

الهيئة الوطنية للمحامين

الفرع الجهوي بتونس



محاضرة ختم التمرين في مهنة المحاماة

الموضوع:

الحرفاء و الأصل التجاري

إعداد : الأستاذ توفيق الماجري

الأستاذ المؤطر

- الأستاذ ذاكر العلوي

الأستاذ المشرف على التمرين:

- الأستاذ بلقاسم الماجري

السنة القضائية 2010-2011

المفهرس

الجزء الأول: وجود الحرفاء شرط أساسي لوجود الأصل التجاري

قسم أول : نشأة الحرفاء.....

- فقرة أولى : ظهور الحرفاء.....
- فقرة ثانية : أهمية الحرفاء في تكوين الأصل التجاري.....

قسم ثاني : خصائص الحرفاء.....

- فقرة أولى : الخاصية الواقعية و الحقيقية للحرفاء.....
- فقرة ثانية : عنصر الحرفاء ليس العنصر الوحيد لتكوين الأصل التجاري.....

الجزء الثاني: مسألة ملكية الحرفاء:

قسم أول : علاقة عنصر الحرفاء بالتجارة المندمجة.....

- فقرة أولى: مفهوم التجارة المندمجة.....
- فقرة ثانية: ملكية الحرفاء في المراكز التجارية و اكتساب الأصل التجاري.....

قسم ثاني : دور الحرفاء في اكتساب الأصل التجاري ضمن التجارة الالكترونية

عقود الامتياز التجاري (عقود الفرنشيز).....

- فقرة أولى : دور الحرفاء في تكوين الاصل التجاري الالكتروني.....
- فقرة ثانية : عنصر الحرفاء و عقود الامتياز التجاري أو عقود الفرنشيز.....

الإهداء

أهدي هذا العمل و كل نجاح قد يأتي منه إلى
 الأستاذ بلقاسم الماجري الذي احتضنني في
 مكتبه ووفر لي جميع أسباب النجاح
 والمثابرة
 أتمنى أن أكون عند حسن ظنه.



كما أتوجه بالشكر الخاص إلى كافة أفراد عائلتي
 وكل زملائي و كل من ساعدني على إنجاز هذا العمل
 المتواضع.

مقدمة

لم تتضح فكرة الاصل التجاري بمفهومه الحديث إلا في أواخر القرن التاسع عشر، بحيث كان التاجر في ممارسته يستعين بمجموعة عناصر مادية و معنوية اثناء نشاطه في المحل. و لم تكن عبارة الاصل التجاري موجودة بالمفهوم الحديث بل كان يوجد مفهوم المحل التجاري الذي يقصد به المكان الذي تمارس فيه التجارة، و تعرض فيه السلع و يستقبل فيه الحرفاء.

لكن جوهر هذا النشاط كان يتمثل في الجهد الذي يبذله التاجر في القيام بعمله و كان هذا العمل المتقاني الذي يعطي القيمة لمجموعة العناصر الأخرى المساعدة في هذا النشاط التجاري ، فلم يكن يتصور آنذاك وجود مستقل للأصل التجاري، أو أن يكون منفصلا عن الشخص الذي يستغله.

فاتضح من ذلك أن ملكية المحل التجاري بهذا المفهوم مقصورة على العناصر المادية من بضائع ومهمات وعلى حق إيجار المكان فقط، فلم تكن فكرة الملكية المعنوية بارزة آنذاك، ولم يكن يتصور أن يتصرف التاجر في حق له إسمه الحرفاء أو السمعة التجارية أو الإسم التجاري، ولعلّ السبب في هذا يعود إلى كون انتقال ملكية المحل التجاري لم تكن تتم إلا بطريق الميراث وينتقل عندها بكلّ مقوماته دون حاجة إلى تحديد طبيعة عناصره، لهذا لم تبرز أهمية العناصر المعنوية.

غير أنه خلال القرن التاسع عشر، وبتوسع النشاط التجاري، وتبعاً لظهور الاختراعات الحديثة، وقيام المشروعات الصناعية والتجارية الكبرى، تجلت أهمية الأصل التجاري وأصبح موضوع صفقات عديدة، كما أصبح مشتري الأصل يركز على عنصر الحرفاء، معتبرا إياه عنصراً جوهرياً، وظهرت فكرة اشتراط مشتري الأصل التجاري على البائع الالتزام بعدم المنافسة والامتناع عن إنشاء تجارة مماثلة ، كما أصبح مشتري الأصل التجاري يبحث عن العناصر الأخرى التي تجعل الحرفاء يترددون على محل دون آخر، وأصبح يشترط انتقال هاته العناصر عند بيع الأصل التجاري كالاسم التجاري، العنوان، العلامات التجارية المميّزة.

وهي العناصر المعنوية التي تزيد من وزن الأصل التجاري وقيمه . فأصبح الأصل التجاري بهذا المفهوم شاملا لكلّ أو لمعظم عناصره المعنوية والمادية ، وكوّن بهاته العناصر مجتمعة حق ملكية معنوية للتاجر .

و الملاحظ أنّ هذه الفكرة القانونية التجريدية للأصل التجاري لم تبرز إلا بعد أن استقرت واتضحت أهمية العناصر المعنوية لا سيما عنصر الحرفاء، بعدما كانت النظرة إليه مادية بحتة لا تتعدى البضائع والمهمات.

و لذلك اعتبر بعض الفقهاء أنّ الفضل في ذلك يعود إلى التجار وليس لرجال القانون حيث ذهب بعض الفقهاء إلى أن "التجار هم الذين تصوّروا لأول مرة إمكان انتقال الأصل التجاري للغير بكلّ عناصره". ثم تطوّرت هذه الفكرة وما كان من المشرع سوى الاستجابة لتلك الفكرة المجردة المعنوية أكثر بحيث أصبح بالإمكان أن ترد على الأصل التجاري العديد من التصرفات. ذلك أنه بالإضافة إلى البيع يمكن رهنه، أو تقديمه كضمان للحصول على قرض أو كحصة في شركة، أو كراء استغلاله... الخ.

لكن و نظرا لزيادة أهمية الأصل التجاري ولكثرة العقود الواردة عليه ، استمرت هذه الفكرة في التشكيل والتطور، وأصبحت التشريعات تحاول دوما ملاحقة هذا التطور الاقتصادي والتجاري باحثه عن أحكام ونصوص جديدة لمسايرة هذا التطور.

إلا أن الفقهاء اختلفوا في تحديد الطبيعة القانونية للأصل التجاري، فقد تعددت النظريات التي قيلت في هذا الشأن غير أننا سنعرض لأبرزها . ونظراً لاستقرار الفقه الحديث على نظرية أو فكرة الملكية المعنوية فإننا نكتفي بإعطاء لمحة موجزة عن النظريات السابقة.

فنظرية المجموع القانوني هي ما يعبر عنها أيضا بنظرية الذمة المستقلة، حيث يرى أصحاب هذه النظرية أنّ الأصل التجاري هو عبارة عن وحدة قائمة بذاتها مستقلة عن كلّ العناصر المكوّنة لها، ولهذا فإنّ الأصل التجاري يتمتع بذمة مالية مستقلة عن ذمة التاجر، غير أنّ الإشكال يثور في كون الأصل التجاري ليست له شخصية معنوية لنعترف له باستقلالية ذمته المالية عن ذمة صاحبه . وخلص أصحاب هذا الاتجاه إلى أنه بالرغم من عدم اكتساب الاصل التجاري للشخصية المعنوية، إلا أنّ التاجر يخصص جزءاً من ذمته المالية لتسيير الأصل، وهي مجموع الحقوق والديون الناشئة عن تسييره.

غير أنّ هذا الاتجاه انتقد باعتبار أنه لا فائدة ترجى من الاعتراف للأصل التجاري بالشخصية المعنوية، كما أنّ أغلب التشريعات تستبعد فكرة تخصيص الذمة، منها المشرع الفرنسي والمصري، والجزائري فاتضح تبعا لذلك قصور هذه النظرية، وكان لا بدّ من البحث عن بديل لها، فكانت نظرية المجموع الواقعي.

هذه النظرية (نظرية المجموع الواقعي) جعلت من الأصل التجاري بمثابة مجموع واقعي من الأموال تجتمع مع مختلف العناصر الأخرى قصد تحقيق واستغلال نشاط تجاري، دون أن يُعترف لهذا المجموع بالشخصية المعنوية ولا باستقلال الذمة. ويترتب عن هذه النظرية أن يكون لهذا المجموع الواقعي طبيعة خاصة تميّزه عن بقية العناصر المكوّنة للأصل التجاري، ويعتبر بذلك بمثابة المنقول المعنوي. غير أنّ هذه النظرية واجهت انتقادا لعدم تقبل الفقه والقضاء لمصطلح المجموع الواقعي، بحيث إنه لا يعبر أيّ معنى قانوني، فمتى وُجد تجمع أو مجموع للأموال وجب أن يكون قانونيا، ويترتب عن ذلك آثار هامة، منها الاعتراف له بالشخصية المعنوية، وهو الشيء الذي لم يُعترف به للأصل التجاري.

أما فيما يتعلق بنظرية الملكية المعنوية فقد استقرّ الفقه الحديث على اعتبار الأصل التجاري ملكية معنوية، متفاديا بذلك نظريتي المجموع القانوني، والمجموع الواقعي، وهذا نظرا لعدم تماشي النظريتين مع طبيعة الأصل التجاري، فأهم ما يميّز حق التاجر على محلّه هو أنّ هذا الحق يردّ على شيء غير مادي مستقل و متميّز عن بقية العناصر المكوّنة له. وإنّ محلّ هذا الحق هو الحرفاء والعمل على زيادة عددهم.

