

الهيئة الوطنية للمحامين

الفرع الجهوي بتونس

محاضرة ختم التمرين

عقود الاستغلال تحت التسمية الأصلية: دراسة مقارنة

تحت اشراف

الأستاذ سليم الشلي

الأستاذ المحاضر

الأستاذة ألفة حشيشة شعبان

السنة القضائية 2010-2011

شكر

أتوجه بالشكر الجزيل الى الأستاذ سليم الشلي على ما وفر لي من تأطير وتشجيع ومناخ طيب للعمل مدة تمريني بمكتبه.

كما أتوجه بالشكر أيضا الى كافة أعضاء المكتب على مساهمتهم في إنجاح تمريني بالمكتب.

إهداء

أهدي هذا العمل الى جميع أفراد عائلتي وخاصة منهم والدي العزيزين وزوجي وأخوتي وأبنائي

المقدمة

رغم أهمية الدور الذي تلعبه عقود الاستغلال تحت التسمية الأصلية، فإن الدول النامية لم توجه اهتماما كافيا لتنظيم هذه العقود من الناحية القانونية، فظلت عقودا غير مسماة لا تحظى بتنظيم تشريعي خاص بها.

وقد ظهر عقد الاستغلال تحت التسمية الأصلية في الولايات المتحدة الأمريكية تحت اسم "franchising". نتيجة لتطور صناعة السيارات من حيث الإنتاج والمنافسة بين كثير من المنتجين، فكر أصحاب مصانع السيارات في وسيلة تمكنهم من عرض منتجاتهم للعموم وتسويقها وتوفير الخدمة والصيانة لها، فما كان لهم من خيار سوى هذه عقود. إذ لا يستطيع الصانع أن يقوم بفتح مصنع أو ورشة صيانة وخدمات ومعرض في كل ولاية أو مدينة. لذا يمنح مصنعي السيارات امتيازاً لبعض التجار في الولايات الأخرى الذين يقومون بدورهم بعمل عرض المنتجات وذلك تحت إشراف المصنع الأصلي. كما شهدت هذه العقود، في فرنسا، تطورا ملحوظا وتوسعت في مجالات مختلفة منها في الوجبات السريعة وخدمة مجموعات الفنادق ومنتجات التجميل والتسويق كمجال رعاية السيارات وتأجير السيارات، بيع الملابس، وأخيرا في مجال النقل الجوي. فهذا النشاط في الواقع يشمل جميع الأنشطة ذات الصلة لتوفير السلع أو الخدمات للمستهلكين¹.

أما بالنسبة لتونس، ظهر هذا النشاط في الثمانينات إذ أول علامة تجارية مارست هذا النشاط هي علامة "المزرعة" فهي تعتبر نموذج في هذا الميدان.²

كما توجد في تونس العديد من العلامات التجارية العالمية مثل « Avis » و « Celio » و « Zara » و « Géant » والتي تلاقي إقبالا مشهودا ولكنها لم تكن تحظى بتشريع خاص بها. نظرا لغياب قانون خاص لهذه النوعية من العقود، فكانت تخضع لمجلة الالتزامات والعقود، كما تخضع للتشريع الخاص بالتسميات التجارية وباستغلال العلامات الأجنبية وقانون المنافسة والأسعار.

¹ Le Tourneau (Ph.), « Les contrats de franchisage », Litec, 2007, n°1 et s.

² MSEDDI (W.), « La franchise en Tunisie : état des lieux », <http://www.tunisiefranchise.com/Articles-de-franchise>

فيتبين من خلال ما ذكر أن عقود الاستغلال تحت التسمية الأصلية لم تخضع إلى قانون خاص بها، إلى أن صدر القانون عدد 69 المؤرخ في 12 أوت 2009³ والمتعلق بتجارة التوزيع الذي خصّص الباب الخامس (من الفصل 14 إلى 17) لتأطيرها.

ويقصد بعقد الاستغلال تحت التسمية الأصلية، العقد الذي يمنح بمقتضاه صاحب تسمية أو علامة تجارية والمسمى "المرخص" حق استغلالها لشخص طبيعي أو معنوي يسمى "المستغل" أو "المرخص له"، وذلك قصد قيامه بتوزيع منتجات أو إسداء خدمات لقاء مقابل مالي محدد.

كما يشمل حق استغلال العلامة أو التسمية الأصلية المسمى "الامتياز"، نقل الخبرات المكتسبة والمهارات الفنية واستغلال حقوق الملكية الفكرية.

وتتكون شبكة الاستغلال تحت التسمية الأصلية من مجموعة المحلات المستقلة التي تعمل تحت علامة موحدة ووفق أساليب تجارية موحدة خاصة من حيث تهيئة المحلات وطرق التسيير والتسويق ومصادر التوريد.

ولا يتطرق هذا القانون إلا لعقود الاستغلال تحت التسمية الأصلية في إطار تجارة التوزيع والخدمات ولا يشمل مجالات الصناعة و الإنتاج.

كما كرّس قانون 69 لسنة 2009 المشار إليه أعلاه، المبادئ الأساسية للقانون عدد 44 لسنة 1991 والمؤرخ في 01 جويلية 1991 المتعلق بتجارة التوزيع سابقا ومن أهمها مبدأ حرية ممارسة الأنشطة التجارية. كما تضمن هذا القانون الجديد أحكاما تهدف إلى إعطاء دفع جديد لتجارة التوزيع.

وتخضع هذه العقود لجملة من الشروط تم ضبطها بمقتضى الأمر عدد 1501 لسنة 2010 المؤرخ في 21 جوان 2010⁴.

وبذلك حقق هذا الإطار القانوني ضمانة فعلية لمباشري هذا النشاط من خلال وضعية قانونية واضحة من جهة تحدد آليات التعامل ومتطلبات التجارة وتضبط قائمة المواد التي يمكن تداولها واستغلال علامتها أو التسميات التجارية. كما أصبح لديهم من جهة أخرى وضعية قانونية معترف بها

³ الرائد الرسمي للجمهورية التونسية عدد 69 لسنة 2009 المؤرخ في 12 أوت 2009 ص 2899 يتعلق بتجارة التوزيع

⁴ الرائد الرسمي للجمهورية التونسية عدد 50 بتاريخ 22 جوان 2010 صفحة 1759 يتعلق بضبط الشروط الدنيا الواجب توفرها في العقد والمعطيات الدنيا المتضمنة بالوثيقة المصاحبة للعقد.

خاصة وأن عملية تحويل الأموال إلى الخارج تمثل مشكلة لدى المصدرين وتعتبر عائق من عوائق التصدير الذي يعرقل نشاط التبادل التجاري.⁵

وأصدر وزير التجارة والصناعات التقليدية بتاريخ 28 جويلية 2010، قرارا منح من خلاله بعض عقود الاستغلال تحت التسمية الأصلية ترخيصا آليا من المنع العام للاتفاقات أو الممارسات. والملاحظ من الناحية الواقعية وبالتأمل في ممارسي هذه النوعية من النشاط التجاري، إلتباس واضح من طرفهم بين صفة الممثل التجاري ومستغل العلامة أو التسمية الأصلية، في حين أن هناك فرق شاسع بينهما. الأمر الذي يقودنا الى التساؤل عن ماهية هذا العقد وآلياته ؟ للإجابة عن هذا السؤال سننتطرق أولا إلى مفهوم هذا العقد لتفادي الخطأ في تكييفه القانوني (باب أول) وابرار النظام القانوني لهذا العقد (باب ثاني).

⁵ MSEDDI (W)., « La franchise en Tunisie : état des lieux », <http://www.tunisiefranchise.com/Articles-de-franchise>

الباب الأول: مفهوم عقود الاستغلال تحت التسمية الأصلية:

لا يمكننا ادراج عقود الاستغلال تحت التسمية الأصلية بصفة حصرية ضمن العقود المتداولة بمجلة الالتزامات والعقود كعقد البيع مثلا. فهذه النوعية من العقود الحديثة تخضع كذلك للقانون التجاري وقانون المنافسة وقانون التوزيع وقانون العلامات التجارية الى آخر...
وقد انتهت المبادرات التشريعية الى تكوين منظومة قانونية لعقود الاستغلال تحت التسمية الأصلية وهو الاطار القانوني الذي دمج بنجاح عددا من الآليات التعاقدية المعروفة.
ولئن اتفقت القوانين المقارنة على أهمية عقود الاستغلال تحت التسمية الأصلية من الناحية الواقعية والقانونية الا أنه لا نجد تعريف موحد لهذه العقود.
لذا سنتناول من خلال هذا الباب لتعريف عقود الاستغلال تحت التسمية الأصلية (المبحث الأول)، ثم تمييزها عن بعض العقود الأخرى المشابهة لها (المبحث الثاني).

المبحث الأول : تعريف عقود الاستغلال تحت التسمية الأصلية:

لم تقم العديد من التشريعات بتعريف عقود الاستغلال تحت التسمية الأصلية مما جعل الباب مفتوحا للتساؤلات والتأويلات والاجتهادات الفقهية خلافا للتشريع التونسي الذي خصص الفصل 14 من قانون 69 لسنة 2009 لتعريفه.

