المحاضرة السادسة:

المطلب الثاني: الأعمال التجارية بحسب الشكل

تعرض المشرع بموجب المادة الثالثة من القانون التجاري للأعمال التجارية بحسب الشكل والتي جاء فيها مايلي:" يعد عملا تجاريا بحسب شكله:

- التعامل بالسفتجة بين كل الأشخاص،
- الشركات التجارية،
- وكالات ومكاتب الأعمال،
- العمليات المتعلقة بالمحلات التجارية،
- كل عقد تجاري يتعلق بالتجارية البحرية والجوية.

الفرع الأول: التعامل بالسفتجة

لقد عالج المشرع السفتجة La lettre de changeضمن الباب الأول من الكتاب الخامس بعنوان "السندات التجارية" بحيث تعد السفتجة عملا تجاريا مهما كان الأشخاص، وهي بمثابة صك محرر وفقا لأوضاع وبيانات معينة نص عليها القانون تتضمن كلمة "سفتجة" مكتوبة بمتن الصك وباللغة التي كتب بها، تفيد أمرا غير معلق على شرط بالوفاء بمبلغ معين من النقود موجه إلى المسحوب عليه لصالح المستفيد في تاريخ معين أو بمجرد الإطلاع.
فالسفتجة إذن، سند يتضمن أمرا من شخص يسمى الساحب نحو شخص ثان يسمى المسحوب عليه، بدفع مبلغ معين وفي تاريخ معين لأمر شخص ثالث هو الحامل أو المستفيد، وهي بذلك تمثل دينا وتقبل التداول بطرق التجارية.

الفرع الثاني: الشركات التجارية

نظم المشرع الشركات التجارية ضمن الكتاب الخامس والشركات التجارية حسب المادة 544 هي كالتالي: شركات التضامن شركات التوصية(البسيطة وبالأسهم) وشركات المسؤولية المحدودة وشركات المساهمة. وتعد هذه الشركات تجارية بحكم شكلها ومهما يكن موضوعها.على خلاف شركات المحاصة التي تعد تجارية بحكم موضوعها.

الفرع الثالث: وكالات ومكاتب الأعمال

تتولى وكالات ومكاتب الأعمال تسيير أمور الغير وترعى شؤونه، أو تقدم له بعض الخدمات الفنية لقاء أجر، كوكالات السفر والسياحة والوكالات العقارية، ووكالات الإعلان والإشهار ومكاتب الدراسات وغيرها.

والأصل أن الوكالات مهما كان شكلها كتلك التي تنشط مثلا في مجال البيع والإيجار تقوم على مبدأ "الوكالة " في التعامل بين الوكيل العقاري والزبائن بغرض ضمان مبدأ الشفافية في التعامل، بحيث تتضمن الوكالة ضرورة تحديد بنود العقد، كتحديد ثمن العمارة أو قطعة الأرض المعروضة للبيع أو للكراء، فضلا عن تحديد مستحقات صاحب الوكالة، وذلك من أجل وضع حد للمنازعات التي قد تنشأ أمام المحاكم العقارية والجزائية، بسبب عمليات النصب والاحتيال أو بغرض تسوية وثائق هذه الأراضي أو السكنات.

الفرع الرابع: العمليات المتعلقة بالمحلات التجارية

اعتبر المشرع الجزائري على خلاف التشريعات العربية، كل عملية تتعلق بالمحلات التجارية من قبيل الأعمال التجارية بحسب الشكل، ومن أهم ما يطرأ على المحل التجاري عمليات البيع أو الإيجار أو الرهن.

ويعرف المحل التجاري من خلال العناصر المكونة له بأنه:" تعد جزءا من المحل التجاري الأموال المنقولة المخصصة لممارسة نشاط تجاري، ويشمل المحل التجاري إلزاميا عملائه و شهرته.."

فشراء المحل التجاري أو بيعه يعد تجاريا بغض النظر عن القائم بالعمل سواء كان الشخص تاجرا أو غير تاجر، لأن الصفة تمنح للعمل متى توافرت فيه الشروط الشكلية التي يتطلبها القانون. ونذكر على سبيل المثال ما جاءت به المادة 79 من القانون التجاري بقولها:" كل بيع اختياري أو وعد بالبيع... يجب إثباته بعقد رسمي وإلا كان باطلا". وتضيف المادة 324 مكرر من القانون المدني على أنه:" زيادة عن العقود التي يأمر القانون بإخضاعها إلى شكل رسمي يجب، تحت طائلة البطلان، تحرير العقود التي تتضمن نقل ملكية عقار أو حقوق عقارية أو محلات تجاري أو صناعية وكل عنصر من عناصرها، ...في شكل رسمي، ويجب دفع الثمن لدى الضابط العمومي الذي حرر العقد".