ويقصد بالملكية المعنوية للأصل التجاري أنّ التاجر قد ألّف بين العناصر المادية والمعنوية التي كوّنّت في مجموعها وحدة متميّزة عن عناصرها تسمّى الأصل، تسمح باجتذاب الحرفاء والاحتفاظ بهم وتوقّع ازديادهم. فمضمون الملكية المعنوية للمحل التجاري هو الاتصال بالحرفاء، تنشأ متى وجد الحرفاء وتزول متى انصرفوا عنه.

وللملكية المعنوية للأصل التجاري جانب إيجابي وجانب سلبي، فالجانب الإيجابي يتمثل في حق التاجر في مزاولة النشاط التجاري وفي منافسة غيره من أجل تحسين وتطوير المنتج والخدمات، ومن أجل جذب الحرفاء؛ بشرط أن تكون المنافسة مشروعة ونظيفة.

أمّا الجانب السلبي فيتمثل في التأكيد على أنّ ملكية الأصل التجاري لا تشمل احتكار التاجر للحرفاء، فالتاجر يتحمل نتائج وثمار المنافسة المشروعة ويتحمل أيضا ما قد ينجم عن ترك الحرفاء للمحل والتردد على محل آخر منافس.

إلا أن هذه أغلب التشريعات اختلفت في وضع تعريف لمفهوم الاصل التجاري فذهبت بعض القوانين إلى وضع تعريف له كالقانون المغربي الذي عرف الأصل التجاري على أنه " مال منقول معنوي يشمل جميع الاموال المنقولة المخصصة لممارسة نشاط تجاري او عدة أنشطة تجارية"¹. لكن و خلافا للمشرع المغربي لم يعرف المشرع التونسي هذا المصطلح و ذلك لغاية عدم حصر الاصل التجاري في ممارسة النشاط التجاري ، و استبعاد بقية الأنشطة الاقتصادية الأخرى. و قد اهتم المشرع التونسي بالأصل التجاري ضمن الفصل 189 و ما بعده من المجلة التجارية و اوضح في نفس الفصل انه تتدرج في محتويات الاصل التجاري الاشياء المنقولة المخصصة لممارسة التجارة و ان الاصل التجاري يشمل وجوبا الحرفاء و السمعة التجارية. كما يشمل ايضا عنوان المحل و الاسم التجاري و الحق في الاجارة و المعدات و الآلات و السلع و براءات الاختراع... و هو تعريف للأصل التجاري حسب مكوناته الواقعية و تعدادها صلب المجلة التجارية. كما وقع تنظيمه بقانون عدد 37 لسنة 1977 المؤرخ في 27 ماي 1977 المتعلق بالأكريّة التجارية.. و الذي نص في فصله الاول على أن أحكام هذا القانون تنطبق على عقود تسويق العقارات و المحلات التي يستغل بها ملك تجاري طيلة عامين متتاليين على الاقل سواء كان على ملك تاجر او صاحب صناعة او صاحب حرفة.

و بذلك لم يجعل المشرع تعريفا للأصل التجاري بل حصر مفهومه في مكوناته المادية و المعنوية الواقعية تعدادها صلب الفصل 189 من المجلة التجارية. و هو ما استقر عليه كذلك فقه قضاء محكمة التعقيب من اعتبار أن الأصل التجاري من المنقولات و أنه يتكون من عناصر معنوية تتمثل أساسا في الحرفاء و السمعة التجارية و في جميع الاشياء اللازمة لاستغلال الاصل التجاري و العلاقة و براءات الاختراع و الأشكال و النماذج و حقوق الملكية الادبية و الفنية².

¹ الفصل 79 من مدونة التجارة المغربية .

² قرار تعقيبي مدني عدد 13517 مؤرخ في 1985/10/24.

فذهب المشرع التونسي صلب الفصل 189 من المجلة التجارية إلى التصييص على وجود تآلف بين هاته العناصر وتجمّعها بنشوء وميلاد الأصل التجاري , أوجب تكوين الاصل التجاري بضرورة وجود عنصري الحرفاء و السمعة التجارية.

و بذلك يتضح أن الأصل التجاري يقوم أصلا على العنصر الجوهري ألا وهو الحرفاء، وأنّ هذا الأخير تتجلى أهميته في مدى رواج و وزن الأصل التجاري، ويقدر بقيمة ما يُحدثه اسم هذا الاصل من صدى، كما تظهر أهميته أيضا عند بيع الأصل التجاري في تقدير قيمته ، وفي إصرار وتمسك المشتري بالمحافظة على هذا العنصر وفي إلزام البائع بعدم إنشاء تجارة مماثلة، فلا يُتصوّر إذن التنازل عن أصل تجاري دون تسليم موضوعه ألا وهو عنصر الحرفاء وضمان البائع بعدم منافسة المشتري وحتّى في الحالة التي لا يكون فيها الالتزام بعدم المنافسة عقديا، فإنّ القانون قد منح مشتري الأصل الحق في رفع دعوى المنافسة غير المشروعة متى كان الاعتداء على أصله التجاري أو على عنصر من عناصره.

و لذلك فإننا سنتطرق ضمن هذه المحاضرة إلى تبيان عنصر الحرفاء و أهميته في تكوين الأصل التجاري (جزء 1) رغم ما شهدته هذا العنصر من تطور في مستوى الأنشطة مما جعل منه موضوع حق للملكية (جزء 2).

الجزء الأول: وجود الحرفاء شرط أساسي لوجود الأصل التجاري.

لقد اهتم المشرع التونسي بعنصر الحرفاء و جعل منه عنصرا جوهريا و اساسيا لتكوين الاصل التجاري و ذلك ضمن الفصل 189 من المجلة التجارية الذي نص على أن " الأصل التجاري يشمل وجوبا الحرفاء و السمعة التجارية ". فعنصر الحرفاء هو عنصر معنوي يفوق بأهميته بقية العناصر المادية الأخرى نظرا لأن المشرع ربط وجود الأصل التجاري بوجوده. فسواء كانت أسباب تواجد الحرفاء بالمحل مرتبطة بشخص التاجر كأمانيته و إخلاصة و تربيته لرغبات حرفائه أو لأسباب أخرى مرتبطة مثلا بالموقع المتميز للنشاط التجاري ، فإن عنصر الحرفاء يمثل جوهر كل نشاط و طموح كل تاجر و هو الأمر الذي جعل من أغلب التشريعات إيلائه كل هاته العناية.

لكن قد تطرح جملة من الإشكالات القانونية رغم وضوح عنصر الحرفاء تتعلق خاصة بالحيز الزمني الذي يعتمد لاعتبار ظهور عنصر الحرفاء من عدمه.

حيث ذهب بعض الفقهاء إلى اعتبار أن الاصل التجاري يتكون من تاريخ فتحه للعموم و استقبال أول حريف و ذهب البعض الآخر إلى تفضيل وجود رقم معاملات و مبادلات تجارية لدى التاجر حتى يمكن الحديث عن استقرار الحرفاء بالمحل . إلا أن ذلك لم يمنع من طرح فكرة إسناد فترة زمنية معقولة بعد ممارسة النشاط التجاري يخولها القانون للتاجر حتى يمكنه التمسك بتكوين الأصل التجاري بعد إنشائه لحرفاء خاصيين به.

و أمام هذا الإختلاف كان لا بد من تحديد زمن نشأة الحرفاء (القسم الأول) قبل التطرق إلى خصائص هذا العنصر حتى يعتبر من أهم عناصر الاصل التجاري (القسم الثاني).

القسم الأول: نشأة الحرفاء:

تقدر قيمة الأصل التجاري بمدى أو بحجم تردد الحرفاء عليه، فكلما زاد عدد الحرفاء كلما ارتفعت قيمة الأصل التجاري وزادت شهرته، والعكس صحيح. فكلما نقص عدد الحرفاء كلما انخفض رقم أعمال المحل وتراجعت أرباحه، وتراجعت تبعاً لذلك قيمة الأصل التجاري، فعنصر الحرفاء كما يراه غالبية الفقه، هو روح الأصل التجاري وقلبه النابض، لدرجة أن أصبح هذا العنصر مرادفاً لكلمة أصل تجاري. كما يؤكد هذا الاتجاه الفقيه "ريبير"، الذي يرى بأن الأصل التجاري ذاته ليس إلا عنصر الحرفاء وأن العناصر الأخرى تعدّ ثانوية، لأنها مجرد وسائل لتحقيق الغرض الرئيسي ألا وهو الحرفاء.

فعنصر الحرفاء هو العنصر الوحيد المشترك في الأصل التجاري، مهما اختلفت صور النشاط التجاري، وهو ما أكدته أيضاً محكمة التعقيب الفرنسية بقولها "إن عنصر الحرفاء هو عنصر ضروري وكافٍ للقول بوجود أصل تجاري فلا يهم إن كان هو العنصر الأوّل والوحيد، أو كان عنصراً من مجموع عناصر يتكوّن منها الأصل التجاري، المهم هو أنه لا يخلو أبداً أي أصل من هذا العنصر الهام".

و لذلك اهتم المشرع التونسي بالأصل التجاري ضمن المجلة التجارية و ضمن القانون عدد 37 لسنة 1977 المؤرخ في 1977/5/27 و المتعلق بتنظيم العلاقات بين المسوغين و المتسوغين فيما يخص تجديد كراء العقارات أو المحلات ذات الاستعمال التجاري أو الصناعي أو المعدة للحرف. حيث نص في الفصل الأول من القانون المذكور أنه "تتطبق أحكام هذا القانون على عقود تسويغ العقارات و المحلات التي يستغل بها ملك تجاري طيلة عامين متتاليين على الأقل..." ، فحدد بذلك ضمن هذا الفصل المدة التي بموجب يقع اكتساب الاصل التجاري في إطار استغلال نشاط تجاري.

لذلك فإن دور الحرفاء في تكوين الأصل التجاري لا يتضح إلا من خلال ظهور هذا العنصر (فقرة أولى) بمحل تجاري المدة القانونية و هو ما يعني أن غياب عنصر الحرفاء

أو إندثاره يؤدي حتما إلى تفكك الأصل التجاري و انعدامه قانونيا و واقعا (فقرة ثانية).