وقد اختلفت مصادر تعاريف عقود الاستغلال تحت التسمية الأصلية. فعرفت بعض الهيئات المتخصصة في مجال الاستغلال تحت التسمية الأصلية هذا النظام في حين تضمنت بعض القوانين والتشريعات في نصوصها محاولة لتعريف هذا العقد. كما نجد بعض التعريفات الصادرة عن المحاكم دون أن ننسى مساهمة الفقه في محاولة تعريف هذا النوع من العقود.

فقرة أولى: تعريف عقود الاستغلال وفقا للهيئات المتخصصة:

أ- تعريف الاتحاد الفرنسي "للفرانشيز" La Fédération française de la franchise :
لقد عرف الاتحاد الفرنسي "للفرانشيز" عقد الاستغلال⁶ بأنه طريقة للتعاون بين مشروعين، مشروع (المرخص) من جهة ومشروع أو مشاريع (المرخص له أو لهما)، من جهة أخرى، والذي يتضمن بالنسبة للأول:

1. ملكية أو الحق في استخدام علامات سواء كانت علامات تجارية أو صناعية أو شعارات أو اسم لشركة أو اسم تجاري أو رموز.
 2. استخدام المعرفة الفنية والخبرة المكتسبة الخاصة به.
 3. مجموعة من المنتجات و/أو الخدمات أو التكنولوجيا.
- ويشكل الارتباط بين هذه العناصر الثلاثة مفهوم عقد الاستغلال تحت التسمية الأصلية .

⁶ La franchise en dix question , <http://www.gouv.fr/informations/guide-com/franchise>

ب- تعريف الاتحاد الدولي للفرانشيز International Franchising Association :

عرف الاتحاد الولي "الفرانشيز" عقد الاستغلال بأنه "علاقة عقدية بين طرفين يلزم بموجبها الأول (المانح) بأن يداوم على الاهتمام المستمر بعمل الطرف الثاني (المتلقي) في العديد من المجالات مثل المعرفة الفنية والتدريب، ويقوم المتلقي بالعمل تحت اسم تجاري معروف ومن خلال شكل أو إجراءات مراقبة بمعرفة الأول على أن يمول المتلقي نشاطه من مصادره الخاصة.

فقرة ثانية: تعريف عقود الاستغلال وفقا لفقه القضاء :

أمام غياب تنظيم تشريعي لعقد الاستغلال في فرنسا، جاءت أحكام القضاء لتؤسس العناصر التي تحتويها العلاقة، والتي تميزها عن غيرها من الاتفاقات الأخرى، ومن ذلك حكم محكمة الاستئناف بباريس في 28 أبريل 1978⁷ الذي عرفت المحكمة بموجبه عقد الاستغلال بأنه :

" أسلوب للتعامل بين مؤسستين تجاريتين أو أكثر إحداها مانحة والأخرى متلقية، والذي بمقتضاه تصنع الأولى- المالكة لاسم أو علامة تجارية معلومة أو الأحرف الأولى، أو رموز أو علامات صناعية أو تجارية أو خدمية، وكذا معرفة فنية خاصة – تحت تصرف الأخرى حق استخدام مجموعة منتجات أو خدمات أصلية أو خاصة في مقابل أجر أو ميزة مكتسبة لاستغلالها إجباريا وكلية وفق تقنيات تجارية تم اختيارها وضبطها بشكل حصري، تحقق أفضل تأثير في السوق المصنف والحصول على نمو سريع للنشاط التجاري للمؤسسات المعنية (...). يجوز أن يتلزم هذا العقد مع المساعدة الصناعية أو التجارية أو المالية التي تسمح بالاندماج في النشاط التجاري للمانح، وبقدر من الرقابة تجاه المتلقي الذي تم تدريبه على تقنية أصلية ومعرفة فنية مختلفة عما هو مطبق، بما يسمح بالحفاظ على صورة العلامة التجارية أو الخدمة وزيادة العملاء أو مستوى المنتج المباع بأقل سعر، مع الحصول على عائد كبير للطرفين اللذين يحتفظان كل منهما باستقلاله القانوني".

⁷ CA Paris 28 avril 1978, cah. dr. Entre distrid. No5/ 1980, pM 5

فقرة ثالثة :تعريف عقود الاستغلال فقها:

لقد عرف Ph. Letourneau عقد الاستغلال بكونه "العقد الذي يمنح المتنازل بمقتضاه حق التفرد المكاني في بيع منتوجاته من قبل المتنازل له، مع التزام هذا الأخير بالتوريد الانفرادي من عند المتنازل"⁸

كما عرفه الأستاذ ياسر سيد الحديدي على أنه " وسيلة عقدية للتعاون فيما بين المشروعات المستقلة، والتي تعتمد على نقل المعارف الفنية والتجارية وما يرتبط بها من حقوق الملكية الفكرية والصناعية، والمساعدة الفنية من المانح للمتلقي الذي يمارس نشاطه وفقا لمعايير وشروط يضعها المانح في مقابل أداءات مادية للأخير، بهدف تكرار النجاح الذي حققه المانح في نشاطه التجاري".

كما يمكن تعريفه على أنه عقد يتضمن " التزام الطرفين بالتعاون في مدة معينة ويحدد التصرفات التي ينبغي القيام بها ويحيل على العقود التطبيقية تحديد نظام هذه التصرفات ". فهو من هذا المنظور يعتبر عقد إطار⁹ بالتالي يلعب دورين هامين، فمن جهة أولى يؤسس علاقة قانونية واقتصادية بين الطرفين يرتب التزامات متميزة تخدم رابطة المعاملات فيما بينهما، ويحضر من جهة ثانية العقود مقبلة.

فقرة رابعة: تعريف عقود الاستغلال وفقا لبعض التشريعات :

لم تعرف العديد من التشريعات عقود الاستغلال تحت التسمية الأصلية في أن التشريعات التي عرفت هذه العقود أسست تعريفها على الممارسات والتطبيقات العملية لديها. وقد عرف المشرع الاسباني نشاط الاستغلال تحت التسمية الأصلية عوضا عن العقود اذ يقترح الفصل 1.62 من القانون الاسباني المؤرخ في 15 جانفي 1996 التعريف التالي:

⁸ LE TOURNEAU (Ph.) , « La concession commerciale exclusive », édition economica, 1991 p.8

⁹ عقد الإطار هو عقد يحدد الشروط الأساسية التي تندرج فيها العلاقة التعاقدية التي ينشأها وهي علاقة مستدامة ومن ثمة لا يتضمن هذا العقد الالتزام بفعل شيء أو الامتناع عن فعل شيء. ومن جهة ثانية نجد العقود التطبيقية التي تنفذ العقد الأساسي، وهي عقود بيع بالمعنى الحقيقي للكلمة.

« L'activité commerciale en régime de franchise est celle qui est mise en œuvre en vertu d'un accord ou contrat par lequel une entreprise, appelée franchiseuse, cède à une autre, appelée franchisee, le droit d'exploitation d'un système propre de commercialisation de produits ou services. »¹⁰

كما يرفض النواب الفرنسيون تعريف تلك العقود. ففي قانون 31 ديسمبر 1989 المسمى قانون "Doubin" والمتعلق بتطوير المؤسسات التجارية والحرفية وتحسين نموها الاقتصادي والقانوني والاجتماعي، وقع تكريس شرط المعلومات السابقة للتعاقد Obligation pré-contractuelle مع شخص في خصوص استغلال الاسم التجاري أو العلامة دون تسميته كمستغل¹¹.

وخلافا للتشريعات المذكورة سابقا، فإن المشرع التونسي خيّر تعريف عقود الاستغلال تحت التسمية الأصلية من خلال قانون عدد 69 لسنة 2009 محاولة منه لتفريقها عن العقود المشابهة. وقد حاول المشرع التونسي ضمن الفصل 14 من قانون 69 لسنة 2009 تعريف عقد الاستغلال تحت التسمية الأصلية بأنه "عقد يمنح بمقتضاه صاحب تسمية أو علامة تجارية حق استغلالها لشخص طبيعي أو معنوي يسمى المستغل تحت التسمية الأصلية قصد قيامه بتوزيع منتجات أو إسداء خدمات لقاء مقابل مالي".

ونستنتج من هذا التعريف أنه انحصر على عقود الاستغلال تحت التسمية الأصلية في مجال توزيع المنتجات والخدمات دون غيرها في حين أن هناك مجالات مختلفة لهذه العقود كالصناعة والانتاج¹².

وقد حددت محكمة العدل للمجتمعات الأوروبية في قرار شهير لها مؤرخ في 28 جانفي 1986 والمسمى Pronuptia¹³، ثلاثة أنواع من عقود الاستغلال :

أ- عقود الاستغلال تحت التسمية الأصلية في مجال الخدمات والذي بموجبه يقدم المستغل خدمة تحت الاسم التجاري أو العلامة التجارية مع الامتثال لتوجيهات صاحبها.