الفرع الخامس: كل عقد تجاري يتعلق بالتجارة البحرية والجوية

تصنف العقود التجارية المتعلقة بالتجارة البحرية من قبيل الأعمال التجارية بحسب شكلها، ونذكر على سبيل المثال الأعمال المتعلقة ببناء السفن واستخدام الملاحين وغيرهم من العاملين في السفن. ولكن آخر تدخل للمشرع الجزائري يثير بعض التساؤلات، حيث أدى إلى إدراج بعض العمليات المتعلقة بالتجارة البحرية ضمن قائمة الأعمال التجارية بحسب موضوعها، ونذكر على سبيل المثال، كل عقود التأمين والعقود الأخرى المتعلقة بالتجارة البحرية، كل الاتفاقيات والاتفاقات المتعلقة بأجور الطاقم وإيجارهم، وكل الرحلات البحرية.

لذا يرى البعض، بأنه حتى تكون الأمور واضحة كان على المشرع الخيار بين حلين:

- إما إدراج أحكام المادة الرابعة من الأمر رقم 96/ 27 في المادة الثالثة من القانون التجاري لجعل العقود المتعلقة بالتجارة البحرية أعمالا تجارية بحسب الشكل مهما كانت صفة الشخص القائم بها ومهما كان عدد العمليات.
- وإما إلغاء أحكام المادة الثالثة (الشطر الأخير) من القانون التجاري لإعادة إدراجها في المادة الثانية من نفس القانون مع إضافة أحكام المادة 4 من الأمر رقم 27/96، وهذا الحل أصوب.

المطلب الثالث: الأعمال التجارية بالتبعية

لم يتمكن الفقه من وضع معيار دقيق تندرج تحته الأعمال التجارية بحسب الموضوع والذي يسمح في الوقت ذاته بإضافة الأعمال الأخرى، ومن أجل توحيد النظام القانوني الذي تخضع إليه الحرفة التجارية، تم ابتداع نوع آخر من الأعمال وتعرف بالأعمال التجارية بالتبعية.

الفرع الأول: شروط العمل التجاري بالتبعية

تعرض المشرع إلى هذا النوع من الأعمال صراحة بموجب المادة الرابعة بقوله:" يعد عملا تجاريا بالتبعية:

- الأعمال التي يقوم بها التاجر والمتعلقة بممارسة تجارته أو حاجات متجره،
- الالتزامات بين التجار.

من خلال قراءة النص، يمكن استخلاص أنه لا يعد العمل تجاريا بالتبعية إلا بتوافر شرطين أساسين وهما:

- أن يكون القائم بالعمل تاجرا،
- ارتباط العمل بممارسة تجارته أو حاجات متجره.

أولا: أن يكون القائم بالعمل تاجرا

لو رجعنا إلى قائمة الأعمال التجارية المنصوص عليه في المادة الثانية، نجد بأن العمل لا يلحقه الوصف التجاري إلا بتوافر شروط معينة، غير أن هذه الأخيرة تختلف عن الشروط الواردة في المادة الرابعة، بمعنى أن الصفة التجارية التي تميز العمل التجاري بحسب الموضوع تكسب الشخص القائم بها صفة التاجر،هذه الصفة تنعكس على كل الأعمال التي يقوم بها الشخص بمناسبة ممارسة حرفة تجارية.

ثانيا: ارتباط العمل بممارسة النشاط التجاري

يخرج هذا الصنف من الأعمال التجارية، عن تلك الواردة ضمن التعداد القانوني، من حيث أنها تشكل أعمال مدنية في الأصل، ولا يكفي لاعتبار العمل تجاريا بالتبعية صدوره من تاجر، وبالتالي خضوعه لأحكام القانون التجاري،

بل اشترط المشرع كذلك أن يكون العمل مرتبطا بممارسة تجارته أو حاجات متجره أي متعلقا بحرفته التجارية، فإذا انتفى هذا الارتباط، احتفظ العمل بطابعه المدني.