الفقرة الأولى: ظهور الحرفاء

رغم تعدد النظريات الفقهية المتعلقة بظهور الأصل التجاري (1) فإن نظرية استغلال الأصل التجاري هي النظرية الوحيدة التي بموجبها يمكن تحديد تاريخ ظهور عنصر الحرفاء (2)

1. النظريات المتعلقة بظهور الأصل التجاري.

ظهرت عدة نظريات قانونية مختلفة حول التاريخ الذي يمكن اعتماده لتحديد زمن وجود عنصر الحرفاء من عدمه. لذلك طرحت عدة أسئلة حول هذا الموضوع الغاية منها مزيد الدقة في تبيان الزمن الذي يكتسب فيه التاجر أصلا تجاريا في المحل الذي يزاول فيه نشاطه ، من ذلك هل أن الحرفاء يظهرون مع تسجيل التاجر لنشاطه بالسجل التجاري، أو أن التاريخ المعتمد هو تاريخ الحصول على الرخصة الإدارية لبداية النشاط عندما تكون هذه الرخصة وجوبية لممارسة هذا النشاط ، أو من تاريخ فتح المحل للعموم ، أو كذلك من تاريخ معاينة وجود رقم معاملات يساهم في حسن مردودية النشاط.؟؟؟

و جوابا على هذه الأسئلة ذهب العميد Didier إلى اعتبار أن الأصل التجاري يظهر منذ تاريخ تأسيس النشاط التجاري و هو موقف تعرض إلى النقد من قبل العديد من الفقهاء لعدم وجاهته إذ اعتبروا أن وجود كل وسائل استغلال النشاط التجاري لا تعني ضرورة ظهور عنصر الحرفاء.

كما ظهرت تبعا لذلك نظريتان أساسيتان متناقضتان تخصان نفس الطرح . أما النظرية الأولى و هي ما يعرف بنظرية "فتح المحل" (théorie de l'ouverture) و من أنصار هذه النظرية الفقهاء DERRUPPE وFLOCH وJAUFFRET وWEIL الذين استقروا على اعتبار أن الأصل التجاري يتكون منذ تاريخ فتحه للعموم ، أي من التاريخ الذي يبدأ فيه المحل باستقبال الحرفاء و قيام هؤلاء بشراء حاجياتهم . لذلك اعتبر أنصار هذه النظرية أن الحرفاء يظهرون و يعتمد تاريخ ظهورهم مع فتح النشاط للعموم و ابتداء استقبال أول حريف من قبل التاجر.

أما النظرية الثانية و هي المتعلقة "باستغلال الأصل التجاري" (théorie de l'exploitation) و التي من مناصريها الفقهاء COHEN, COLLOMB و MALAUZAT فقد بين هؤلاء الفقهاء أنه طالما لا يوجد معاملات جديّة لدى التاجر (mouvement d'affaires) مع حرفائه الذين يرتادون المحل فإنه لا يمكن الحديث عن وجود عنصر الحرفاء الذي يبقى ضعيفا و افتراضيا و لا يمكن بموجبه أن يتكون أصل تجاري.

2. اعتماد نظرية "استغلال" الأصل التجاري

إن هذه النظرية تعتبر الأنسب فيما يتعلق بتحديد تاريخ ظهور عنصر الحرفاء . فهذه النظرية أكثر بساطة من النظريات السابقة و تسمح للتجار و رجال القانون و غيرهم بتحديد تاريخ ظهور الحرفاء بكل دقة و وضوح.

و قد اعتمد المشرع التونسي هذه النظرية كما نص على ذلك صلب الفصل الأول من قانون الأكرية التجارية عدد 37 لسنة 1977 المؤرخ في 1977/5/27 حيث جعل من مدة استغلال المحل عامين متتاليين و هي فترة كافية لظهور الحرفاء و ارتيادهم على المحل التجاري.

و هو نص صريح العبارة و الدلالة لا يحتمل أي تأويل ضرورة أن كل من يتمسك بتكوين أصل تجاري بمحل لا بد أن يثبت و أنه استغل به نشاطا تجاريا أو صناعيا أو حرفيا مدة سنتين متتاليتين³.

إلا أن هذه النظرية و رغم ما تمتاز به من ايجابيات إلا أنها و من الناحية الاقتصادية تكاد تكون غير مبررة باعتبارها تربط وجود الحرفاء بمدة استغلال معينة قد لا تكون كافية لتحقيق أي عملية تجارية.

فالأصل التجاري قد يكون مفتوحا للعموم دون أن يكون أي حريف يرتاده أو يقوم بالترود منه

لذلك فإن الحرفاء لا بد أن يكونوا منسجمين مع الممارسات التجارية الحديثة ، كما أن ما يتمسك به بعض الفقهاء من كون التاجر لا بد أن يحقق رقم معاملات تجارية لإمكانية تقدير

³ قرار تعقيبي مدني عدد 2328 مؤرخ في 2006/02/09 : " يتكون الاصل التجاري بممارسة نشاط تجاري بنحل لمدة تزيد عن سنتين و هي من الأمور الواقعية التي يمكن إثباتها بجميع الوسائل ..."

وجود الحرفاء، فإن هذا الموقف قد يكون منسجما أكثر مع التجارة الالكترونية كما سيقع بيانه في الجزء الثاني من هذه المحاضرة.

و بذلك يبدو أن المشرع التونسي شأنه شأن المشرع الفرنسي⁴ قد اعتمد هذه النظرية التي تحدد مدة الاستغلال لإبراز أهمية عنصر الحرفاء في تكوين الأصل التجاري.

الفقرة الثانية: أهمية الحرفاء في تكوين الأصل التجاري

لئن جعل المشرع التونسي من عنصر الحرفاء أهم عنصر وجوبي مكون للأصل التجاري إلا أنه لم يبين العدد الأدنى للحرفاء لاعتمادهم كعنصر من عناصر الأصل التجاري (1) رغم أن غياب هذا العنصر يؤدي ضرورة إلى إضمحلال الأصل التجاري و اندثاره (2).

1 . عدم الاهتمام الكمي بعدد الحرفاء

بالرجوع إلى المجلة التجارية التونسية و خصوصا الفصل 189 منها يتضح أن المشرع لم يقيم ببيان مفهوم الحرفاء كما سبق بسطه كما لم يقيم بتحديد العدد الأدنى المتوفر لوجود أصل تجاري . و لم يطرح الأمر أمام القضاء و هو ما دفعنا إلى البحث في فقه القضاء الفرنسي الذي توسع في تحديد عدد الحرفاء الذين بظهورهم المدة القانونية يمكن للتاجر أن يتمسك بحقه في الملك التجاري . فقد ذهبت محكمة التعقيب الفرنسية في أحد قراراتها إلى أن الأصل التجاري قد لا يتضمن في واقع الأمر سوى حريف واحد و وحيد⁵ كما ذهبت نفس المحكمة إلى اعتبار أن ستة عشر حريفا يعتبر عددا كافي لتكوين عنصر الحرفاء⁶. و كنتيجة لذلك فإن حجم الحرفاء ليس له أثر في بيان وجود الأصل التجاري من عدمه رغم أن له تأثيرا في تحديد قيمة الأصل عند بيعه أو رهنه أو كرائه. و بذلك فإن ندرة عدد الحرفاء او قلتهم بالأصل التجاري ليس لها أي تأثير على وجود الأصل التجاري.

⁴ لقد حدد المشرع الفرنسي مدة الاستغلال للمحلات المعدة للأنشطة التجارية بثلاث سنوات خلافا للقانون التونسي.

⁵ Cassation 3 ème civile, 7/12/1965, Bull civ III p 565.

⁶ Cassation 3 ème civ, 05/6/1970, D 1970, J,p 673.

2 . اندثار الحرفاء و أثره على الأصل التجاري

لئن كان ظهور الحرفاء شرطا جوهريا لتكوين الاصل التجاري ، فإن فقدان التاجر لحرفائه يعني ضرورة انتهاء نشاطه و فقدانه لملكه التجاري. لذلك فإن كل تاجر يسعى من خلال معاملته مع حرفائه إلى ضمان فإن بقاءهم و صيرورتهم و ذلك من خلال حسن استغلالهم و توفير ما يستحقونه ضمن محلهم السعي للمحافظة على سمعته التجارية . فعندما ينقطع التاجر أو مالك الأصل التجاري عن استغلال نشاطه فهو لا يخسر فحسب حرفاءه و إنما كذلك أصله التجاري و هو ما يحرمه ملكه التجاري.

و قد استقر فقه القضاء على اعتبار أن انقطاع التاجر عن ممارسة نشاطه التجاري لمدة معينة يسقط معه حق المطالبة بغرامة الحرمان كما اعتبر فقه القضاء الفرنسي أن العلاقة بين وجود الحرفاء و استغلال الاصل التجاري هي علاقة وثيقة و وطيدة و ذهبت إلى اعتبار أن الحرفاء ينتهي وجودهم ابتداء من تاريخ غلق المحل⁷ أما فيما يتعلق بالغلق المؤقت فقد عرف فقه القضاء الفرنسي تباينا حول مدة الغلق لمعرفة مدى بقاء الحرفاء من عدمه فكانت المدة التي بموجبها يمكن معرفة مدى بقاء الحرفاء من تشتتهم متراوحة بين سنة إلى أربع سنوات⁸

و نتيجة لهذا الاختلاف في فقه القضاء فقد اقترح الفقيه BOCCARA أن تكون هناك مدة زمنية دقيقة بعد غلق الأصل التجاري بتجاوزها لا بد من اعتبار انتهاء الحرفاء⁹ أما الفقيه DERRUPE فقد اعتبر بان هاته المدة الزمنية لتحديد بقاء الحرفاء من اندثارهم لا بد أن تكون تحكيمية¹⁰.