¹⁰ Chapitre VI du titre III de la loi n°7/1996 du 15 janvier 1996 dite de réglementation du commerce de détail, chapitre intitulé " de l'activité commerciale en régime de franchise ", et composé du seul article 62

¹¹ Loi n°89-1008 du 31 décembre 1989 dite « Loi Doubin » relative au développement des entreprises commerciales et artisanales et à l'amélioration de leur environnement économique, juridique et social.

¹² Mellouli (Ch.) et Respaud (J-L), « La loi n°2009-69 du 12 août 2009 relative au commerce de distribution : le nouveau droit tunisien de la distribution »,

¹³ La franchise en dix question , <http://www.gouv.fr/informations/guide-com/franchise>

ويهدف هذا النوع من الاستغلال إلى تحقيق شهرة العلامة التجارية وتعريف العملاء بها من خلال الترخيص لعدد كبير من المشاريع باستعمال العلامة، وقد يصل عدد المشاريع في بعض الحالات إلى عدة آلاف. ويبدو أن كل مشروع مرخص له كحلقة في سلسلة من مشاريع تستخدم جميعها اسم المرخص وعلامته التجارية، وتقدم خدمات أو سلع متماثلة من حيث الأشكال والنوعيات والمواصفات لأن تقديمها يخضع لرقابة واحدة من المرخص، الذي يحدد نماذج قياسية ومواصفات موحدة لجميع المشاريع المرخص لها. ورغم استقلال كل مشروع مرخص له من الناحية القانونية استقلالاً كاملاً، إلا أن جميع المشاريع تبدو كشبكة واحدة أمام المستهلك لأنها تستخدم اسم المرخص وعلامته التجارية. ويستخدم هذا النوع من النظام في أنشطة كثيرة أهمها الفنادق، مكاتب تأجير السيارات، الكافيتريات، محلات الأطعمة.

ب- عقود الاستغلال في مجال الصناعة والإنتاج والتي بموجبها يصنع المستغل على النحو المحدد من قبل صاحب التسمية، منتجات والتي يبيعها تحت العلامة التجارية لهذا الأخير. ويشمل هذا النوع من العقود نقل المعرفة الفنية من المرخص إلى المرخص له لتصنيع المنتجات أو تجميعها. ويقوم المرخص له بتصنيع وتوزيع السلعة التي تحمل العلامة، ويستعين في ذلك بخبرات المرخص الذي يحدد نماذج قياسية يجب مراعاتها. كما يشرف المرخص على الإنتاج للتأكد من جودة السلعة التي تحمل العلامة ومطابقتها للمواصفات التي يحددها. ويتضمن العقد نقل تكنولوجيا. وقد يكشف المرخص الأسرار الصناعية اللازمة لإنتاج المرخص له. ومن أمثلة العقود التي تأخذ هذا الشكل العقود التي تبرمها شركة "كوكاكولا الأمريكية".

ج- عقود الاستغلال في مجال التوزيع والتي بموجبها يبيع المستغل منتجات معينة فقط في المحل الذي يحمل العلامة التجارية لصاحب التسمية.

ويهدف هذا النوع من الاستغلال إلى تمكين المرخص من تسويق المنتجات، ويلتزم المرخص بتوريد المنتجات خلال مدة العقد إلى المرخص له. كما يقدم له المساعدات الفنية في مجال التسويق كالإعلان عن المنتجات وتقديم خدمات الصيانة وتوفير قطع الغيار. وينص العقد للمرخص له، بصفة أساسية، الحق في استعمال اسم المرخص وعلامته التجارية، كما يستخدم وسائل التسويق الفنية بإتباع تعليمات المرخص وتحت إشرافه، ويكثر إتباع هذا الشكل من عقود الاستغلال في مجالات بيع السيارات وقطع الغيار، والدراجات، والأحذية.

يمكن أن نعتبر أن المشرع التونسي حصر عقود الاستغلال تحت التسمية الأصلية في مجال التوزيع فقط باعتبار أن القانون الذي صدر في 2009 يتعلق بتجارة التوزيع فقط. هذا الحصر تجاهل قانوني لأهمية عقود الاستغلال في المجالات المذكورة آنفاً وانكار لدورها في دفع الحركة الاقتصادية للبلاد.

إضافة إلى هذا، فإن المشرع التونسي يشدد كثيراً على الصبغة التجارية لهذا العقد في حين أن صفة التاجر غير مشترطة في عقود الاستغلال تحت التسمية الأصلية. إذ أن الفصل 14 في الفقرة 3 من قانون 69 لسنة 2009 يعرف شبكة الاستغلال تحت التسمية الأصلية مجموع محلات مستقلة تعمل تحت علامة واحدة ووفق أساليب تجارية موحدة خاصة تهيئة المحلات وطرق التسيير والعرض والتسويق ومصادر التوريد.

محاولة منا لتقديم تعريف شامل لعقود الاستغلال تحت التسمية الأصلية، نقترح التعريف التالي: عقد الاستغلال تحت التسمية الأصلية هو عقد، طويل المدة، بين شخصين طبيعيين أو معنويين مستقلين عن بعضهما البعض، يمنح من خلاله مالك التسمية الأصلية إلى المستغل حق استغلالها ووقع تجربتها من قبل المالك بنجاح في منطقة ترابية معينة ووفقاً لقواعد متّحدة تحت علامة تجارية أو ماركة تجارية لمدة معينة بالعقد وذلك قصد إنتاج أو توزيع منتجات أو إسداء خدمات مقابل تعويض مالي. هذا وقد يتطلب شراكة مكثفة بين الطرفين وكل الشبكة.

لطرفي العقد، التزامات يجب احترامها، كموافاة مالك التسمية بالمعطيات المتعلقة بالبيوعات ووضعها المالي أو لمراقبة تمشي الشركة وتطبيق قواعد تسييرها.¹⁴

وتميز هذه المعايير عقد الاستغلال تحت التسمية الأصلية عن العقود المشابهة والتي سيقع التطرق إليها في المبحث الثاني.

¹⁴ MRABET (Z), « Le contrat de franchise dans le cadre de la loi du 12 août 2009 », Infos Juridique n° 98/99 octobre 2010, p.19.

المبحث الثاني: عقود الاستغلال تحت التسمية الأصلية وتمييزه عن بعض

العقود الأخرى:

من المهم في دراسة عقد الاستغلال تحت التسمية الأصلية وضع الضوابط والمعايير التي تميزه عن غيره من العقود التي قد تختلط أو تتشابه معه. يصعب التمييز بين عقد الاستغلال والعقود المشابهة في الدول التي لم تفرد تنظيما خاصا بعقد الاستغلال والتي تعتمد طريقة القياس على القواعد القانونية المطبقة على العقود المشابهة أخرى، من ذلك مثلا القواعد المطبقة على الوكالة التجارية، أو الترخيص التجاري و غيرها.

ونلاحظ أن بعض العقود اشتركت مع عقد الاستغلال في العديد من العناصر مما حث أطراف العقد إخفاء حقيقة العلاقة التعاقدية وإعطائها الوصف الذي يلاءم مصالحهم الخاصة، قصد الاستفادة من تكييف العلاقة على غير الواقع، ويظهر هذا بصفة خاصة في كل من عقد العمل وعقد الشركة. ولا شك أن التمييز بين عقد الاستغلال و غيره من العقود له أهمية كبرى يتوقف عليها تحديد النظام القانوني الذي ستخضع له هذه العلاقة التعاقدية، وهو ما يتطلب من طرفي العقد تحري الدقة وتوخي الحذر عند صياغة وتحرير بنود العقد حتى يتفادى احتمال الخطأ في تكييفه. وسنحاول ن خلال هذه الدراسة التمييز بين عقد الامتياز والعقود التي تتشابه معه لابرار مفهوم هذا العقد.

فقرة أولى: تمييز عقد الاستغلال تحت التسمية الأصلية عن عقد العمل:

عرف المشرع التونسي عقد العمل بموجب الفصل 6 فقرة 1 من مجلة الشغل بأنه: " اتفاقية يلتزم بمقتضاه أحد الطرفين ويسمى عاملا أو أجيرا بتقديم خدماته للطرف الآخر ويسمى مؤجرا وذلك تحت إدارة ومراقبة هذا الأخير ومقابل أجر."

من خلال هذا التعريف نلاحظ عنصرا هاما من العناصر المكونة له وهو عنصر التبعية الذي يميز عقد الشغل ويعطيه خصوصيته التي تميزه عن غيره من العقود. في حالة وجود عنصر التبعية نكون أمام علاقة عمل وفي غيابها نكون أمام عقد استغلال، واللجوء إلى هذا المعيار يقضي على كل غش أو تحيل من قبل أطراف العقد لتكييفه.

ويضاف إلى هذا العنصر، أن المرخص له قد يكون شخصا طبيعيا يمتلك محلا يمارس فيه نشاطه أو قد يكون شخصا معنويا كالشركة أو مؤسسة أو خلافة، أما العامل فلا يمكن أن يكون إلا شخصا طبيعيا.

