأجر
36المطلب الثاني: محل عقد الاعتماد الإيجاري للمنقولات
36الفرع الأول: الأموال المنقولة التي يجوز أن تكون محلا لعقد الاعتماد الإيجاري
36أولاً_ جواز وقوع عقد الاعتماد الإيجاري على جميع الأموال المنقولة
38ثانياً_ جواز وقوع عقد الاعتماد الإيجاري على جميع الأموال باستثناء بعض الأموال المنقولة
39ثالثاً_ حصر وقوع عقد الاعتماد الإيجاري على الأموال المنقولة فقط
39الفرع الثاني: الغرض الذي تخصص له المنقولات موضوع عقد الاعتماد الإيجاري
40أولاً_ بالنسبة للقانون الفرنسي
42ثانياً_ بالنسبة للقانون الجزائري
42ثالثاً_ بالنسبة للقانون المصري
43الفرع الثالث: موقف التشريعات الحديثة من اشتراط شراء المنقولات بقصد تأجيرها في عقدالاعتماد الإيجاري
44أولاً_ شرط الشراء المسبق لمحل عقد الاعتماد الإيجاري للمنقول في التشريع الجزائري
45ثانياً_ الوضع في التشريع الفرنسي

46 ثالثا_ الوضع في التشريع المصري
48 المبحث الثاني: الطابع الاستثنائي لعقد الإيجار في عملية الاعتماد الإيجاري للأصول المنقولة....
49	المطلب الأول: تشويه ملامح الالتزامات الأساسية لأطراف عقد الإيجار في عملية الاعتماد الإيجاري للأصول المنقولة.....
50 الفرع الأول: نطاق تجاوز التزامات المؤجر في عقد الاعتماد الإيجاري للمنقولات.....
50 أولا_ الاتفاقات الرامية إلى التعديل في التزام المؤجر بالتسليم.....
60 ثانيا_ ما يتعلق بالتزام المؤجر بضمان التعرض.....
65 ثالثا_ ما يتعلق بالتزام المؤجر بضمان العيوب الخفية.....
72 الفرع الثاني: خصوصية التزامات المستأجر في عقد إيجار الاعتماد الإيجاري للمنقولات.....
72 أولا_ الالتزام بالوفاء بالأجرة.....
81 ثانيا_ التزامات المستأجر المستفيد المتعلقة بحماية حق ملكية شركة الاعتماد الإيجاري.....
95 ثالثا_ الزام المستأجر بتحمل المسؤولية عما ينشأ عن الانتفاع بالأصل المؤجر من أضرار.....
100 المطلب الثاني: خصائص الإيجار في عملية الاعتماد الإيجاري للمنقولات.....
100 الفرع الأول: تحول عقد الإيجار إلى عقد فوري.....
107 الفرع الثاني: تحول عقد الإيجار إلى عقد ملزم لجانب واحد.....
111 الفرع الثالث: تحول عقد الإيجار إلى عقد عيني.....
116	الفصل الثاني: آلية الاحتفاظ بالملكية كإحدى مظاهر الخصوصية في عقد الاعتماد الإيجاري للمنقولات.....
118 المبحث الأول: الاحتفاظ بالملكية كوسيلة ضمان.....
119 المطلب الأول: ماهية شرط الاحتفاظ بالملكية.....
119 الفرع الأول: المقصود بشرط الاحتفاظ بالملكية.....
120 أولا_ تعريف شرط الاحتفاظ بالملكية.....
121 ثانيا_ شروط صحة شرط الاحتفاظ بالملكية.....
124 الفرع الثاني: الطبيعة القانونية لشرط الاحتفاظ بالملكية.....
124 أولا_ شرط الاحتفاظ بالملكية بين الشرط والأجل.....
127 ثانيا_ التكييف الحقيقي لشرط الاحتفاظ بالملكية (التكييف الراجح).....
130 المطلب الثاني: فعالية شرط الاحتفاظ بالملكية كضمان.....