لكن و لتفادي هذا التآرجح و هذا الاختلاف يبدو لي أن تحديد المدة الزمنية المذكورة لا بد أن تكون حسب طبيعة النشاط sectorielle و هي طريقة غير جديدة على الأصل التجاري باعتبار أن تقدير قيمة الاصل التجاري تكون حسب طبيعة النشاط.

⁷ Cass 1 ère civ, 10/10/1979 RTd com 1980, p 83 note J. DERRUPPE.

⁸ Tribunal civil de Sarreguemines, 23/01/1951 RTd com 1952 , p 305 note A.JAUFFRET.

⁹ B. BOCCARRA, JCP EdG 1982, II, n°19888.

¹⁰ J.DERRUPE « clientele et achalandage », Melange SAVATIER.

إن أهمية الحرفاء كعنصر معنوي للأصل التجاري هو الوحيد الذي بموجبه يتم تحديد مالك الأصل التجاري ، دون اعتبار عنصر السمعة التجارية ، و لذلك فإن هذا العنصر لا بد أن تتوفر فيه جملة من الشروط و الخصائص حتى تكون للحرفاء ذلك الدور .

القسم الثاني: خصائص الحرفاء

رغم استقرار الفقه و فقه القضاء على اعتبار أن الحرفاء لا بد أن يكونوا "واقعيين" و "حقيقيين" لتكوين الأصل التجاري و رفض الطبيعة الافتراضية لهم (فقرة أولى) ، فإن المشرع و رغم تأكيده على الحرفاء كعنصر أساسي لتكوين الأصل التجاري لم يستثن بقية العناصر المادية و المعنوية الأخرى (فقرة ثانية) .

الفقرة الأولى: الخاصية الواقعية و الحقيقية للحرفاء

قبل التطرق إلى خصائص الحرفاء (2) لا بد من التفريق بين مفهومي الحرفاء و السمعة التجارية (1) .

1 . التمييز بين الحرفاء و السمعة التجارية

لقد نص الفصل 189 من المجلة التجارية على أن الأصل التجاري يتكون وجوبا من الحرفاء و السمعة و التجارية.

بحيث يتضح من خلال هذا الفصل أن هناك عنصرين معنويين أساسيين و وجوبيين لتكوين الأصل التجاري و هو ما يجعل من عنصر الحرفاء مختلفا اختلافا جذريا عن السمعة التجارية و إلا لكان المشرع اقتصر في الذكر على أحد العنصرين دون ذكر الآخر.

بالرجوع إلى القانون الفرنسي الذي كان مصدرا للتشريع بالنسبة للقانون التونسي يتضح أن المشرع الفرنسي في قانون 1909/03/17 لم يستعمل عبارة الحرفاء مستقلة و إنما ربط بينها و بين عبارة السمعة التجارية " الحرفاء و السمعة التجارية" . و هو ما كان محل نقد من قبل بعض الفقهاء أمثال Ripert, Roblot, Germain الذين اعتبروا أن لا فائدة من ذكر العبارتين لأن لهما نفس المعنى و أن المشرع بذلك يكون قد وقع في التكرار¹¹.

¹¹ كما ذهب في نفس الإتجاه كل من الأستاذين Hamel et JAUFFRET.

أما الفقيهين Escarra, Lyon Caen فقد لاحظا بأنه لا بد من التمييز بين عبارة الحرفاء و عبارة السمعة التجارية ضرورة أن الحرفاء " هم مجموعة الأشخاص الذين يشترون البضاعة استنادا إلى مميزات شخصية التاجر " المتمثلة في الثقة و الصدق و النصيحة و الكفاءة. أما السمعة التجارية فإنه يقصد بها " مجموعة الأشخاص الذين يشترون البضاعة استنادا إلى موقع الاصل التجاري " الذي يوجد عادة بالقرب من مقراتهم أو في الأماكن التجارية بالأساس.

فيتضح تبعا لذلك بأن السمعة التجارية مرتبطة بالعناصر الموضوعية لموقع المحل أو النشاط التجاري في حين أن للحرفاء ارتباطا بالعناصر الذاتية لنشاط التاجر. كما ميز الفقيه Guyon بين الحرفاء "المقيدين" و هم الحرفاء المرتبطين مع التاجر بموجب عقد شراء contrat d'approvisionnement و الحرفاء " المستقطين " و هم الحرفاء الذين يتوجهون إلى التاجر بموجب الخصال التي يمتاز بها.

و قد ذهب الفقيه Rotondi إلى البحث في مفهوم عنصر السمعة التجارية فاعتبر أن السمعة التجارية هي "القدرة على جذب الحرفاء و الحفاظ عليهم قبل التعامل معهم"¹² و قد خلص في دراسته إلى أن الحرفاء هم في نهاية المطاف نتيجة و أثر للسمعة التجارية و لا يمكن اعتبارها عنصرا من عناصر الأصل التجاري.

و لذلك يمكن القول أن التمييز بين الحرفاء و السمعة التجارية هو تمييز وقتي و أنه و كما ذكر الفقيه DERRUPE فإن "الحرفاء يتكونون بفضل السمعة التجارية و هاته الأخيرة تدوم بفضل الحرفاء"¹³. فالحريف هو شخص تعامل مع تاجر أو مؤسسة و دفع ثمنا مقابل تلك الخدمة أو المعاملة ، أما السمعة التجارية فهي لا تمثل سوى فرضية وجود حرفاء و ليس حجم الحرفاء الذين يبتاعون بضائعهم من الأصل التجاري.

2. شروط الحرفاء كعنصر للأصل التجاري

ROTONDI, « la nature juridique de l'achalandage » AN droit com , p 137. ¹²
J.DERRUPPE. op cite. ¹³

رغم صعوبة التمييز بين عنصرى الحرفاء و السمعة التجارية ، إلا أن آثار التمييز تبقى لها أهميتها . فتحديد الفرق بين العنصرين يبقى جوهريا لتحديد وجود الأصل التجاري من عدمه. و قد ذهب فقه القضاء الفرنسي في قرار عن محكمة استئناف باريس صادر في 1978/6/06 أن " الحرفاء عنصر أساسي للأصل التجاري لا يمكن للسمعة التجارية أن تعوضه".

كما اعتبرت محكمة التعقيب الفرنسية في قرارها المؤرخ في 1990/12/12 أن "جلب بعض الأفراد لمحل استنادا إلى موقعه الجغرافي لا يتكون بموجبه عنصر الحرفاء". و أن الحرفاء لا بد أن يكونوا حقيقيين و واقعيين و ليسوا حرفاء فرضيين¹⁴.

فالحرفاء الحقيقيين هم الحرفاء الذين يرتادون المحل التجاري و يشترون بضائع بمقابل و مرتبطين بالمحل و هم بصفتهم تلك يعتبرون واقعيين في التعاملات التجارية التي تجمعهم بالتاجر .

فالشخص الذي يتوسغ محلا معدا لنشاط تجاري لا يمكن أن يتمسك بتكوينه لأصل تجاري طالما لم يفتح هذا المحل للحرفاء .

كما استقر فقه القضاء على اعتبار أن الحرفاء لا بد أن يكونوا شخصيين للتاجر و خاصين به (personnel et propre). إلا أن هذا الشرط يكاد يكون مستحيلا فلا يعقل أن يفرض التاجر على حرفائه ضرورة التعامل معه دون سواه الأمر الذي يتنافى مع مبدأ حرية المعاملات التجارية.

و قد تطرح عدة إشكاليات تتعلق بملكية الحرفاء خاصة فيما يتعلق بالأنشطة التجارية الممارسة ضمن محلات كبرى أو كذلك في إطار عقود الفرنشيز و هو موضوع تطرقنا له بالنظر في الجزء الثاني من هذا العمل.

الفقرة الثانية: عنصر الحرفاء ليس العنصر الوحيد لتكوين الأصل التجاري

لئن اعتبر المشرع عنصر الحرفاء و السمعة التجارية أهم عنصرين لتكوين الأصل التجاري فإنه لم يبلغ بقية العناصر المادية و المعنوية بل نص عليها و اعتبرها من العناصر المكونة للأصل التجاري و ذلك صلب الفصل 189 من المجلة التجارية خاصة و أن النظرية التي

¹⁴ Cass com 12/12/1990 , GAZ, PAL1990, 2 , p413.

اعتمدت عنصر الحرفاء كجوهر للأصل التجاري قد عرفت عدة انتقادات (1) و هو ما ساهم في الاغلتجاء إلى نظرية العنصر الداعم للحرفاء (2).

1 . النقد الموجه لنظرية الحرفاء كعنصر جوهري من عناصر الأصل التجاري

لقد استقر الفقه و فقه القضاء على اعتبار ان عنصر الحرفاء هو العنصر الجوهري للأصل التجاري ذلك من خلال قرار محكمة التعقيب الفرنسية المؤرخ في 15/02/1937 الذي اعتبر أن عنصر الحرفاء هو العنصر الجوهري و الأساسي للحرفاء و أنه بغياب هذا العنصر لا يتكون الأصل التجاري ، و هو تكريس للنظرية التي تعبر عنصر الحرفاء جوهريا في الأصل التجاري.

إلا أنه و رغم وضوح فقه القضاء الفرنسي و التونسي في هذا المجال و التأكيد على الطبيعة الجوهرية لعنصر الحرفاء كعنصر أساسي لوجود الأصل التجاري فإن ذلك لم يمنع من وجود اختلاف فقهي وصل احيانا على حد التناقض.