فقرة ثانية: تمييز عقد الاستغلال عن عقد الشركة:

يعتبر عقد الشركة من العقود المشابهة جدا لعقود الاستغلال تحت التسمية الأصلية. عرف المشرع التونسي الشركة من خلال الفصل 2 فقرة 1 على أنها "عقد اتفاق بمقتضاه شخصان أو أكثر على تجميع مساهماتهم قصد اقتسام الأرباح أو الانتفاع بما قد يحصل من نشاط الشركة من اقتصاد".

من خلال هذا التعريف نستطيع استخلاص العناصر الجوهرية التي تميزه عن عقد الشركة وهي :

1. ضرورة وجود شريكين على الأقل، وهو الوضع ذاته بالنسبة لعقد الاستغلال، حيث إن المرخص والمرخص له يمكن اعتبارهما دائما بمثابة شريكين.

2. التزام الشريكين بتقديم حصة عينية أو شخصية وهو ما يمثل نصيب كل منهما في الشركة. وهذا الوضع يمكن أن نجده أيضا في عقد الاستغلال، على اعتبار أن المستغل يمتلك جزء من مشروع المانح متمثلا في حق استعمال العلامة أو التنمية التجارية أو البضائع يمدّه بها المرخص، وفي الوقت نفسه يقدم رأس المال اللازم للمشروع أو الجزء الأعظم منه.

3. ضرورة وجود نية حقيقية للمشاركة يعبر عنها بنية التعاون، وهو ما يمكن تصوره أيضا في مجال عقد الاستغلال، حيث إن حماية العلامة التجارية وبيع السلع أو الخدمات تستلزم قيام هذا التعاون.

الا أن عقد الشركة يختلف عن عقد الاستغلال:

- 1- إذ لا يشمل نقل المعرفة وبالتالي فإن الشراكة تعقد عادة بين مهنيين يكسبون مسبقا المعرفة الضرورية لتنفيذ المهمة.

وإذا كان التعاون ضروريا بين الطرفين في عقد الاستغلال، فإن هذا التعاون يجب ألا يؤدي إلى أية رابطة تبعية قانونية، أي أنه لإعطاء وصف المستغل على شخص ما فإنه يتعين أن يضل هذا الشخص مستقلا، بحيث يكون هذا الاستغلال مقررا لصالح الطرفين ولصالح شبكة التوزيع ككل.

2- يفترض عقد الشركة أن تتوفر في الطرفين نية اقتسام الأرباح وتحمل بالخسائر، ويعد هذا شرطاً جوهرياً في عقود إنشاء الشركات. لكن في مجال عقد الاستغلال فإن المستغل الذي يدفع الإتاوة للمانح لا يدفعها بقصد الاشتراك في الأرباح أو تحمل قدر من الخسائر، بل كمقابل للدخول في شبكة الاستغلال والاستفادة من المزايا العديدة التي يوفرها الانضمام لشبكة تجارية منظمة.

فقرة ثالثة: تمييز عقد الاستغلال عن عقد الوكالة التجارية:

يمكن تعريف الوكالة التجارية بأنها عقد يلتزم بمقتضاه شخص ودون أن يكون مرتبطاً بعقد عمل، بالتفاوض أو بالتعاقد بصفة معتادة، بشأن عمليات شراء وبيع، وبصفة عامة جميع العمليات التجارية باسم ولحساب تاجر أو منتج أو ممثل تجاري آخر الذي يلتزم من جهته بأدائه أجره عن ذلك".
تتشابه الوكالة التجارية مع عقد الاستغلال نظراً للتقارب بين طبيعة كل من العقدين خاصة في نشاط توزيع السلع، بالإضافة إلى تماثل العديد من الخصائص بين كل منهما:

- فكلا العقدين يقوم على فكرة الاعتبار الشخصي، وما يترتب على ذلك نتائج انتهاء العقد في حالة وفاة أو إفلاس أو فقد أهلية أحد العقدين، كما أن كلا العقدين يبرمان للمصلحة المشتركة للمتعاقدين، وما يترتب على ذلك من نتائج خاصة في مجال إنهاء العقد وأثاره.
- بالإضافة إلى ذلك نجد الاستقلال القانوني الذي يتمتع به المستغل في عقد الاستغلال أو الوكيل في عقد الوكالة التجارية.

على الرغم من الاشتراك في بعض الخصائص، فإننا نستطيع أن نميز بين العقدين من خلال

النقاط التالية:

- يعد الوكيل مجرد وسيط فقط بالتالي لا يتحمل أي أضرار مالية فيما يتصل بالعلاقة التي يدخل فيها، في حين أن المستغل الذي يشتري سلعا لإعادة بيعها يتحمل كافة الأضرار التي قد تنجم عن إدارته للنشاط بالإضافة إلى الأضرار المتعلقة بظروف السوق الذي يعمل به.
- خلافاً للمستغل، لا يتلقى الوكيل أي مساعدة ولا يخضع لرقابة وإشراف دوري ومحكم من المرخص ولا يدفع إتاوة للدخول في العلاقة بل إنه يحصل على عمولة على المبيعات في المنطقة المحددة له.

- لا يتضمن عقد الوكالة أي نوع من نقل المعارف الفنية أو الإدارية أو التسويقية وإن وجد فإنها لا تعدو أن تكون عنصرا ثانويا ومكملا.¹⁵

عندما نقارن بين عقد الوكالة وعقد الاستغلال، نجد أن لعقد الاستغلال العديد من الاعتبارات القانونية التي تميزه عن عقد الوكالة وذلك بالنظر إلى العلاقة التي ينشئها والمدة التي ينصرف إليها. تبرز أهمية التمييز بين عقد الاستغلال تحت التسمية الأصلية و العقود المشابهة لتفادي الخلط بينهم واعطاء تكييف قانوني صحيح له. كما تبرز أهمية البحث في مفهوم عقود الاستغلال تحت التسمية الأصلية من أجل استخلاص نظام قانوني معين يطبق عليه. قد يكون هذا النظام مختلطا يستمد قواعده من أصناف متعددة من العقود كما يمكن اعتماد مقارنة قانونية أخرى تتجلى في رصد أقرب عقد مشابه له قصد توسيع تطبيق نظام هذا الأخير على عقد الاستغلال تحت التسمية الأصلية.

¹⁵ MRABET (Z)., « Le contrat de franchise dans le cadre de la loi du 12 août 2009 », Infos Juridique n° 98/99 octobre 2010, p.21.

الباب الثاني: النظام القانوني لعقود الاستغلال تحت التسمية الأصلية:

اعتبر المشرع التونسي أن عقود الاستغلال تحت التسمية الأصلية لا تكون سليمة إلا بتوفر بعض الشروط وذلك لحماية طرفي العقد، صاحب التسمية والمستغل، من التجاوزات التي يمكن أن تحدث. كما يحرص المشرع على تكريس بعض الالتزامات المحمولة على كلتا الطرفين لإيجاد التوازن القانوني بينهما.

وفي صورة عدم احترام هذه الشروط يبطل عقد الاستغلال تحت التسمية الأصلية. سنتطرق أولاً لشروط تكوين العقد (المبحث الأول) ثم الالتزامات التي يترتبها والتي تعتبر على درجة من الأهمية نظراً للضمانات التي تقدمها للطرفين (المبحث الثاني).

المبحث الأول : شروط تكوين عقد الاستغلال تحت التسمية الأصلية:

اشترط الفصل 15 في فقرته الأولى أن يكون عقد الاستغلال تحت التسمية الأصلية عقدا كتابيا. وهو بذلك يخضع للأحكام العامة التي ينظمها قانون الالتزامات والعقود¹⁶ (الفقرة الأولى). الى جانب هذه الشروط يوجد شروط خاصة بعقود الاستغلال والتي تلعب دورا أساسيا لصحته من الناحية القانونية (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: الشروط العامة:

يجب أن يتوفر في عقد الاستغلال الشروط العامة للعقود. وهي: الرضا الصحيح والموضوع الجائز قانونا والسبب المشروع، فضلا عن الأهلية.¹⁷

أ- التصريح بالرضا:

لا يرتب العقد كافة آثاره القانونية الا بتراضي إرادتين أو أكثر. فالرضا هو أهم ركن في العقد، أي الإيجاب والقبول والتعبير عنهما بإرادة حرة واعية ومتبصرة. نستطيع أن نعرف الإيجاب في التعاقد بأنه تعبير عن إرادة منفردة يعلن بمقتضاه شخص عن إرادته في إبرام عقد معين. وفي صورة قبول الشروط الأساسية من طرف الشخص الموجه إليه الإيجاب انعقد العقد.

يعتبر حصول التراضي بتطابق القبول مع الإيجاب شرط أساسي لانعقاد العقد، لكن إنتاج التراضي بآثاره القانونية كاملة يتوقف على أن يكون التعبير عن الإرادة في الإيجاب والقبول تعبيراً سليماً وحرّاً. اذن، من الضروري أن يعبر كل من طرفي العقد عن رضاه وهو على بيئة واختيار، دون أن يكون التعاقد نتيجة غلط أو تدليس، أو إكراه، أو حالة غبن. فإذا كانت إرادة أحد المتعاقدين معيبة لأي سبب من الأسباب المذكورة آنفا لم يكن الرضا تام الصحة.