130	الفرع الأول: جدوى الضمان الذي يحققه شرط الاحتفاظ بالملكية.....
131	أولاً_ بساطة شرط الاحتفاظ بالملكية
133	ثانياً_ إمكانية انتقال الاستفادة من شرط الاحتفاظ بالملكية
135	الفرع الثاني: فعالية شرط الاحتفاظ بالملكية كضمان في بعض العقود
136	أولاً_ فعالية شرط الاحتفاظ بالملكية في عقد البيع الإيجاري
137	ثانياً_ فعالية شرط الاحتفاظ بالملكية كضمان في عقد الاعتماد الإيجاري
140	المبحث الثاني: الجوانب العينية المتعلقة بحق ملكية المؤجر وشرط الاحتفاظ بها.....
141	المطلب الأول: الحقوق العينية في إطار عقد الاعتماد الإيجاري للمنقولات.....
142	الفرع الأول: نطاق الحماية المكفول لحق ملكية المؤجر في عقد الاعتماد الإيجاري للمنقولات...
144	أولاً_ انتقال ملكية الأصول المنقولة إلى المؤجر كأثر لإبرام عقد البيع.....
144	ثانياً_ الاحتجاج بحق الملكية على الغير.....
145	الفرع الثاني: حق الاستغلال الاقتصادي للأصول المنقولة المؤجرة وحمايته.....
146	أولاً_ المقصود بحق الاستغلال الاقتصادي الثابت للمشروع المستأجر.....
149	ثانياً_ حماية حق الاستغلال الاقتصادي الثابت للمستأجر.....
152	المطلب الثاني: شرط الاحتفاظ بالملكية وعقد البيع المرتبط بعملية الاعتماد الإيجاري للمنقولات.
153	الفرع الأول: مدى جواز النص على شرط الاحتفاظ بالملكية في عقد البيع المرتبط بعقد الاعتماد الإيجاري.....
153	أولاً_ المقصود بشرط الاحتفاظ بالملكية في عقد البيع.....
154	ثانياً_ إعمال شرط الاحتفاظ بالملكية في إطار عقد البيع الرئيسي.....
155	الفرع الثاني : الاحتجاج بشرط الاحتفاظ بالملكية في مواجهة المشروع المستأجر.....
156	أولاً_ الفرض الأول المستأجر التمويلي من الغير.....
157	ثانياً_ الفرض الذي لا يعد فيه المستأجر التمويلي من الغير.....
158	الباب الثاني: آثار الاحتفاظ بالملكية كضمان في عقد الاعتماد الإيجاري للمنقولات.....
160	الفصل الأول: دعوى الاسترداد كأثر لحق ملكية مؤجر المنقول المادي في عقد الاعتماد الإيجاري.....
162	المبحث الأول: الأحكام العامة لاسترداد المنقول المادي.....

163	المطلب الأول: مقتضيات استرداد المنقولات المادية.....
163	الفرع الأول: تفاقم مخاطر إعسار المستأجر وحق الاسترداد في ظل القوانين التقليدية للإفلاس..
164	أولاً_ منطوق فسخ عقد الاعتماد الإيجاري بسبب زوال الاعتبار الشخصي.....
168	ثانياً_ إعمال الشرط الفاسخ الصريح في حالة إفلاس المستفيد.....
168	الفرع الثاني: آجال استرداد المنقولات المادية في عقد الاعتماد الإيجاري.....
171	أولاً_ الوضع بالنسبة للتشريع الجزائري.....
173	ثانياً_ الوضع في التشريعين الفرنسي والمغربي.....
177	المطلب الثاني: التصريح بالديون إلى السنديك في عقد الاعتماد الإيجاري للمنقول.....
177	الفرع الأول: مدى الزامية التصريح بالنسبة لشركة الاعتماد الإيجاري.....
180	الفرع الثاني: مشتملات التصريح بالديون إلى السنديك.....
182	الفرع الثالث: أجل التصريح بالديون إلى المتصرف القضائي أو السنديك.....
182	أولاً_ أجل التصريح بالديون حسب بلد إقامة الدائن.....
182	ثانياً_ أجل التصريح بالديون حسب طبيعتها.....
184	الفرع الرابع: الجزاء المرتب على عدم التصريح بالديون إلى السنديك داخل الأجل القانوني.....
185	أولاً_ سقوط الحق كجزاء عن عدم التصريح بالديون إلى السنديك داخل الأجل المحدد بالقانون
187	ثانياً_ رفع السقوط الناتج عن عدم التصريح بالديون إلى السنديك داخل الأجل القانوني.....
190	المبحث الثاني: عقد الاعتماد الإيجاري للمنقول بين مبدأ مواصلة العقود الجارية ودعوى الاسترداد.....
190	المطلب الأول: مضمون مبدأ مواصلة العقود جارية التنفيذ.....
190	الفرع الأول: المقصود بمبدأ مواصلة العقود الجارية.....
194	الفرع الثاني: نطاق تطبيق قاعدة مواصلة العقود جارية التنفيذ.....
194	الفرع الثالث: النتائج المترتبة على موقف السنديك من مواصلة العقود جارية التنفيذ.....
195	أولاً_ حالة اختيار السنديك مواصلة تنفيذ العقد.....
196	ثانياً_ حالة اختيار السنديك عدم مواصلة تنفيذ العقد الجاري.....
197	المطلب الثاني: مدى تأثير عقد الاعتماد الإيجاري للمنقول بمبدأ مواصلة العقود الجارية.....
202	الفرع الأول: تعطيل دعوى الاسترداد عند مواصلة تنفيذ العقد.....
203	الفرع الثاني: تغليب ممارسة دعوى الاسترداد عند عدم مواصلة تنفيذ العقد.....