فقد ذهب الفقيه CORDONIER إلى أن قرار محكمة التعقيب الفرنسية المشار عليه أعلاه هو "تأكيد على الدور الجوهري للحرفاء دون العناصر الأخرى للأصل التجاري"¹⁵. إلا أن البعض الآخر انتقد هذا القرار من خلال قانون 17/3/1909. فقد اعتبر الفقيهين RIPERT ROBLOT أن الأصل التجاري هو في واقع الأمر حق الحرفاء. هذا التوجه كان من أنصاره الفقيه JEANTIN الذي اعتبر أن الحرفاء ليسوا عنصرا مثل باقي عناصر الأصل التجاري و إنما هو روح الأصل التجاري و جوهره.¹⁶

فعنصر الحرفاء بالنسبة لهاته النظرية هو وسيلة اثبات لوجود الأصل التجاري. هذا النقد الذي وجه لعنصر الحرفاء كعنصر جوهري ساهم في تأثر فقه القضاء الفرنسي و في تغيير توجهه نحو الجانب الاقتصادي أكثر من الجانب القانوني ليطم الأخذ بعين الاعتبار كل التغيرات الاقتصادية التي حلت بالنظام الاقتصادي للدول ليطم ادماج الحرفاء ضمن الأصل التجاري و يتم التخلي عن الطبيعة الأساسية لهذا العنصر، و ليقع الأخذ بعين الاعتبار بباقي العناصر المادية و المعنوية للأصل التجاري و اعتبارها معيارا لتحقيق ملكية الحرفاء.

¹⁵ Il a considéré cet arrêt comme étant une « affirmation solennelle du caractère essentiel de la clientèle parmi les autres éléments du fonds ».

¹⁶ M.JEANTIN, Juris classeur, fascicule 1060, n°3 et suivants.

2 .الالتجاء إلى نظرية " العنصر الداعم للحرفاء "

إذا أخذنا بعين الاعتبار أن عنصر الحرفاء هو أهم عنصر في الأصل التجاري فإنه في واقع الأمر لا يعدو أن يكون مجرد عنصر من باقي العناصر و أن هذا العنصر لوحد لا يكون الاصل التجاري. فلا بد أن يكون عنصر الحرفاء مرفوقا وجوبا بعنصر آخر و هو ما تم اعتباره العنصر المساند للحرفاء. فتحديد العنصر الداعم و المساند للحرفاء هو الوسيلة لاكتساب الملكية التجارية و التمتع بملكية الأصل التجاري. و لذلك حصر المشرع التونسي عناصر الأصل التجاري و جعل من بينها عنصر الحرفاء . فلا يمكن للتاجر أن يكون مالكا لأصل تجاري بعدة عناصر أخرى دون عنصر الحرفاء كما لا يمكنه أن يكون مالكا لأصل تجاري بعنصر وحيد وهو الحرفاء. فهاته العناصر تكمل بعضها بعضا.

إلا أن الفقيه COLLOMB اعتبر أن هذا العنصر المساند لعنصر الحرفاء قد لا يكون ناجعا في بيان عناصر الأصل التجاري كما أنه ليس بالأمر السهل ليتم تحديد ذلك العنصر المساند على وجه الدقة¹⁷. فهذا الترابط الوثيق بين الحرفاء و الأصل التجاري دون بقية العناصر يطرح اسئلة مختلفة، فهل أن هذا الارتباط ناتج عن موقع المحل أم عن جودة المنتج أم عن حرفية التاجر؟؟؟.

تجدد الإشارة إلى أن هناك علاقة وثيقة بين عنصر الحرفاء و بعض العناصر الأخرى المكونة للأصل التجاري و أنه و ليتم تبعا لذلك تحديد العنصر المساند للحرفاء فلا بد من تقييم خاص لكل أصل تجاري خاصة و أن ما يجلب الحرفاء هو إما الموقع الجغرافي بالنسبة للحرفاء العابرين أو النوع و الإسم بالنسبة للحرفاء القارين و الدائمين.

الجزء الثاني: مسألة ملكية الحرفاء

لقد اتضح لنا من خلال القسم الأول أن الأصل التجاري لا يمكن أن يتكون من دون وجود الحرفاء و أن هؤلاء الحرفاء لا بد أن يكونوا منتمين إلى التاجر مستغل المحل . هذا يعني أن الحرفاء لا بد أن يكونوا شخصيين أو خاصين " clientèle personnelle ou propre " . لذلك فإنه و لتحقيق وجود حرفاء خاصين لا بد أن يكون هؤلاء الحرفاء " مستقلين " و ينتمون إلى الأصل التجاري. ذلك أن أهمية الأصل التجاري تستمد من خلال هذا العنصر فقيمة الأصل الحقيقية قد ترتفع أو تنخفض بالرجوع إلى عنصر الحرفاء .

إلا أنه و رغم وضوح مسألة ملكية الحرفاء فإنه قد تطرح جملة من الفرضيات و التساؤلات المتعلقة أولاً بالأنشطة التجارية الممارسة داخل المساحات التجارية الكبرى حيث نجد حرفاء منضوين داخل تكتل لمحلات تجارية أكبر (القسم الأول) كما سنتعرض إلى ممارسة جديدة دخيلة على القانون التجاري و هي المتعلقة بعقود الامتياز التجاري و التجارة الالكترونية و أثرها على وجود الحرفاء و ملكية الأصل التجاري (القسم الثاني) .

القسم الأول : علاقة عنصر الحرفاء بالتجارة المندمجة

لم يتعرض المشرع التونسي إلى مسألة التجارة المندمجة في المساحات التجارية الكبرى و بقي الأمر مفتوحاً للإجتهد القضائي الذي حسم في الأمر و اعتبر أنه لا مجال للتمسك بالملك التجاري من قبل التجار الممارسين لنشاطهم ضمن المساحات التجارية الكبرى)

فقرة ثانية) بعد أن تم إصدار قانون يهتم بهتم بتجارة التوزيع و بين
فقرة أولى)

الفقرة الأولى: مفهوم التجارة المندمجة

لقد عرف المشرع التونسي تجارة التوزيع على أنها " كل نشاط يمارس على وجه الاحتراف يتعلق بشراء منتجات قصد إعادة بيعها على حالتها بالجملة أو بالتفصيل".¹⁸ كما ميز هذا القانون بين تاجر التوزيع بالجملة و تاجر التوزيع بالتفصيل فاعتبر أن تاجر التوزيع بالجملة هو كل تاجر يقوم بشراء منتجات أو سلع بالجملة لدى منتجين محليين أو عن طريق التوريد و ذلك قصد إعادة بيعها بالجملة طبقا للعرف المهني. أما تاجر التفصيل فهو كل تاجر يضع على ذمة العموم و يبيع لهم المنتجات و السلع التي اشتراها من تاجر التوزيع بالجملة أو من المنتج أو عن طريق التوريد و ذلك طبقا للعرف المهني".

هذا الاهتمام بتجارة التوزيع جاء ضمن القانون الجديد بعد أن تغافل المشرع التونسي عن تنظيم هذا القطاع متأثرا بذلك بالتشريع الفرنسي الخاص بالتجارة المندمجة ضمن قانون 1909/3/17 و كذلك ضمن أمر 1953/9/30 .

فقد طرح مشكل علاقة التجار الموزعين بالحرفاء في فرنسا في الثمانينات حيث اعتبر مالكو المحلات المسوغة للتجار الموزعين أن الحرفاء المتواجدين بالمحل هم حرفاء يرجعون بالملكية للشركة الأم و يستندون في ذلك إلى قانون Cordelet الذي لم يتعرض إلى هذه المسألة و رفضوا تبعا لذلك تجديد التسويغ للتجار الموزعين و المندمجين دون أدنى غرامة حرمان .

و قد ساندتهم في ذلك فقه القضاء الفرنسي حيث أقرت محكمة الاستئناف بمونبيلي هذا التوجه من خلال قرارها المؤرخ في 19/01/1962 ، فرفضت طلب تجديد التسويغ لتاجر موزع و مندمج اعتبارا إلى أن هذا التاجر لا يملك الحرفاء الذين كانوا يترددون على المحل ضرورة أنه كان يستغل العلامة التجارية المستعملة للشركة التي يتعامل معها.¹⁹ كما ذهب فقه القضاء الفرنسي إلى أن التاجر الموزع أو التاجر المندمج لا يمكنه أن يتمسك بحق

¹⁸ الفصل الأول من القانون عدد 69 لسنة 2009 المؤرخ في 12/08/2009 و المتعلق بتجارة التوزيع.
¹⁹ 19/01/1962, D, 1963, J p 173.

تجديد التسويغ باعتباره ليس مالكا لأصل تجاري إضافة إلى أنه لا يتمتع باستقلالية في التصرف في الأصل التجاري خاصة و أن الحرفاء الذين يترددون عليه لا تتوفر فيهم شروط الخصوصية و الاستقلالية²⁰.

إلا أن الإشكال لا يطرح بالنسبة إلى تجار التوزيع بالتفصيل أو بالجملة طالما أنهم يمارسون نشاطا تجاريا طبقا للفصل 2 من المجلة التجارية و يتمتعون باستقلالية في هذه الأنشطة و خصوصية في الحرفاء و لكن الأمر يتعلق بملكية الحرفاء بالنسبة للمراكز التجارية²¹.

الفقرة الثانية: ملكية الحرفاء في المراكز التجارية و اكتساب الأصل التجاري

لقد نص الفصل الأول من قانون الأكرية التجارية أن هذا القانون ينطبق على عقود تسويغ العقارات و المحلات التي يستغل بها ملك تجاري طيلة عامين متتاليين. لذلك فإن كل تاجر يستغل نشاطا تجاريا لا يمكنه التمسك بملكية الأصل التجاري إلا إذا كان نشاطه ضمن محل معد للغرض.

و لقد عرف فقه القضاء الفرنسي مفهوم المحل المعد لممارسة النشاط التجاري على أنه " موقع يجب أن يكون ملاصقا للأرض تمارس فيه التجارة بصفة متتالية المدة القانونية المعينة"²².

إلا أن المشرع التونسي و رغم تعريفه للمراكز التجارية فإنه لم يبين مدى تملك المحلات المتواجدة بداخله بأصل تجاري أم أن هذه المحلات تبقى خاضعة للأصل التجاري التابع للمركز التجاري.