¹⁶ ينص الفصل 15 من قانون عدد 65 لسنة 2009 المتعلق بتجارة التوزيع " يكون عقد الاستغلال تحت التسمية الأصلية كتابيا "

¹⁷ BETTAIEB (M-A), « La loi tunisienne sur la franchise », <http://karila.fr/spip.php?article705>.

ب-: موضوع عقد الاستغلال:

يعتبر موضوع العقد من الأركان الضرورية لتكوينه. ويجب أن يكون موضوع العقد معلوماً أي معيناً ولو بالنوع أو بالمقدار. كما أنه يجوز أن يكون غير معين وقت العقد بشرط إمكان تعيينه فيما بعد. وقد قضت المحاكم الفرنسية ببطالان العقد باعتبار أن المرخص له التزم ببيع منتجات من أنواع محددة ، في حين أن المرخص احتفظ بحقه في إعطاء توجيهات فيما يتعلق بشراء السلع ، نوعياً وكمياً، رغم أن تحديد كمية الأشياء للبيع تركز على إرادة المرخص له فقط¹⁸.

ج-: السبب في عقد الاستغلال:

يعد الالتزام الذي لا سبب له أو المبني على سبب غير مشروع كأنه لم يكن. ويكون السبب غير مشروع إذا كان مخالفاً للأخلاق الحميدة و النظام العام. وهي عناصر لا يطرح بشأنها مشاكل في عقد الاستغلال¹⁹.

وعلى كل فإن العقد إذا لم يذكر فيه سبب فيفترض أن له سبباً مشروعاً ما لم يقدّم الدليل على عكس ذلك.

د- : الأهلية:

يجب أن تتوفر في طرفي العقد ، أهلية التعاقد. وقد نص الفصل 3 من مجلة الالتزامات والعقود أن "كل شخص أهل للإلزام والالتزام ما لم يصرح القانون بخلافه". أما بالنسبة للشخص المعنوي وطبقاً للفصل 5 من مجلة الالتزامات والعقود، لا يمكنه التعاقد إلا بواسطة ممثله القانوني. لذا من المتجه التثبت من صلاحيات الممثل القانوني في التعاقد.

¹⁸ CA Paris 1^{er} décembre 1989 D.1990, Cass. Com. 5 nov 1991 Bull Civ IV n°335.

¹⁹فصل 67 من مجلة الالتزامات والعقود.

الفقرة الثانية: الشروط الخاصة:

تتميز عقود الاستغلال بجملة من الشروط الواجب توفرها ضبطها الأمر عدد 1501 لسنة 2010 المشار إليه أعلاه، من أهمها الشروط الحصرية ومدى تأثيرها على حرية المنافسة (أ) كمدة العقد وآثارها على نهاية العقد (ب).

أ- الشروط الحصرية:

جرت العادة في عقود الاستغلال أن ينص بها على ما يسمى بالشروط الحصرية التي تنعكس على حماية كل من المرخص والمرخص له لحقوقه وأسلوب ممارسة هذه الحقوق. كرس المشرع التونسي في الأمر عدد 1501 لسنة 2010 المشار إليه أعلاه في الفصل 2 منه أنه يجب أن يتضمن عقد الاستغلال تحت التسمية الأصلية أو لا تحديدا للمجال الجغرافي الحصري لاستغلال العلامة أو التسمية الأصلية *exclusivité territoriale* وثانيا شرط التزويد الحصري *exclusivité d'approvisionnement*.

1- الشرط الحصري الجغرافي :

يقصد بالشرط الحصري الجغرافي بأنه حصرية بيع العلامة في منطقة ترابية محددة دون منافسة المرخص له آخر في نفس المنطقة المحددة. وهو ما يثير اشكال حول مدى قانونية هذا الاحتكار بالنسبة لبقية المنافسين الى حد أنه يجانب المنافسة الغير مشروعة.²⁰

ولا يحق على مستغل التسمية أن يتوسع في استغلالها لمناطق لم يشملها العقد وعليه أن يحترم المنطقة الترابية المحددة بالعقد.

كما ينجر عن هذا الشرط الحصري الجغرافي التحجير على المرخص تعيين مستغل آخر في التراب التعاقدى أو القيام بنفسه بعمليات تجارية لفائدته.

ويلزم المرخص بتزويد المرخص له دون غيره في المنطقة المحددة له بالعقد. وكل اخلال بهذا الالتزام يترتب عليه المسؤولية العقدية.

²⁰ MRABET (Z.) , « Les obligations des parties aux contrôles de franchise », infos juridique, n°104/105, Janvier 2011.

2- الشرط التزويد الحصري:

يتقيد المرخص في إطار عقد الاستغلال بشرط التزويد أي يلتزم بتوفير والتزويد المستغل بجميع المنتجات والمواد الحاملة لعلامته exclusivité de fourniture . ومن جهته يتقيد المستغل بشرط حصريّة الشراء من المرخص أي يلتزم بشراء جميع المواد والمنتجات اللازمة له من المرخص. Exclusivité d'achat . وقد تتضمن بعض العقود الصنفين من الشروط الحصرية، شرط حصريّة الشراء وحصرية التزويد، ويسمى آنذاك الشرط الحصري المزدوج أو المتبادل. وتعد الشروط الحصرية من أكثر الشروط إثارة للجدل في النقاشات القانونية لما لهذه الشروط من تأثير على حرية التبادل التجاري والسلي والخدمي بين الأطراف المختلفة. وتعتبر هذه الشروط بالنسبة للفكر التجاري التحرري قيّداً على حرية التجارة ومدعاة للاحتكار وتقسيم السوق ومخالفة لحرية المنافسة. وهو ما يثير إشكالية حول مدى مشروعية هذين الصنفين من الشروط على ضوء قواعد حرية المنافسة. رغم منع المشرع من للممارسات المنافسة لقواعد المنافسة إلا أنه استثنى الممارسات التي تنتج عن تطبيق القانون كما استثنى الممارسات التي أثبتت أنها تساهم في التقدم الاقتصادي . وقد أقرت الدول الأعضاء في منظمة التجارة العالمية بوجود ممارسات أو شروط مقيدة للمنافسة في بعض عقود الاستغلال. إلا أنها اعتبرتها سليمة قانونية وغير منافية لمبادئ السوق الحرة وحرية المنافسة لما لها من دور هام في نقل التكنولوجيا ونشرها.

ب- مدة العقد:

• العقود محددة المدة:

يحدد عقد الاستغلال مدة معينة بانقضائها ينتهي العقد. وقد ينص العقد أحيانا على حق المرخص له في تجديد مدته مرة أو أكثر، ويلتزم المرخص في هذه الحالة بالموافقة على طلب التجديد وفقا لشروط العقد. كما يمكن تعليق حقه في التجديد على تحقيق حجم معين من المعاملات أو المبيعات.

وقد يشترط العقد أيضا التزام المرخص له بدفع مبالغ مالية معينة إذا رغب في تجديد العقد. كما له أن ينص على التجديد تلقائيا ما لم يعلم أحد الطرفين الطرف الآخر قبل نهاية مدة العقد برغبته في الإنهاء، وفي هذه الحالة يحدد صلب العقد مهلة الاعلام بانتهاء مدة العقد.

● العقود غير محددة المدة:

إذا كان العقد غير محدد المدة، يجوز لكل من طرفيه وضع حد له بإرادته المنفردة تطبيقا للقواعد العامة. و يجب أن يكون استعمال هذا الحق مستندا على مبرر مشروع. وهذا يعني وجود مصلحة مشروعة يحققها إنهاء العقد للطرف الراغب في الإنهاء دون أن يصيب الطرف الآخر ضرر جسيم لا يتناسب مع هذه المصلحة. فإذا لم يقصد بإنهاء العقد تحقيق مصلحة مشروعة للمرخص أو كانت المصلحة التي يحققها إنهاء العقد لا تتناسب مع الضرر الذي يصيب الطرف الآخر يكون استعمال هذا الحق تعسفيا، يترتب عليه نشوء حق الطرف المضروب وهو غالبا ما يكون المرخص له، في التعويضات خاصة وأنه تحمل كلفة مصاريف باهظة في استثماره كالتجهيزات مثلا أو تهيئة المحل.²¹

ومن الواضح أن رفض المرخص تجديد أو مواصلة العقد، معناه الحكم على مشروع المرخص بالإفلاس، وذلك لأن العلامة تلعب دورا أساسيا في جذب الحرفاء وإقبالهم على السلع والمنتجات . وبالتالي يصبح طلب السلعة ينصب أساسا على العلامة لا على المنتج ذاته . من ثمة يمكن القول أن إنتاج السلعة بمعرفة المرخص له يصبح عديم الجدوى من الناحية الاقتصادية طالما أن العلامة لا تستخدم في تمييزها.