وتسهيلا لإثبات الارتباط بين العمل والحرفة التجارية، أقام القضاء قرينة قانونية مؤداها أن كل عمل يقوم به التاجر خارج نطاق الأعمال التجارية الموضوعية يفترض أنه قام به لحاجات تجارته، وتسمى هذه القرينة " بقرينة التجارية la présomption d commercialité – أي احتراف تجارية أعمال التاجر. وبالتالي لا يتطلب ضرورة تحقيق الربح لإمكان القول بقيام الارتباط بين العمل والحرفة.

وبالمقابل فإن كل عمل يقوم به التاجر، يعد متعلقا بتجارته مالم يثبت العكس ، فقيام التاجر بالاقتراض مثلا يعد من قبيل الأعمال التجارية بالتبعية. قرينة التجارية هنا، بسيطة قابلة لإثبات العكس، كما يقع عبئ الإثبات على التاجر الذي يدعي أن الأعمال التي باشرها والتي ثار نزاع حولها ذات طابع مدني لانتفاء الرابطة بمهنته التجارية.

الفرع الثاني: تطبيقات العمل التجاري بالتبعية

يتسع نطاق تطبيق الأعمال التجارية بالتبعية اتساعا يسمح باستيعاب جميع العقود والالتزامات التي يبرمها التاجر لحاجات تجارته أو بمناسبة ممارستها سواء كان مصدر هذه الأعمال عقديا أم غير عقدي وهو ما يظهر من الفقرة الثانية من المادة السالفة الذكر بقولها " الالتزامات بين التجار"

تعد الالتزامات التي تنشأ بين التجار، من تطبيقات نظرية الأعمال التجارية بالتبعية شريطة أن تكون هذه الأعمال بمناسبة حرفة التجارة، ومثال ذلك مختلف الالتزامات التي قد يعقدها التاجر من عقود عمل، ونقل وغيرها من عقود التأمين والإيجار.

ورغم وضوح المبدأ وسهولته، فقد ثار خلاف فقهي حول بعض العقود، وبالخصوص عقد الكفالة. فما طبيعة الكفالة الناشئة بمناسبة ممارسة المهنة التجارية؟ بمعنى هل الكفالة التي تنشأ بين التجار تعد من قبيل الالتزامات بين التجار؟

تعد الكفالة عملا مدنيا، لأنها عمل تبرعي في الأصل، غير أن المشرع الجزائري قد أخذ موقفا واضحا بموجب المادة 651 من القانون المدني والتي جاء فيها ما يلي:" تعد كفالة الدين التجاري عملا مدنيا ولو كان الكفيل تاجرا، غير أن الكفالة الناشئة عن ضمان الأوراق التجارية ضمانا احتياطيا أو عن تظهير تعد دائما عملا تجاريا".وبالتالي فإن الكفالة تحتفظ بطابعها المدني حتى ولو صدرت من تاجر ولضمان دين تجاري. وعليه لا يمكن التوسع في تفسير النص، بالقول بأن الكفالة تفقد طابعها المدني في حالة إذا كان الكفيل محترف أو قام بها الكفيل التاجر لمصلحة تجارته، كأن يكفل التاجر أحد زبائنه التجار ليدرأ عنه خطر الإفلاس ويحتفظ به كزبون.

ولا يقتصر نطاق تطبيق الأعمال التجارية بالتبعية على الإلتزامات التعاقدية، بل يشمل أيضا تلك الناشئة عن الإلتزامات غير العقدية، وذلك إستنادا إلى عموم النص " الإلتزامات ". ومن ثم يعتبر تجاريا بالتبعية، التزام التاجر بالتعويض عن المنافسة غير المشروعة وعن العمل غير المشروع متى نشأ بمناسبة نشاطه التجاري، كما يستفيد المتضرر من تطبيق أحكام القانون التجاري كالتمسك بمبدأ حرية الإثبات.

وترتيبا على ذلك، يمتد تطبيق نظرية التبعية في نطاق الإثراء بلا سبب، الدفع غير المستحق، الفضالة، وهي تصرفات مشروعة، كإلتزام التاجر برد مبالغ دفعت له عن إهمال.