لقد طرح هذا الموقف أمام فقه القضاء التونسي فيما يتعلق بملكية صاحب نشاط تجاري للأكلات الشرقية داخل فضاء ترفيهي للأصل تجاري ، فاعتبرت محكمة التعقيب أن هذا النشاط يبقى خاضعا للأصل التجاري الشامل المتمثل في الفضاء الترفيهي اعتبارا لعدم اكتسابه لحرفاء خاصين به²³.

²⁰ Tribunal de grande instance d'Evry en date du 09/12/1993 Gaz Pal 1994 , 1, j, p 207.

²¹ لقد عرف الفصل 10 من قانون تجارة التوزيع المركز التجاري على أنه "كل فضاء أو بناية ذات طابق واحد أو عدة طوابق مهيأة و تتكون من عدة محلات مستقلة مخصصة لترويج منتجات متنوعة و إسداء خدمات".

²² Cass. Civ. 3^{ème}, 24 fév. 1976, JCP 1976, II, 18427, note B. BOCCARA

²³ "إن استغلال نشاط تجاري متمثل في تقديم الأكلات الشرقية بمحل كائن داخل فضاء ترفيهي، إنما لا يستقيم معه القول إن هذا النشاط قد امتسب حرفاء خاصين به ، طالما أن هؤلاء هم حرفاء للأصل التجاري الشامل المتمثل في الفضاء الترفيهي" قرار تعقيبي مدني عدد 10108 مؤرخ في 2007/10/02.

و بذلك يبدو أن محكمة التعقيب قد حسمت الأمر في خصوص المحلات المتواجدة داخل محل معد كمركز تجاري طالما أن المركز التجاري له أصل تجاري و أن المحلات المتواجدة بداخله إنما تعتبر تابعة للأصل التجاري الشامل.

أما في فرنسا و بعد أن شهد هذا الموقف تذبذبا في الفقه القضاء إلا أن محكمة التعقيب حسمت الأمر و اعتبرت أن التجار الذين يمارسون أنشطة تجارية بمحلات متواجدة داخل المراكز التجارية يمكن أن تكتسبوا الأصل التجاري إذا ثبت أن له حرفاء خاصين و مختلفين عن حرفاء المركز التجاري²⁴. و هو أمر صعب الغثبات بل يكاد يكون مستحيلا خاصة إذا اتضح أن هذه المحلات لا تتمتع باستقلالية في التصرف و المعاملات اعتبارا إلى أن ساعات العمل محددة من قبل إدارة المركز هذا علاوة على أن هذه الإدارة هي من يهتم و ينظم طرق الإشهار و سبل وضع العلامات الإشهارية داخل المركز التجاري. كما أن الإدارة قد تطالب اصحاب المحلات بدفع اقساط فواتير الكهرباء و الماء و هو ما يجعل من استقلالية النشاط منعومة هذا علاوة على انعدام استقلالية الحرفاء²⁵.

هذه الإشكاليات المتعلقة بالحرفاء ضمن المراكز التجارية تبقى أقل أهمية من المسائل التي تطرح في تحديد علاقة الحرفاء في عقود الإمتياز التجاري و التجارة الالكترونية.

القسم الثاني: دور الحرفاء في تكوين الأصل التجاري ضمن التجارة الالكترونية و عقود الامتياز التجاري

إن أحد أهم استخدامات الانترنت اليوم هو عالم التجارة. فبإمكاننا اليوم شراء الصحف و الكتب و المجالات و الحصول على استشارات في مختلف قطاعات الأعمال و شراء كل شيء من أدوات الزراعة و المأكولات و معدات الاتصالات المتطورة عن طريق الأنترنت²⁶ و بذلك فقد أصبحت شبكة الأنترنت بمواقعها الالكترونية وسيلة للبيع و الشراء و التجارة بصفة عامة مما يستدعي دراسة أهمية الحرفاء المتعاملين عبر شبكة الأنترنت في اعتبار الموقع الالكتروني أصلا تجاريا بالمعنى القانوني للكلمة (فقرة أولى)

Cass. Civ. 3^{ème}, 19 mars 2003, D 2003, 973, obs. Y. ROUGUET 24

²⁵ هذا الموقف قد يلقي انتقادا من طرف العديد من رجال القانون و لكن طالما أن الأمر لم يحسم من قبل الدوائر المجتمعة لمحكمة التعقيب يبقى الاجتهاد مفتوحا.

²⁶ مقال للرئيس الأمريكي بيل كلنتون اثناء مؤتمر حول التجارة العالمية عقد في واشنطن سنة 1996.

هذا علاوة على أثر الحرفاء في وجود الأصل التجاري بالنسبة للأنشطة التجارية الممارسة ضمن ما يعرف بعقود الامتياز التجاري (فقرة ثانية).

فقرة أولى: دور الحرفاء في تكوين الأصل التجاري الإلكتروني

تعد ظاهرة التجارة الإلكترونية عبر شبكات الإنترنت (E-Commerce)، وما تتطوي عليه من تطبيقات، ظاهرة حديثة كانت بداياتها في أوائل التسعينيات من القرن الماضي. وقد ظهرت عدة تعريفات يحاول كل منها أن يصف ويحدد طبيعة هذه التجارة الإلكترونية وما يتعلق بها من ممارسات وأنشطة. ويرجع تعدد هذه التعريفات إلى أن تطبيقات التجارة الإلكترونية تشتمل على عدة مكونات أساسية لا بد من توفرها لتنفيذ عمليات التجارة الإلكترونية، مثل استخدام الحواسب الآلية وتقنية الاتصالات ونظم المعلومات والبرمجيات وغيرها. ومفهوم التجارة الإلكترونية بعامة يندرج تحت مفهوم أوسع يسمى بالاقتصاد الرقمي (économie numérique) حيث يشمل هذا الاقتصاد التجارة الإلكترونية والقطاعات المنتجة والمستخدمة لتقنية المعلومات، وأجهزة الاتصالات، وقطاعات خدمات الاتصالات. لذلك لا بد من تعريف التجارة الإلكترونية (1) حتى يتسنى لنا البحث في ما يعرف بالاصول التجارية الإلكترونية و دور الحرفاء في ذلك (2)

1. مفهوم التجارة الإلكترونية:

ومن تعريفات التجارة الإلكترونية المتداولة في أدبيات هذه الظاهرة أنها " ممارسة تجارة السلع والخدمات بمساعدة أدوات الاتصال وغيرها من الوسائل ذات العلاقة بالاتصالات". ويعرفها آخرون بأنها " إتمام أي عملية تجارية عبر شبكات الحاسب الآلي الوسيطة" والتي تتضمن تحويل أو نقل ملكية أو حقوق استخدام السلع والخدمات؛ حيث تعقد العملية التجارية ضمن آلية إلكترونية معينة مثل عملية البيع والشراء، وتتحقق العملية عندما يتم الاتفاق بين الطرفين أي البائع والمشتري على نقل ملكية أو حق استخدام السلع أو الخدمات عبر شبكات الحاسب الآلي الوسيطة، وتعد الموافقة الإلكترونية أو الرضاء بين البائع والمشتري على عقد عملية البيع أو الشراء عنصرا أساسا في تحديد مفهوم التجارة الإلكترونية. لذلك فإن العمليات المجانية مثل تحميل البرامج المجانية المتاحة في الإنترنت تستثنى من مفهوم التجارة الإلكترونية.

وهناك من يعرف التجارة الإلكترونية وفقاً لمكوناتها أو الأطراف المشاركة فيها، فمن وجهة نظر خبراء الاتصالات تمثل التجارة الإلكترونية وسيلة من أجل إيصال المعلومات أو الخدمات أو المنتجات عبر خطوط الهاتف أو عبر الشبكات العنكبوتية أو عبر أي وسيلة تقنية.

أما من وجهة نظر أصحاب الأعمال التجارية فهي عملية تطبيق التقنية من أجل جعل المعاملات التجارية تسير بصورة تلقائية وسريعة، في حين أنها من جانب الخدمات تعرف بأنها أداة من أجل تلبية رغبات الشركات والمستهلكين والمدراء في خفض تكلفة الخدمة والرفع من كفاءتها والعمل على تسريع إيصال الخدمة. و أخيراً يصفها خبراء الإنترنت بأنها التجارة التي تفتح المجال من أجل بيع وشراء المنتجات والخدمات والمعلومات عبر الإنترنت.

و لقد عرف المشرع التونسي التجارة الإلكترونية ضمن الفصل 2 من القانون عدد 83 لسنة 2000 المؤرخ في 09/08/2000 و المتعلق بالمبادلات و التجارة الإلكترونية على أنها " العمليات التجارية التي تمارس من خلال المبادلات التجارية" و أن هاته المبادلات التجارية هي "التي تتم باستعمال الوثائق الإلكترونية" .

إلا أن المشرع التونسي و رغم تعريفه لمصطلح التجارة الإلكترونية لم يتعرض إلى دور الموقع الإلكتروني في ممارسة التجارة و في جلب الحرفاء كما لم ينص على مدى اعتبار الموقع الإلكتروني التجاري إن كان أصلاً تجارياً خاصة و أن هناك توجهها يناهز باعتبار هكذا موقعا أصلاً تجارياً إلكترونياً.

2. الحرفاء و الأصل التجاري الإلكتروني

إن للقطاع التجاري دور هام في خلق الثروات و تثمين المنتج و دفع التشغيل و التصدير مما يساهم في تحقيق التنمية الاقتصادية، وهو يحقق ما يفوق الـ 10 بالمئة من مواطن الشغل و يساهم بحوالي 10 بالمئة من الناتج الداخلي الخام.