معالجة لهذه المسألة، تدخلت بعض التشريعات المقارنة بوضع قيود على حرية المرخص في إنهاء العقد أو عدم تجديده. نذكر على سبيل المثال في الولايات المتحدة الأمريكية تمنع الكثير من قوانين الولايات المنظمة لعقد الاستغلال على المرخص أن يرفض تجديد العقد، ما لم يستند في ذلك إلى سبب مشروع.

إضافة إلى ذلك نذكر قانون حماية حقوق الملكية الفكرية المصري الجديد رقم 82 لسنة 2002 بهذا الاتجاه الذي يحقق مصالح المرخص لهم في عقود الاستغلال. إذ نصت المادة 95 فقرة 2 من القانون على أنه : " لا يجوز لمالك العلامة إنهاء عقد الترخيص أو عدم تجديده إلا لسبب مشروع ".

²¹ MRABET (Z.) , « Les comportements opportunistes du franchiseur : étude du droit civil et du droit international uniforme »,Revue juridique Thémis .

المبحث الثاني: التزامات طرفي العقد :

يُولد عقد الاستغلال تحت التسمية الأصلية التزامات متبادلة في ذمة كل من المرخص والمرخص له .

فاذا لم يفي احد المتعاقدين بالتزامه قد يفسخ العقد لعدم تنفيذه، والفسخ قد يكون اتفاقيا ويتم ذلك بإدراج بند فاسخ بمقتضاه يعد العقد مفسوخا دون حاجة إلى حكم قضائي. وقد يكون الفسخ بحكم من القضاء، يستطيع طرف ان يرفع الامر إلى القضاء للحكم بفسخ العقد، وهنا يكون للقاضي سلطة تقديرية في الحكم بفسخ العقد من عدمه. وسوف نتناول فيما يلي أهم هذه الالتزامات المحمولة على المرخص (فقرة أولى) وعلى المستغل (فقرة ثانية) مع الملاحظة أنه يجوز للمتعاقدين أن يزيذا أو ينقصا من الالتزامات طالما أن ما اتفقا عليه لا يخالف النظام العام.

فقرة أولى : التزامات المرخص:

حددت معظم التشريعات التي كرس نظاما قانونيا لعقود الاستغلال تحت التسمية الأصلية نفس الالتزامات المحمولة على المرخص.

أ- الادلاء بمشروع العقد مع وثيقة تتضمن معطيات حول مالك التسمية الأصلية L'obligation pré-contractuelle:

اشترط الفصل 15 من قانون 69 لسنة 2009 على وجوب "الادلاء بمشروع عقد الاستغلال ووثيقة تتضمن معطيات حول مالك التسمية الأصلية وقطاع نشاطه، على الأقل عشرين يوما قبل توقيع العقد".

ضبط الفصل 3 من الأمر عدد 1501 لسنة 2010 التنصيصات الوجوبية بالوثيقة المصاحبة لعقد الاستغلال تحت التسمية الأصلية وحدد المعطيات حول مالك التسمية وقطاع نشاطه .

استوحى المشرع التونسي هذا الالتزام من القانون الفرنسي الصادر بتاريخ 1989/12/31²² والمتمم بالأمر المؤرخ في 4 أفريل 1991²³ والذي نص أن كل شخص يضع على ذمة شخص آخر ماركة تجارية أو تسمية، ملزم قبل إبرام عقد استغلال تحت تسمية أصلية بالإدلاء للمستغل بمشروع العقد مع وثيقة تتضمن بيانات أساسية لتحديد هوية صاحب التسمية، وصفا للأعمال التجارية الخاضعة للاستغلال، خصائص التسمية وهيكل وحجم شبكة الاستغلال، وضعية الشركة وتعريف قطاع نشاطها، وضعتها المادية كجملة من المعطيات الأخرى تفيد المستغل.

كما صدر بتونس الأمر عدد 1501 لسنة 2010 مؤرخ في 21 جوان 2010 تطبيقا للفصل 15 المشار إليه أعلاه، الذي كرس نفس الشروط وضبط المعطيات الدنيا المضمنة بالوثيقة لكي يحدد المستغل وأن يقرر بكل حرية وعلم ادماجه في شبكة مالك التسمية الأصلية. و إلا يعتبر العقد الممضى باطلا ويحق للمستغل مطالبة صاحب التسمية باسترجاع المقابل المالي المدفوع كغرم الضرر.

كما تم تكريس نفس الالتزام بالقانون الاسباني في الفصل 62-3 الذي حدد نفس المدة ونفس الشروط قبل التوقيع على أي عقد²⁴ لكنه أضاف معلومات أوسع عن شخص صاحب الامتياز نفسه وعن شبكة الاستغلال كمعطيات ومعلومات شاملة وكاملة على بنود العقد والشروط التعاقدية من تحديد حقوق والتزامات الطرفين ومدة العقد ، وشروط إنهاء الخدمة وعند الاقتضاء التجديد والتعويضات المالية ، والتعامل الحصري.

كما أن القانون الاسباني يتميز مقارنة بالقانون الفرنسي والتونسي بوجود التزام محمول على مالك التسمية والمتمثل في التسجيل على قائمة مالكي التسميات التجارية .

هذا المرسوم يؤكد بشكل لا لبس فيه على وجوب الحصول على التسجيل قبل بدء نشاط " نقل الاستغلال " بموجب المادة 8 من المرسوم، وينعكس هذا الالتزام أيضا على المستغلين الذين بدوا نشاطهم قبل نفاذ هذا النص، وعليهم تسوية وضعهم في بحر سنة واحدة من تاريخ اصداره.

²² Loi n°89-1008 du 31 décembre 1989 dite « Loi Doubin » relative au développement des entreprises commerciales et artisanales et à l'amélioration de leur environnement économique, juridique et social.

²³ Décret n°91-337 du 04 avril 1991 portant application de la loi « doubin ».

²⁴ Chapitre VI du titre III de la loi n°7/1996 du 15 janvier 1996 dite de réglementation du commerce de détail, chapitre intitulé " de l'activité commerciale en régime de franchise ", et composé du seul article 62.

ب- توفير المساندة التجارية والتقنية ونقل المعرفة الفنية:

يجب على مالك التسمية الأصلية والمتعهد بها أن يوفر للمستغل تحت التسمية الأصلية المساندة التجارية والتقنية وكل المعلومات حول شبكة الاستغلال خلال مدة العقد²⁵.

كما يتعهد مالك التسمية الأصلية بتوفير تكوين مجاني للمستغل قبل فتح المشروع وخلالها. يلتزم مالك التسمية بنقل المعرفة الفنية إلى المرخص له وتمكينه من الانتفاع بحقوق الملكية الصناعية من براءات اختراع وعلامات تجارية وأسرار صناعية وغيرها حسب ما يحدده العقد مع الملاحظة أن القانون التونسي يقتصر على العلامة والتسمية التجارية فقط.²⁶

ويتفرع عن هذا الالتزام الرئيسي، التزام المرخص بأن يسلم إلى المرخص له الوثائق الفنية التي تشكل السند المادي للمعارف التكنولوجية محل العقد مثل دراسات الجودة والتصميمات والرسومات الهندسية والصور وتعليمات التشغيل . وتبقى هذه الوثائق ملك للمرخص، وينبغي على المستغل إعادتها إليه عند انتهاء مدة العقد . وعلى المرخص تقديم الإعانة اللازمة للمستغل ليتمكن من تطبيق ما ذكر آنفا وفقا لشروط الترخيص.

وأحيانا يتضمن العقد شروطا تفرض على المرخص التزامات معينة بهدف تمكين المرخص له من الانتفاع بحقوق الملكية الصناعية على أفضل وجه. كأن يتضمن العقد مثلا التزام المرخص بتوريد المواد الأولية والخامات اللازمة لتصنيع المنتجات إلى المرخص له أو التزام المرخص بالدعاية والإعلان عن المنتجات أو تقديم المساعدة والخبرة الفنية للمرخص له في مجال التصنيع أو التسويق.

أما بالنسبة للقانون المصري، فتتص المادة 77 من قانون التجارة المصري الجديد رقم 17 لسنة 1999 أن مورد التكنولوجيا يلتزم بأن يقدم لمستورد التكنولوجيا المعلومات والبيانات وغيرها من الوثائق الفنية اللازمة لاستيعابها.

²⁵ الفصل 16 من قانون عدد 65 لسنة 2009 المتعلق بتجارة التوزيع

²⁶ MRABET (Z.) , « Les obligations des parties aux contrôles de franchise », infos juridique, n°104/105, Janvier 2011.

كذلك يلتزم بأن يقدم كل ما يطلبه المستورد من الخدمات الفنية اللازمة لتشغيل التكنولوجيا وعلى وجه الخصوص الخبرة والتدريب. كما يلتزم بأن يعلم المستورد بالتحسينات التي قد يدخلها على التكنولوجيا خلال مدة سريان العقد وأن ينقل هذه التحسينات إلى المستورد إذا طلب منه ذلك.²⁷

ووفقا للمادة 78 من القانون المذكور يلتزم المورد ، طوال مدة سريان العقد ، بأن يقدم للمستورد بناء على طلبه قطع الغيار التي ينتجها وتحتاجها الآلات أو الأجهزة التي تستعمل في تشغيل منشأته . وإذا كان المورد لا ينتج هذه القطع في منشأته، وجب عليه أن يعلم المستورد بمصادر الحصول عليها.²⁸

على أن استعمال المرخص له لحقوق الملكية الفكرية لا يمس حق المرخص في ملكيتها. فلا يقيد العقد حق المرخص في بيعها.