206	الفصل الثاني: الإشهار كشرط لنفاذ حق ملكية المؤجر قِبَل الغير في عقد الاعتماد الإيجاري للمنقولات.....
208	المبحث الأول: مبررات نظام الشهر القانوني لعقود الاعتماد الإيجاري للأصول المنقولة.....
208	المطلب الأول: محدودية أحكام الشهر المحاسبي.....
209	الفرع الأول: أهمية الشهر المحاسبي.....
212	الفرع الثاني: أحكام الشهر المحاسبي.....
212	أولاً_ أحكام القيود المحاسبية المتعلقة بعقود الاعتماد الإيجاري ترد على منقولات.....
215	ثانياً_ جزاء الإخلال بأحكام الشهر المحاسبي.....
216	الفرع الثالث: تقدير نظام الشهر المحاسبي.....
219	المطلب الثاني: مدى فعالية أحكام الشهر الاتفاقي.....
219	الفرع الأول: الالتزام بوضع اللوحة المعدنية.....
223	الفرع الثاني: الالتزام بإخطار مؤجر العقار.....
225	المبحث الثاني: أحكام الشهر القانوني لعقود الاعتماد الإيجاري للمنقولات.....
229	المطلب الأول: إجراءات شهر عقود الاعتماد الإيجاري للمنقولات.....
229	الفرع الأول: إجراء القيد والتعديلات.....
229	أولاً_ تقديم طلب القيد.....
236	ثانياً_ إجراء التعديلات.....
237	الفرع الثاني: نفاذ القيد.....
240	الفرع الثالث: محو (شطب) القيد.....
242	المطلب الثاني: أثر إشهار العقد على نفاذ حق ملكية المؤجر الائتماني في مواجهة الغير.....
242	الفرع الأول: نظام الإشهار ومخاطر اليسار الظاهر.....
248	الفرع الثاني: جزاء تخلف الشهر.....
259	خاتمة.....
267	قائمة المراجع.....
284	الفهرس.....

ملخص

يعد عقد الاعتماد الإيجاري للأصول المنقولة من وسائل تمويل الاستثمار الشائعة في الواقع الاقتصادي، وتقوم هذه الوسيلة على توظيف آلية الاحتفاظ بالملكية على سبيل الضمان، والتي تتجلى بدورها حسب نص المادة 19 من الأمر رقم 96-09 في عقد إيجار للمعدات والتجهيزات إلى يختارها المستأجر. وبما أن هذه الآلية لا يمكنها تلافي خطر انتقال الأصول المنقولة المؤجرة إلى الغير حسن النية، أو خطر تعرض المستفيد لصعوبات مالية، فإنه كثيرا ما تفلح شركة التأجير في تفعيل حق ملكيتها السابق من خلال استرداد تلك الأصول في حالة انتقالها إلى الغير بشرط احترامها لإجراءات الشهر القانوني والمحاسبي.

الكلمات المفتاحية:

احتفاظ بالملكية- اعتماد إيجاري - أصول منقولة- دعوى الاسترداد- الحيازة سند الملكية- إشهار قانوني- ملكية اقتصادية- ضمانات- صعوبات مالية.

Résumé:

Le crédit-bail mobilier est en réalité un procédé de financement des investissements productifs moulé dans une opération juridiques complexe. Cette technique qui s'apparente au bail est fondée sur la réserve de propriété selon l'article 19 de l'ordre n° 96-09 assure au crédit-bailleur une protection exclusive en cas de défaillance de son cocontractant et à l'égard des autres créanciers du preneur comme le sous-acquéreur du bien loué. Dans cette hypothèse, la publicité légale du contrat est nécessaire pour la revendication du bien loué.

Mots clés:

Réserve de propriété- crédit-bail- biens meubles- action en restitution- possession vaut titre- publicité légale- propriété économique- garanties- entreprises en difficulté.

Abstract:

Equipment leasing is actually a process of financing productive investments molded into a complex legal operation. This technique, similar to the lease, is based on the reserve of property under section 19 of Order No. 96-09 provides the lessor with exclusive protection in the event of default by its other party and with respect to the other Creditors of the lessee as the sub-purchaser of the leased asset. In this case, the legal publicity of the contract is necessary for the claim of the leased asset.

Key words:

Reserve of property- leasing- movable assets- restitution- possession gave title- legal publicity- economic property- guarantees- companies in difficulty.