و بذلك تم ضبط استراتيجية تشريعية للنهوض بالقطاع التجاري عموما و للرفع من مستوى المبادلات التجارية الالكترونية خصوصا لتبلغ نسبة مساهمة التجارة الالكترونية إلى 2 بالمائة مع موفى عام 2011 من إجمالي المبادلات التجارية للبلاد التونسية مع الخارج بعد أن كانت لا تتجاوز نسبة 0.05 بالمائة عام 2006²⁷.

فبارتفاع نسبة المبادلات التجارية يرتفع عدد المواقع الالكترونية الخاصة بالتجارة و هو ما جعل من المشرع التونسي يهتم بمسألة البيع و الشراء و تنظيمها صلب قانون التجارة الالكترونية إلا أن هذا القانون لم يتعرض إلى مصطلح الأصل التجاري الالكتروني.

فالأصل التجاري الالكتروني قد يكون امتدادا لأصل تجاري واقعي و هو يساهم في مزيد توفير الحرفاء عبر الأنترنت ، لكن و عند بيع الأصل التجاري الاصلي هلب يقع بيع الموقع الالكتروني الخاص بنفس الانشاط أم أن الموقع مستقل عن الاصل التجاري؟
بمعنى هل أن الموقع الالكتروني له حرفاء خاصين به خارجين عن حرفاء الاصل التجاري الأصلي؟ و هل أن الموقع الالكتروني من عناصر الاصل التجاري أم أنه أصل تجاري مستقل بذاته؟

لم يتعرض المشرع التونسي إلى هذه الفرضيات كما لم يتطرق فقه القضاء إلى هذه الإشكاليات لحداتها.

إن الموقع الالكتروني يهتم بعرض المنتج و تحديد الطلبات و استقبال الأموال خاصة و أنه يمكن إحالته أو بيعه²⁸ و هو ما يدفع إلى التساؤل عن طبيعته القانونية .
فالموقع الالكتروني يستغل جملة من البرمجيات الالكترونية الغاية منها تسريع التبادل التجاري مع حرفاء يرتادونه و يبحرون عبره ، رغم أن هؤلاء الحرفاء لا يشبهون الحرفاء العاديين في النشاط التجاري الذي يقتضي المواجهة و العرض و الطلب و هو أمر قد يفضي إلى إشكالات قانونية خاصة و أنه ليس كل من يتفحص الموقع الإلكتروني يكون حريفا بالضرورة.

من وجهة نظري الخاصة أعتبر أن الموقع الالكتروني الخاص بالتجارة و المبادلات التجارية يعتبر أصلا تجاريا رغم اختلافه عن الأصل التجاري العادي لاختلاف عناصره و مكوناته

Alarabiaforex.com²⁷

²⁸ «IL faut prendre en garde en fait que si l'on cède un site internet, ou même peut être seulement un nom de domaine, on risque de céder un fonds commercial » , Huet .J « la problématique juridique du commerce électronique » RJ Com , p.17

المنصوص عليها صلب الفصل 189 من المجلة التجارية و هو ما يستدعي إدخال تنقيح على القانون التجاري التونسي لمواكبة هذا التطور .

لكن الإشكالات القانونية تبقى عالقة إلى حين تدخل المشرع أو إلى حين الحسم فيها من قبل محكمة التعقيب و ذلك فيما يتعلق بالتجارة الالكترونية و عقود الاستغلال تحت التسمية الأصلية.

فقرة ثانية: عنصر الحرفاء و عقود الفرانشيز (le franchisage)

لقد أدى التحول في الفكر الاقتصادي والتجاري في النصف الثاني من القرن العشرين، إلى ظهور العديد من المفاهيم والأفكار الجديدة والتي كان من أهمها ضرورة تفعيل مبدأ حرية التجارة والصناعة، وتشجيع روح المنافسة فيما بين المؤسسات التجارية المختلفة، بما يدفع عجلة النشاط الاقتصادي ويساعد الدول المختلفة على اللحاق بركب التقدم، وقد تزامن هذا مع ظهور العديد من المصطلحات الجديدة كالنظام الاقتصادي العالمي الجديد، والعولمة وغيرهما، والحقيقة التي لا مرأى فيها أن هذا التطور لا زال ينمو أكثر خاصة مع ما يروج له بظهور شبكات الأعمال العالمية أو ما يسمى le réseau des affaires internationales، والتي بالضرورة وبالتحديد لا بد أن تقوم على سياسة تأخذ في أقصى اعتباراتها نمطاً لإدارة عالمية، تعمل تحت ظروف منافسة عالمية متصاعدة بشكل متنام واسع الانتشار في محيط سياسي واقتصادي وتنظيمي وقانوني متنوع ومتعدد.

وقد ساهمت التكنولوجيات الحديثة بقسط وافر في نشوء هذه الظاهرة، وكان لهذا التقدم والتطور التكنولوجي السريع تأثيره على ازدياد حركة التجارة الوطنية و الدولية ، مما أدى إلى ظهور ما يعرف بعقود الامتياز التجاري أو الفرانشيز (1) التي عرفت جدلاً فقهيًا على مستوى القانون التجاري و خصوصاً فيما يتعلق بمآل الحرفاء أو الاصل التجاري الذي وقع تكوينه و مدى أحقية المرخص له في هذا الملك (2) .

1/ مفهوم عقد الاستغلال تحت التسمية الأصلية *contrat de franchise*

يمثل عقد الاستغلال تحت التسمية الأصلية أو عقد الامتياز التجاري إحدى الآليات التي يتحقق من خلالها تكامل المشروعات المختلفة، ووسيلة من الوسائل التي تلجأ إليها الشركات الكبرى لغزو أسواق جديدة واستغلال الإمكانيات الاقتصادية لهذه الأسواق .

فنظام الامتياز يقوم بصفة عامة على وجود نشاط اقتصادي ناجح، سواء في مجال الإنتاج السلعي أو الخدمات، ويرغب صاحبه المرخص (franchiseur) في التوسع والانتشار دون أن يستثمر أمواله الخاصة في إنشاء وحدات جديدة مملوكة له، ومن ثم يعرض هذا النشاط للبيع على مستثمر آخر مرخص له (Franchisé)، بحيث يحصل المشتري على حق استخدام الاسم التجاري للمانح، وطرق التشغيل، والإدارة ومواصفات الخدمة، والآلات اللازمة، كما يحصل على التدريب الضروري له ولمساعدته والمساعدة المستمرة من المانح طوال فترة التعاقد.

كما يتحمل المرخص له كل الأعباء الاستثمارية اللازمة لإنشاء الوحدة أو الوحدات المتعاقد عليها مع المرخص، وفي مقابل كل ذلك يدفع مبلغاً من المال يتفق عليه للحصول على الانضمام لشبكة الامتياز، كما يسدد نسبة من الدخل الإجمالي سنوياً إلى المانح كمقابل لخدمات المساندة والمساعدة الإدارية وأنشطة التسويق، وبالتالي فإن هذا العقد يمثل أحد عقود التوزيع الشاملة أو المتكاملة، les contrats d'integration التي يتم من خلالها تقاضى المخاوف المرتبطة بالتوزيع بالنسبة للمنتج، من خلال احتكار توزيع سلعة تحمل علامات تجارية أو خدمية معينة في منطقة جغرافية محددة، وفي مقابل أن يفقد كل من طرفي العقد جزءاً من حريته التعاقدية يؤمن انتظام نشاطه التجاري من خلال واحد أو أكثر من المرخص لهم أعضاء الشبكة التي يمثل المانح محورها.

وبهذه الصيغة المبتكرة يستفيد الطرفان "المرخص" الذي يحقق الانتشار والازدهار لنشاطه دون استثمار مباشر منه، واستمرار ملكيته للاسم التجاري وحصوله على عائد مالي، و"المرخص له" من خلال بدء مشروع ثبت تجربته، خاصة في السوق ومستفيداً من التواجد الدائم والقريب للمرخص، بما يقلل من الأعباء التمويلية والمخاطر التسويقية التي يمكن أن يواجهها في حالة قيامه بمشروع جديد منفرداً.

وقد لاقى هذا الشكل الجديد من عقود التوزيع نجاحاً منقطع النظير في الولايات المتحدة

الأمريكية مهد نشأته، ثم انتقل إلى أوروبا التي وجدت فيه نموذجاً سحرياً للنجاح، وكانت فرنسا من أوليات الدول التي استقبلته ووجدت فيه مغريات متعددة لمحترفي النشاط التجاري، من خلال نجاحه في التوفيق بين طموحات صغار التجار في الاستقلال القانوني، وبين متطلبات التوزيع الشامل، وبالإضافة إلى ذلك فقد وجد فيه المستهلكون ضالته حيث يقدم الامتياز ضماناً لتماثل المنتجات أو الخدمات المقدمة تحت اسم وعلامة مشتركة ومعروفة.

إلا أن الامتياز التجاري كمصطلح ومفهوم قانوني لم يظهر في البلاد التونسية إلا مع بداية التسعينات، خاصة مع التحول في النظام الاقتصادي الذي أصبح يأخذ بفلسفة الحرية الاقتصادية، و يشجع على نظام السوق، إضافة إلى السعي في خصوصية القطاع العام، وأصبح الدافع للنشاط الاقتصادي هو حافز الربح لا غير، وهو ما أعطى الفرصة لانتشار الامتياز التجاري تحت أسماء وعلامات تجارية معروفة عالمياً وفي جميع المجالات.

وبالرغم مما سبق فإن الانتشار الواسع للامتياز التجاري في تونس لم يقابله التنظيم القانوني الملائم لمثل هذه النوعية الحديثة من الاتفاقات، فلم يفرد له المشرع التونسي تنظيماً قانونياً خاصاً له، ولعل ذلك يرجع إلى عدم وجود سوابق قضائية تستدعي وضع التنظيم التشريعي لها، أو أن أغلب النزاعات لها طابع أجنبي دولي بالنظر إلى أطرافها وأماكن مؤسساتهم، وعادة ما يفضل هؤلاء الأطراف تحرير عقودهم من الخضوع لأحكام القانون الوطني للدولة التي يمارسون فيها النشاط، على أن يتفقوا فيما بينهم على إخضاع أي نزاع ينشأ فيما بينهم للتحكيم.