وفي حالة تصرف المرخص في حق من حقوق الملكية الفكرية موضوع العقد ، وانتقال الملكية إلى الغير كأثر لهذا التصرف ، يتعين على من آلت إليه الملكية احترام شروط العقد باعتباره خلفا خاصا للمرخص .

ج- الالتزام بالضمان

يتعهد مالك العلامة أو التسمية بعدم منافسة المستغل كما يتعهد بتوفيره حماية في نطاق الحدود الترابية المحددة بالعقد.

ويشكل الضمان واحدا من أهم الالتزامات التي تقع على عاتق المرخص وتتفاوت حدود الضمان وشروطه بحسب طبيعة العقد وموضوعه .

- يضمن المرخص عدم التعرض لحقوق المستغل: إذ يجب عليه تمكين المرخص له من الانتفاع بحقوق الملكية الفكرية موضوع العقد انتفاعا هادئا سواء كان هذا التعرض من المرخص نفسه أو من غيره. فيمتنع المرخص من القيام بأي عمل من شأنه أن يحول كليا أو جزئيا دون استعمال المرخص له لتلك الحقوق التي يحددها العقد.

²⁷قانون التجارة المصري الجديد رقم 17 لسنة 1999 المؤرخ في أكتوبر 1999 الفصل الأول - الباب الثاني منه (المواد من 72-87)

²⁸قانون التجارة المصري الجديد رقم 17 لسنة 1999 المؤرخ في أكتوبر 1999 الفصل الأول - الباب الثاني منه (المواد من 72-87)

ويجب على المرخص في حالة اعتداء الغير على البراءة أو العلامة أو غير ذلك من حقوق الملكية الفكرية التي يتضمنها العقد، كتقليد أو تزوير العلامة مثلاً، أن يبادر باتخاذ كافة الإجراءات القانونية لرفع هذا الاعتداء . وله في سبيل ذلك الحق في رفع دعوى التقليد وهذه الدعوى لا ترفع إلا من جانب المرخص مالك الحق ضد من اعتدى على هذا الحق بإحدى الصور التي ينص عليها القانون (29) . على أنه يشترط لرفع دعوى تقليد العلامة أن تكون العلامة مسجلة. فإذا كانت العلامة غير مسجلة فلا يكون أمام المرخص إلا رفع دعوى المنافسة غير المشروعة.

- كما يضمن المرخص الاستحقاق ، أي أنه الضامن بأنه صاحب الحق في ملكية البراءة أو العلامة أو غيرهما من حقوق الملكية الفكرية دون منازعة من أحد. كما أنه الضامن بأن البراءة أو العلامة ليست مقلده أو مزورة . فإذا كانت التكنولوجيا محل العقد تشمل في أحد عناصرها براءة اختراع لصالح الغير ، فإن المرخص له قد يكون عرضت للتبع بسبب تعديه على حقوق مالك البراءة . ولذلك يجب أن يتحرى قبل إبرام العقد للتأكد من حقوق المرخص في العلامة أو التسمية والمعارف الفنية محل العقد. إذا تعذر عليه ذلك يجب أن يضع في العقد كافة الضمانات الكفيلة بالحفاظ على حقه مثل الشروط الجزائية ، والحق في الفسخ والتعويضات وما إلى ذلك .
- يتعين على المرخص أن يدفع رسوم الصيانة السنوية التي قد تستحق على البراءة أو غيرها من حقوق الملكية الفكرية التي يشملها العقد من أجل المحافظة على حقوق المرخص له . كما يلتزم بأن يجدد تسجيل العلامة أو حقوق الملكية الفكرية التي تقبل بطبيعتها التجديد حتى تستمر الحماية القانونية لها ويتمكن المرخص له من استعمالها دون أن منازعة من أحد. ولا يجوز للمرخص خلال سريان عقد الترخيص إسقاط حقوق الملكية الفكرية التي يشملها العقد عن طريق شطبها إلا بموافقة المرخص له.

(29) تكون دعوى المنافسة غير المشروعة لا تقتصر الحق في رفعها على المرخص ، وإنما يجوز رفعها من جانب المرخص له وكل من أصابه ضرر من أعمال المنافسة غير المشروعة وضد كل شخص صدرت منه هذه الأعمال. وقد أوضحت محكمة النقض المصرية التفرقة بين دعوى التقليد ودعوى المنافسة غير المشروعة ، ففقت الحكم الاستثنائي الذي خلط بين الدعويين ، ورفضت دعوى المنافسة غير المشروعة لأنها لم ترفع من مالك العلامة. وقالت محكمة النقض ان " الحكم المطعون فيه إذ قرر ذلك يكون قد خالف القانون وأخطأ في تأويله، ذلك أنه خلط بين شروط قبول الدعوى المؤسسة على تقليد العلامة التجارية وبين شروط الدعوى المؤسسة على المنافسة غير المشروعة وتطلب لقبول الدعوى الأخيرة أن ترفع من مالك العلامة التجارية وعلى من قام بتقليدها مع أن هذا شرط لقبول الدعوى المؤسسة على تقليد العلامة التجارية ، على عكس الدعوى المؤسسة على المنافسة غير المشروعة، فإنها تكون مقبولة من كل من ناله ضرر بسببها وعلى كل من يشارك في إحداث هذا الضرر متى توافرت شروطها وهي الخطأ والضرر وقيام علاقة السببية بين الخطأ والضرر".

فقرة ثانية : التزامات المرخص له:

نص الفصل 17 من قانون 69 لسنة 2009 المشار إليه أعلاه أن: "على المستغل موافاة مالك التسمية الأصلية بالمعطيات المتعلقة بالبيوعات والوضع المالي وأن يرخص له أو لمفوضية الدخول للمحلات خلال الساعات الاعتيادية للعمل أو للفتح وذلك للتثبت من مدى احترامه للأساليب التجارية التي يتعين أن تكون موحدة في شبكة الاستغلال وفقا لما هو معتمد من قبل مالك التسمية الأصلية خاصة فيما يتعلق بتهيئة المحل وطرق التسيير والعرض والتسويق ومصادر التزود".

كما حدد الأمر عدد 1501 الالتزامات التي يفرضها عقد الاستغلال تحت التسمية الأصلية على المرخص له: (أ) الالتزام بالاستغلال (ب) دفع الإتاوة المتفق عليها (ج) - المحافظة على سرية المعارف الفنية

أ- الالتزام بالاستغلال

ينشئ عقد الاستغلال للمرخص له الحق في استغلال امتياز في الحدود التي يضعها العقد . ويعتبر الاستغلال حقا للمرخص له والتزاما عليه في ذات الوقت ، لأن المرخص يكون له مصلحة في الاستغلال على اعتبار أن المقابل الذي يتقاضاه من المرخص له يتوقف عادة على رقم الأعمال أو حجم إنتاج المشروع المرخص له بالاستغلال .

من الواضح أن إذا تضمن عقد الاستغلال براءة اختراع فإن لمالك هذه البراءة مصلحة مؤكدة في قيام المرخص له باستغلالها. فمعظم التشريعات تلزم مالك البراءة بالاستغلال وإلا تعرض لجزاء سحب الامتياز و ومنحه لغيره.

أما إذا تضمن العقد علامة تجارية فمن مصلحة مالك العلامة أن يقوم المرخص له باستعمالها حتى تزداد شهرة العلامة وترتفع قيمتها، فضلا على ذلك فإن ترك العلامة بدون استعمالها يعرض صاحبها لجزاء السقوط بسبب عدم الاستعمال .

ب- دفع الإتاوة المتفق عليها :

يلتزم المرخص له بأن يدفع الإتاوة المتفق عليها إلى المرخص. ويتوقف تحديد هذا المبلغ على عدة معايير. فالمرخص يضع في اعتباره مقدار المنفعة التي تعود على المرخص له. أما المرخص له فهو يقارن بين المبالغ التي سيدفعها للمرخص ومقدار ما سيعود إليه من نفع خلال فترة الاستغلال. ويمكن تقدير هذا المقابل بمبلغ محدد مسبقا يتم سداؤه على أقساط دورية ، أو على أساس نسبة مئوية من المبيعات أو الأرباح تدفع بصفة دورية ويتم تحديدها بحسب العادات والأعراف التجارية السائدة .

وقد يتخذ هذا المبلغ صورة الأجر أو الأتعاب في حالة تقديم خدمات ومساعدات فنية من المرخص أو تابعيه . ويقدر المقابل في هذه الحالة على أساس مبلغ معين لكل عمل من أعمال الإشراف أو التدريب أو الخدمات الفنية حسب قيمة الخدمة ومدتها. كما يجرى الجمع بين كل هذه الصور عند تحديد مقابل الانتفاع باستخدام البراءة أو العلامة .

ويتفق أحيانا طرفي العقد على حدود دنيا أو قصوى لهذا المبلغ بحيث لا يقل أو لا يتجاوز رقما معينا. ويعتبر هذا المبلغ مقابلا لاستخدام حقوق الملكية الفكرية والمعرفة الفنية محل العقد بالإضافة إلى الخدمات التي يقدمها المرخص أثناء تنفيذ العقد كالإشراف على الإنتاج واختبار صلاحية العينات ، والتدريب ، وأعمال الإعلان والدعاية .

ج- المحافظة على سرية المعارف الفنية:

يعد الالتزام بالمحافظة على السرية التزاما رئيسيا في عقود الاستغلال . ويعني هذا الالتزام عدم إفشاء أي عنصر من عناصر المعرفة الفنية التي يتلقاها المرخص له. ويحرص المرخص دائما على ضمان سرية المعارف الفنية محل العقد إذا ما تعاقد على نقلها إلى الغير.

ومن جانب آخر فإن مالك التسمية يلتزم بالمحافظة على سرية التحسينات التي يدخلها المستورد وينقلها إليه بموجب شروط العقد.³⁰

وقد تناول الفصل 2 من الأمر عدد 1501 لسنة 2010 التزام المرخص له باحترام سرية المعطيات التي يوفرها مالك التسمية.

كما أن المادة 83 من قانون التجارة المصري الجديد ينص على نفس الالتزام بالسرية فنصت على أنه :

1- "يلتزم المستورد بالمحافظة على سرية التكنولوجيا التي يحصل عليها وعلى سرية التحسينات التي تدخل عليها، ويسأل عن تعويض الضرر الذي ينشأ عن إفشاء هذه السرية سواء وقع ذلك في مرحلة التفاوض على إبرام العقد أو بعد ذلك .

2- وكذلك يلتزم المورد بالمحافظة على سرية التحسينات التي يدخلها المستورد وينقلها إليه بموجب شرط في العقد ، ويسأل المورد عن تعويض الضرر الذي ينشأ عن إفشاء هذه السرية".³¹

³⁰ MRABET (Z.), « Les obligations des parties aux contrôles de franchise », infos juridique, n°104/105, Janvier 2011.

³¹ قانون التجارة المصري الجديد رقم 17 لسنة 1999 المؤرخ في أكتوبر 1999 الفصل الأول - الباب الثاني منه (المواد من 72-87)

الخلاصة

أصبح المجال القانوني لعقود الاستغلال تحت التسمية الأصلية في تونس ملائم لهذه الأنشطة التي تحقق الربح والمردودية لصاحب التسمية ولمستغلها.

تعتبر هذه النوعية من المشاريع طريقة مثلى لتوزيع المنتج ويضمن ترويج نشاطه تحت تسميته الأصلية بأقل التكاليف والمخاطر.

يستفيد مستغل العلامة من القوة الشرائية لصاحب العلامة ويوفر التكوين والاطلاع والمعرفة خاصة في مجالات التسويق ويمكن المستهلك من منتجات وخدمات ذات جودة.

اذ ستجد عديد المؤسسات الأجنبية المناخ الملائم لتوسيع نشاطها في تونس و إبرام عقود استغلال مما سيساهم في مزيد دفع الاستثمار في بلادنا وإرساء ثقافة جديدة للمبادرة تركز على إحداث مواطن شغل مباشرة وغير مباشرة وخلق حركية اقتصادية وتجارية تساهم في تعزيز القدرة التنافسية لاقتصادنا الوطني.

ويعتبر نظام الاستغلال تحت التسمية الأصلية إطارا مشجعا لتطور التجارة الصغرى العصرية لا سيما أن هذا النمط يمكن من مجابهة منافسة المساحات الكبرى ويتميز بالنجاعة في مستوى التصرف والتسيير مع التركيز على جودة المنتجات والخدمات المسداة للمستهلك.

يبقى أن قانون 69 لسنة 2009 غير شامل وكامل باعتبار أنه لن يتطرق الا لعقود الاستغلال تحت التسمية الأصلية في مجال تجارة التوزيع في حين أن هناك مجالات أخرى مثل الصناعة والانتاج والتكنولوجيا لا تنقص أهمية من مجال التوزيع الذي خصه المشرع التونسي لهذه العقود.

ما من شك أن تعميم هذا النشاط ليشمل أكثر مجالات يمكن من توفير مناخ إقتصادي أكثر جلبا للمستثمرين والباعثين ويمكن من تحقيق دفعا أكبر للحركة الاقتصادية للبلاد.

المخطط

المقدمة

الباب الأول: مفهوم عقود الاستغلال تحت التسمية الأصلية:

المبحث الأول : تعريف عقود الاستغلال تحت التسمية الأصلية:

فقرة أولى: تعريف عقود الاستغلال وفقا للهيئات المتخصصة:

أ- تعريف الاتحاد الفرنسي "الفرانشيز"

ب- تعريف الاتحاد الدولي للفرانشيز

فقرة ثانية: تعريف عقود الاستغلال وفقا لفقهاء القضاء :

فقرة ثالثة: تعريف عقود الاستغلال فقها:

فقرة رابعة: تعريف عقود الاستغلال وفقا لبعض التشريعات :

المبحث الثاني: عقود الاستغلال تحت التسمية الأصلية وتمييزه عن بعض العقود الأخرى:

فقرة أولى: تمييز عقد الاستغلال تحت التسمية الأصلية عن عقد العمل:

فقرة ثانية: تمييز عقد الاستغلال عن عقد الشركة:

فقرة ثالثة: تمييز عقد الاستغلال عن عقد الوكالة التجارية:

الباب الثاني: النظام القانوني لعقود الاستغلال تحت التسمية الأصلية:

المبحث الأول : شروط تكوين عقد الاستغلال تحت التسمية الأصلية:

الفقرة الأولى: الشروط العامة:

- أ- التصريح بالرضاء:
- ب-: موضوع عقد الاستغلال:
- ج-: السبب في عقد الاستغلال:
- د- : الأهلية:

الفقرة الثانية: الشروط الخاصة:

- أ- الشروط الحصرية:
- ب-مدة العقد:

المبحث الثانى: التزامات طرفى العقد :

فقرة أولى : التزامات المرخص:

- أ- الادلاء بمشروع العقد مع وثيقة تتضمن معطيات حول مالك التسمية الأصلية
- L'obligation pré-contractuelle
- ب- توفير المساندة التجارية والتقنية ونقل المعرفة الفنية:
- ج- الالتزام بالضمان

فقرة ثانية : التزامات المرخص له:

- أ- الالتزام بالاستغلال
- ب - دفع الإتاوة المتفق عليها :
- ج - المحافظة على سرية المعارف الفنية:

الخلاصة

قائمة المراجع

1 - النصوص القانونية:

- قانون عدد 69 لسنة 2009 المؤرخ في 12 أوت 2009 يتعلق بتجارة التوزيع.
- أمر عدد 1050 لسنة 2010 المؤرخ في 22 جوان 2010 يتعلق بضبط الشروط الدنيا الواجب توفرها في العقد والمعطيات الدنيا المتضمنة بالوثيقة المصاحبة للعقد.
- قرار وزير التجارة والصناعات التقليدية مؤرخ في 28 جويلية 2010 منح من خلاله بعض عقود الاستغلال تحت التسمية الأصلية ترخيصا آليا من المنع العام للاتفاقات أو الممارسات المنصوص عليه بالفصل 5 من القانون المتعلق بضبط الشروط الدنيا الواجب توفرها في عقد الاستغلال تحت التسمية الأصلية والمعطيات الدنيا المضمنة بالوثيقة المصاحبة للعقد.

2- مقالات:

- MSEDDE WAFA, « La franchise en Tunisie : état des lieux », <http://www.tunisiefranchise.com/Articles-de-franchise>
- Mellouli (Ch.) et Respaud (J-L), « La loi n°2009-69 du 12 août 2009 relative au commerce de distribution : le nouveau droit tunisien de la distribution », http://www.lexcellis_avocats.fr/Articles-le-nouveau-droit-tunisien-de-la-franchise
- La franchise en dix question , <http://www.gouv.fr/informations/guide-com/franchise>
- MRABET (Z)., « Le contrat de franchise dans le cadre de la loi du 12 août 2009 », Infos Juridique n° 98/99 octobre 2010, p.19.
- Bettaieb (M-A), « la loi tunisienne sur la franchise », <http://karila.fr/spip.php?article705>.

- MRABET (Z.) , « Les obligations des parties aux contrôles de franchise », infos juridique, n°104/105, Janvier 2011.
- MRABET (Z.) , « Les comportements opportunistes du franchiseur : étude du droit civil et du droit international uniforme »,Revue juridique thémis 2011
- دكتور حسام الدين الصغير ، " ترخيص الملكية الفكرية ونقل التكنولوجيا"، ندوة المنظمة العالمية للملكية الفكرية بالتعاون مع وزارة التجارة والصناعة، مسقط في 23 و 24 مارس 2004.

الملاحق