وبالرغم من أن هناك عدد لا بأس به من الشركات في تونس (مرخص لها) تمتلك حق الامتياز التجاري لعلامات مثل Celio و Zara و Levis و Carrefour و Bricorama وغيرها.

إلا أنها لم تكن خاضعة لآطار قانوني ينظم نشاط الفرنشيز (Franchise) بصفة واضحة قبل إصدار القانون عدد 69 لسنة 2009 المؤرخ في 2009/08/12 و المتعلق بتجارة التوزيع.

فقد جاء هذا القانون بعد طول انتظار نظرا لعدة إشكاليات ظلت عالقة ، ذلك أن القانون يمنع على المرخص له تحويل رسوم الماركات الأجنبية إلى الخارج لأنه يعتبر ذلك من قبيل تهريب رؤوس الأموال، و هو ما جعل من المستثمر التونسي يواجه صعوبات في التعامل مع شركائه الأجانب، والعكس صحيح.

لكن و بعد صدور القانون المشار إليه أعلاه تناول المشرع التونسي جل جوانب تجارة التوزيع بما فيها تجارة الفرنشيز أو ما سماه المشرع التونسي " عقود الاستغلال تحت التسمية الاصلية" و قد عرف هذا النوع من العقود على أنه " عقد يمنح بمقتضاه صاحب تسمية أو علامة تجارية حق استغلالها لشخص طبيعي يسمى المستغل تحت التسمية الأصلية قصد قيامه بتوزيع منتجات أو إهداء خدمات لقاء مقابل مالي.

و يشمل حق استغلال التسمية الاصلية نقل الخبرات المكتسبة و المهارات الفنية و استغلال حقوق الملكية الفكرية.

و يقصد بشبكة الاستغلال تحت التسمية الاصلية مجموع محلات مستقلة تعمل تحت علامة واحدة و وفق أساليب تجارية موحدة خاصة تهيئة المحلات و طرق التسيير و العرض و التسويق و مصادر التزود".

إن دخول هذا القانون حيز التنفيذ يعنبر تطورا قانونيا جلب عدة فوائد للميدان التجاري فهو أول تشريع تعلق بعقود الإستغلال تحت التسمية الاصلية إلا أنه لا يخلو من نقائص خاصة و أنه خصص خمسة فصول فقط للتعرض إلى عقود الامتياز التجاري.

إلا أن هذه الممارسة التجارية و رغم بساطتها العملية و وضوحها إلا أنها طرحت جملة من الاشكاليات القانونية خاصة فيما يتعلق بملكية الاصل التجاري. فهل أن المرخص (franchiseur) يكون من حقه التمسك باكتسابه الاصل التجاري ضمن المحل الذي يمارس فيه المرخص له النشاط و أن الحرفاء راجعين له بالملكية ؟ أم أن المرخص له (franchisé) يبقى هو المالك للأصل التجاري و كل العناصر الخاصة المكونة له باعتبار أنه مارس نشاطا تجاريا مدة قانونية و له صفة التاجر خاصة و أن الحرفاء يرتادون المحل لخصائص تتعلق بشخصه؟

2. الحرفاء و عقود الفرنشيز

لقد استقر فقه القضاء المقارن على ضرورة أن يكون المرخص له صلب عقد الإمتياز التجاري مكونا لحرفاء خاصين به و مستقلين عن بقية الحرفاء ليتمكنه اكتساب الاصل التجاري ، نظرا و أن عقد الإمتياز التجاري يخول للمرخص (franchiseur) منح إسمه أو علامته التجارية لشخص طبيعي أو معنوي قصد استغلالها، و هو ما يجعل من الإسم التجاري أو السمعة و النوع سببا لتواجد الحرفاء بالمحل²⁹ .

و لذلك فإن التاجر الذي يروم التمسك بحقه في الأصل التجاري نظرا لأنه كون حرفاء، عليه أن يثبت أن هؤلاء الحرفاء مستقلون و خاصون به و لذلك لا بد من تحديد سبب اجتذاب الحرفاء لبضاعة معينة أكان نظرا لاسم البضاعة و نوعيتها المشهورة أم لخصال التاجر الذي يمارس نشاطه بالمحل.

و لذلك فإنه و في صورة عدم تمكين المرخص له من الأصل التجاري قد نتعرض لإشكال قانوني حول مالك الاصل التجاري خاصة إذا إتضح أن المرخص له هو المالك للحرفاء و أن السمعة التجارية تبقى ملكا للمرخص. مما يؤدي ضرورة إلى تشعب الأمور في صورة الرغبة في التفويت في الاصل التجاري هل يمكن للمرخص أن يجعل من الحرفاء عنصرا من عناصر اصله التجاري و الحال أنه لم يساهم في تكوينهم أم هل أن المرخص له و بصفته مالكا للحرفاء لا بد أن يكون جبرا مالكا للأصل التجاري.

لذلك لا بد من تقسيم الحرفاء إلى قسمين، حرفاء خاصين بالمرخص (franchiseur) و حرفاء خاصين بالمرخص له (franchisé) . هذا الأمر دفع بفقه القضاء الفرنسي إلى النظر في الأمر و إعادة الحسم فيه من خلال وضع حلول جديدة³⁰.

حيث اعتبرت محكمة الاستئناف بباريس أن المرخص له بموجب عقد امتياز تجاري له الحق في ملكية الحرفاء غذا تحمل أعباء و مخاطر هذا الأصل التجاري. و هو موقف ساندته فيها محكمة التعقيب الفرنسية ضمن قرارها المعروف arret trevisan حيث اعتبرت محكمة التعقيب أن « *la Cour d'appel a exactement décidé que les preneurs étaient en droit de réclamer le paiement d'une indemnité*

²⁹ la preuve de ce qu'il a une clientèle liée à son activité personnelle indépendamment de son attrait en raison de la marque du franchiseur ou du concédant ou bien qu'il démontre que l'élément du fonds qu'il apporte, le droit au bail, attire la clientèle de manière telle qu'il prévaut sur la marque » C A Paris 6/02/1996, Gaz.Pal 1996, p 132.

³⁰ CA Paris, 4 octobre 2000, 2 arrêts, JCP E 2001, 10

d'éviction, dès lors qu'elle a relevé à bon droit, d'une part, que si la clientèle est au plan national attachée à la notoriété de la marque du franchiseur, la clientèle locale n'existe que par le fait des moyens mis en œuvre par le franchisé, parmi lesquels les éléments corporels de son fonds de commerce, matériel et stock, et l'élément incorporel que constitue le bail, que cette clientèle fait elle même partie du fonds de commerce du franchisé puisque, même si celui-ci n'est pas le propriétaire de la marque et de l'enseigne mis à sa disposition pendant l'exécution du contrat de franchise, elle est créée par son activité, avec des moyens que, contractant à titre personnel avec ses fournisseurs ou prêteurs de deniers, il met en œuvre à ses risques et périls ; d'autre part, que le franchiseur reconnaissait aux franchisés le droit de disposer des éléments constitutifs de leur fonds ³¹».

حيث اعتبرت محكمة التعقيب أن عنصر الحرفاء مرتبط بالمحل بموجب عنصر معين و أن مالك أحد هذه العناصر يعتبر مالكا للأصل التجاري و أن الحرفاء لا يمكن أن يتواجدوا إلا من خلال الوسائل التي وفرها المرخص له ³².

أما في فقه القضاء التونسي فإن الأمر لم يطرح بعد نظرا لحدثة هذه المسائل حيث قد نلاحظ توجهها خاصا للقضاء في مثل هاته المواضيع.

الالتزام

إن من أهم خصائص الأصل التجاري أنه مال منقول معنوي يستغل لممارسة نشاط تجاري مشروع و يستمد طاقته في التواصل من تردد الحرفاء عليه، إلا أن ذلك لا يمنح للتاجر أي

³¹ JCP 2002, II, 10112, note F. AUQUE

³² « la clientèle locale n'existe que par le fait des moyens mis en oeuvre par le franchisé, parmi lesquels les éléments corporels de son fonds de commerce, matériel et stock, et l'élément incorporel que constitue le bail »

حق عليهم، فيمكن أن ينصرف هؤلاء الحرفاء عن التعامل مع هذا التاجر لأيّ سبب من الأسباب دون أن يكون له الاعتراض على ذلك أو إلزامهم باستمرارية التعامل معه. لذلك فإن عنصر الحرفاء و إن كان جوهر الاصل التجاري و روحه إلا أنه تحيط به وتساعدده مجموعة عناصر مادية ومعنوية أخرى ، إضافة إلى جهد مبذول من طرف التاجر ليخلق من كلّ هاته العناصر مجتمعة قدرة على جذب الحرفاء نحو هذا المحل بكلّ ما يحمله ويقدمه من خدمات وبضائع جيّدة، ويمنح من جرّاء ذلك للتاجر حقا في المحافظة على ما توصل إليه، وفي الدّفاع بأيّ شكل كان لحماية محلّه من عزوف الحرفاء عن التردّد عليه، متى كان هذا العزوف أو التهرب نتيجة ادعاءات كاذبة مسّت التاجر أو بضاعته أو متجره ككل، وبالتالي حقه في المحافظة على حرفاء كونهم بعد جهد طويل، ومعاملة حسنة وبضاعة جيّدة، وتكون وسيلته في ذلك هي إمكانية اللجوء إلى القضاء والمطالبة بوقف تلك الأفعال التي أدّت، أو قد تؤدّي، إلى هروب الحرفاء عنه، وهو ما يعرف بدعوى المنافسة غير المشروعة إلا أن الإشكال يبقى عالقا في خصوص المبادلات التجارية الالكترونية أو ما يسمى بالأصول التجارية الالكترونية.